

La lettre

Janvier 2008 - Hors-série

Contentieux Pénal et Commercial

**"La dépénalisation du droit des affaires :
enjeux et mise en œuvre"**

Compte-rendu des interventions de Maître Bruno Quentin
et de Maître Michel Pitron

Conférence du jeudi 13 décembre 2007



Gide Loyrette Nouel

Alger
Tél. +213 (0)21 23 94 94
gln.algiers@glde.com

Belgrade
Tél. +381 (0)11 30 24 900
gln.belgrade@glde.com

Bruxelles
Tél. +32 (0)2 231 11 40
gln.brussels@glde.com

Bucarest
Tél. +40 21 223 03 10
gln.bucharest@glde.com

Budapest
Tél. +36 1 411 74 00
gln.budapest@glde.com

Casablanca
Tél. +212 (0)22 27 46 28
gln.casablanca@glde.com

Hanoi
Tél. +84 4 946 05 05 / 06
gln.hanoi@glde.com

Hô Chi Minh Ville
Tél. +84 8 823 8599
gln.hcmc@glde.com

Hong Kong
Tél. +852 2536 9110
gln.hongkong@glde.com

Istanbul
Tél. +90 212 325 35 81
gln.istanbul@glde.com

Kiev
Tél. +380 44 206 0980
gln.kyiv@glde.com

Londres
Tél. +44 (0)20 7826 9700
gln.london@glde.com

Moscou
Tél. +7 495 258 31 00
gln.moscow@glde.com

New York
Tél. +1 212 403 6700
gln.newyork@glde.com

Paris
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00
info@glde.com

Pékin
Tél. +86 10 65 97 45 11
gln.beijing@glde.com

Prague
Tél. +420 222 871 111
gln.prague@glde.com

Riyad
Tél. +966 1 476 60 39
gln.riyadh@glde.com

Shanghai
Tél. +86 21 53 06 88 99
gln.shanghai@glde.com

Tunis
Tél. +216 71 891 993
gln.tunis@glde.com

Varsovie
Tél. +48 (0)22 344 00 00
gln.warsaw@glde.com



La loi du 5 mars 2007 : une étape vers une meilleure adaptation de la procédure pénale à la vie des affaires ?

Intervention de Maître Bruno Quentin

La question de la dépenalisation du droit des affaires peut également être envisagée sous l'angle de la procédure. Cette réflexion est d'ailleurs d'autant plus importante que dans le domaine du droit pénal des affaires, certaines étapes de la procédure pénale - notamment la phase d'instruction - sont décisives pour l'orientation du dossier vers une éventuelle relaxe ou une condamnation ultérieure.

Si la dernière loi de procédure dite "loi Clément" (loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*) répondait d'abord à la volonté du législateur de remédier au désastre judiciaire d'Outreau, elle devrait également permettre d'éviter, ou à tout le moins de limiter, certains excès ou dérapages d'ordre procédural en droit pénal des affaires.

Deux objectifs de la loi présentent un intérêt certain : prévenir l'instrumentalisation des procédures pénales dans des contentieux de la vie des affaires (I), et renforcer le principe du contradictoire au cours de l'instruction (II).

Mais au-delà des avancées significatives de la loi nouvelle, d'autres réformes de la procédure pénale pourraient encore améliorer substantiellement le déroulement des contentieux en droit pénal des affaires (III).

I. Prévenir l'instrumentalisation de la procédure pénale dans la vie des affaires

La loi du 5 mars 2007 a entendu lutter contre la dérive d'instrumentalisation de la procédure pénale, d'une part en limitant le recours aux plaintes avec constitution de partie civile (A.) et d'autre part, en redéfinissant le champ d'application du sursis à statuer (B.).

A. Freiner le dépôt de plaintes avec constitution de partie civile pour limiter les abus

Les plaintes avec constitution de partie civile sont à l'origine de l'ouverture d'un nombre non négligeable d'informations judiciaires, alors même que dans leur grande majorité, celles-ci se révèlent infondées et aboutissent à un non-lieu.

Ainsi en 2005, 12.169 plaintes avec constitution de partie civile ont été déposées dont 2.057 ont été jugées irrecevables. Elles représentaient, pour cette même année, le quart des ouvertures d'informations. Pour autant dans le contentieux pénal économique et financier, 80 % de ces plaintes ont abouti à une décision de non-lieu.

Cette situation illustre l'engagement abusif de nombreuses plaintes avec constitution de partie civile. Bien souvent, les plaignants utilisent en effet la voie pénale pour peser sur un litige commercial, ou pour obtenir des documents utiles au soutien de leurs prétentions devant des juridictions civiles.

Le législateur a donc considéré nécessaire d'encadrer et de restreindre le recours à la constitution de partie civile qui permet simultanément de demander réparation du préjudice résultant de l'infraction tout en obligeant le ministère public à engager des poursuites contre l'auteur de l'infraction.

Dans cet état d'esprit, la loi du 5 mars 2007 a ajouté un nouvel alinéa à l'article 85 du Code de procédure pénale afin d'imposer à la victime le dépôt d'une plainte simple préalablement à tout dépôt de plainte avec constitution de partie civile.

Deux cas de figure peuvent alors se produire :

- soit le ministère public ouvre de lui-même une information judiciaire. La victime peut alors se constituer partie civile devant le juge d'instruction par voie d'intervention ;
- soit le ministère public n'engage pas de poursuites - soit par un classement sans suite explicite, soit par une absence de réponse dans le délai de trois mois. La victime devient alors recevable à déposer une plainte avec constitution de partie civile devant le Doyen des juges d'instruction.

Ces nouvelles dispositions ne sont pas applicables aux infractions du droit de la presse, du droit électoral et aux crimes, ces trois catégories étant étrangères au contentieux du droit des affaires.

De même, au terme de la nouvelle rédaction de l'article 86 du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut désormais prendre des réquisitions de non-lieu dans les cas où il est établi de façon manifeste, et le cas échéant après investigations, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis.

Même si en droit, ces nouvelles dispositions n'affectent pas la capacité d'une victime à se constituer partie civile, le refus explicite ou implicite du Parquet d'engager des poursuites devrait limiter les vellétés des victimes dont la plainte simple aura été rejetée. Ces dernières devront en effet disposer d'un dossier particulièrement sérieux pour se constituer partie civile devant le Doyen des juges d'instruction, dans la mesure où il existera nécessairement une présomption négative quant à l'engagement de cette procédure.



B. Redéfinir le champ d'application du sursis à statuer : éviter l'engagement abusif de procédures pénales visant à freiner les procédures civiles et commerciales

Prévenir le dévoiement des procédures pénales passe également par la nécessité d'éviter que ces dernières ne soient engagées dans le but de ralentir le cours normal de procédures civiles ou commerciales.

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007, l'article 4 du Code de procédure pénale était la traduction de l'adage "*le criminel tient le civil en l'état*".

Ce principe avait deux conséquences. Lorsqu'une procédure civile et une procédure pénale étaient simultanément pendantes, le sursis s'imposait :

- si l'action civile visait précisément à réparer le préjudice direct résultant des faits objets de la procédure pénale ;
- si l'issue du litige pénal était susceptible d'avoir une influence sur la procédure civile.

La jurisprudence s'était développée sur ce dernier point et on imagine à quel dévoiement certaines parties se livraient pour ralentir la procédure civile.

C'est pour lutter contre cette dérive que la loi du 5 mars 2007 a réécrit l'article 4 du Code de procédure pénale en y ajoutant un nouvel alinéa :

"La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil".

Le principe selon lequel "*le criminel tient le civil en l'état*" fait donc désormais l'objet d'une acception plus restrictive : là où le sursis était automatiquement acquis, il n'est plus aujourd'hui qu'une faculté entre les mains du juge et le fait d'engager une procédure pénale qui ne serait pas sans lien avec une procédure civile ou commerciale pendante ne suffit plus nécessairement à bloquer cette dernière.

Le dévoiement de telles procédures pénales deviendra donc moins aisé.

II. Renforcer le principe du contradictoire au cours de l'instruction

Dans les affaires souvent complexes de droit pénal des affaires et financier, la phase d'instruction est très souvent déterminante, notamment dans la perspective d'un éventuel procès à intervenir.

A ce titre, le renforcement du principe du contradictoire constitue l'un des apports majeurs de la loi du 5 mars 2007, que ce soit à l'occasion des procédures d'expertise (A.), relativement au statut de témoin assisté par rapport à celui de mis en examen (B.), ou encore lors de la clôture de l'instruction (C.).

A. Renforcer le contradictoire pendant l'expertise

L'expertise pénale devient plus contradictoire, qu'il s'agisse de la décision de recourir à l'expertise, de la désignation de l'expert, de la détermination du champ de sa mission, de la notification ou de la contestation des conclusions de l'expert.

Ainsi, au titre du nouvel article 161-1 du Code de procédure pénale, la décision ordonnant une expertise est communiquée au procureur de la République et aux parties, ces derniers disposant alors d'un délai de 10 jours pour demander au juge d'instruction de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert désigné un expert de leur choix figurant sur une des listes de l'article 157 du Code de procédure pénale.

Ces droits peuvent être écartés dans des hypothèses particulières (urgence, non incidence de l'expertise sur la culpabilité du mis en examen, risque d'entrave aux investigations), lesquelles ne se présentent que rarement en droit pénal des affaires.

Le principe du contradictoire a également été renforcé au cours et au terme de l'expertise par la modification des dispositions de l'article 167-2 du Code de procédure pénale.

Ainsi, a notamment été prévue la possibilité de dépôt de rapports provisoires avant remise du rapport définitif. Le juge d'instruction peut exiger un tel rapport, et même doit l'exiger si le ministère public le requiert ou si l'une des parties en fait la demande. Ces derniers peuvent alors formuler des observations, dont l'expert devra tenir compte dans son rapport définitif. En l'absence d'observations sur son contenu le rapport provisoire deviendra définitif.

Ces dispositions ont été saluées comme un progrès vers une justice plus interactive et plus efficace. De telles phases contradictoires au cours de l'expertise seront d'une réelle pertinence dans le cadre d'affaires complexes, relatives notamment à l'environnement, la santé ou aux affaires financières et économiques.

B. Elargir l'application du statut de témoin assisté

Antérieurement à la loi du 5 mars 2007, seule la demande de nullité de la mise en examen dans un délai de 6 mois, offrait un recours contre la décision du juge d'instruction



d'adopter un tel statut. Mais, une fois ce délai écoulé ou la nullité purgée, il n'existait plus de contestation possible.

Constatant un recours insuffisant au statut de témoin assisté⁽¹⁾, le législateur, par l'adoption de l'article 80-1-1 du Code de procédure pénale, a offert au mis en examen la possibilité de demander au juge d'instruction à être placé dans le statut de témoin assisté si les conditions légales de sa mise en examen ne sont plus réunies.

Cette demande peut intervenir au moins 6 mois après la mise en examen, puis tous les 6 mois ou dans les 10 jours suivant la notification d'une expertise ou un interrogatoire au cours duquel la personne est entendue sur les résultats d'une commission rogatoire ou sur les déclarations de la partie civile, d'un témoin assisté ou d'une autre personne mise en examen. Le juge d'instruction doit alors statuer par ordonnance motivée, susceptible d'appel.

Dans les dossiers de droit pénal des affaires, où l'exposition médiatique est généralement forte, le statut dans lequel les personnes poursuivies sont placées, revêt une importance accrue, la mise en examen ayant souvent une connotation péjorative. En outre, être témoin assisté pendant le déroulement de l'instruction place toujours la personne dans une meilleure situation pour obtenir *in fine* un non-lieu, même si le juge d'instruction peut toujours décider d'une mise en examen à l'issue de son instruction.

C. Renforcer le contradictoire à la fin de l'instruction

La loi du 5 mars 2007 a par ailleurs instauré un débat contradictoire au terme de l'instruction.

La clôture de l'information était traditionnellement perçue comme "*l'illustration d'une dissymétrie forte entre les parties d'une part et le parquet d'autre part*", comme le soulignait le rapport de l'Assemblée Nationale.

En modifiant l'article 175 du Code de procédure pénale, la loi a facilité l'échange des points de vue à la fin de l'instruction et renforcé l'égalité des armes entre le parquet et les parties.

Le Parquet doit communiquer ses réquisitions au juge d'instruction, en en tenant les parties destinataires en copie. Symétriquement, les parties se voient reconnaître le droit d'adresser des observations écrites au juge d'instruction, en en tenant le Parquet ainsi que les autres parties destinataires en copie. Les parties et le Ministère Public disposent ensuite du droit de répliquer à ces réquisitions ou observations.

Par ailleurs, l'article 184 du Code de procédure pénale impose désormais que le juge d'instruction motive ses

ordonnances de clôture en tenant compte des réquisitions du ministère public et des observations que les parties lui ont adressées en application de l'article 175 du Code de procédure pénale, et en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen.

III. Pour aller plus loin : quelles réformes pour une procédure pénale mieux adaptée à la vie des affaires ?

La loi du 5 mars 2007 ne représente qu'une étape dans cette voie, d'autres réflexions devant être menées pour améliorer l'adaptation de la procédure pénale à la vie des affaires.

Ainsi, et de façon non exhaustive, les régimes de prescription des délits dissimulés (A.), la protection du secret durant l'instruction (B.) et l'ouverture de moyens d'action alternatifs devant les juridictions civiles pour éviter le recours systématique aux procédures pénales (C.) sont autant de pistes de réforme vers une meilleure prise en compte des réalités du monde des affaires par la procédure.

A. Clarifier et harmoniser les régimes de prescription des délits dissimulés

La jurisprudence permet aujourd'hui de retarder le point de départ du délai de prescription de l'action publique des délits dits "dissimulés", comme par exemple l'abus de confiance ou encore l'abus de biens sociaux, au jour où le détournement a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Même si la jurisprudence a précisé cette position en ce qui concerne l'abus de biens sociaux, en estimant que la prescription courait à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses étaient indûment mises à la charge de la société, sauf dissimulation des opérations litigieuses, cette solution a amené certains auteurs à parler "*d'imprescriptibilité de fait*" du délit d'abus de biens sociaux.

Cette extension de fait du délai de prescription est généralement motivée par la difficulté de découvrir ces délits, qui ne sont généralement révélés qu'au changement de direction de l'entreprise.

Mais, cette position jurisprudentielle est source d'une grande insécurité juridique.

Différentes pistes de réforme pourraient utilement être étudiées, telles que l'allongement du délai de prescription, mais sans retard de son point de départ.

⁽¹⁾ En 2001, le statut de témoin assisté n'a été prononcé que dans 11,8 % des cas, ce chiffre tombant à 8,9 % en 2005.



B. Mieux protéger le secret dans la phase d'instruction pour éviter le dévoiement de la procédure pénale

Les droits octroyés à une partie civile - éventuellement mal intentionnée - sont susceptibles d'aboutir à deux principaux dévoiements :

- tenter d'obtenir des informations et des documents confidentiels par le canal d'une procédure pénale ;
- médiatiser la mise en cause de sociétés ou de leurs dirigeants dans un contexte concurrentiel.

Cette situation provient en grande partie d'une protection très insuffisante du secret des affaires durant l'instruction.

Le juge peut être amené à saisir et à classer dans le dossier des documents confidentiels relatifs à la situation financière, commerciale ou stratégique de la société ou à la situation personnelle de ses dirigeants.

Or, la partie civile peut obtenir copie de ces documents par le canal de son avocat, et ce, alors que la société concernée n'est parfois elle-même pas partie à la procédure.

Il est donc nécessaire de mener une réflexion approfondie sur cette question du fragile équilibre entre respect du secret des affaires, respect des droits de la défense et respect de la liberté d'expression.

Un tel équilibre passe nécessairement par un meilleur respect du secret de l'instruction consacré par l'article 11 du Code de procédure pénale⁽²⁾. Certaines personnes soumises à ce secret, souvent sollicitées par des journalistes toujours plus friands d'informations confidentielles, n'hésitent en effet pas à divulguer des informations qui devraient rester secrètes, les fréquentes violations du secret de l'instruction ne donnant lieu qu'à un trop petit nombre de sanctions insuffisamment dissuasives.

Cette tentation est également celle des parties civiles lorsqu'elles réussissent à faire en sorte que la ou les personnes qu'elles visent soient entendues par le juge d'instruction et mises en examen ou placées dans le statut

de témoin assisté. Il suffit ensuite aux parties civiles d'exploiter ce statut auprès des medias qui ne manqueront pas d'y voir la confirmation de leurs allégations.

Même si cette question est extrêmement délicate en raison de la confrontation de plusieurs droits fondamentaux protégés, une vaste réflexion doit s'engager sur ce point. Aujourd'hui, la mise en cause est trop souvent interprétée comme un début de culpabilité, au mépris de la présomption d'innocence qui devrait pourtant continuer de prévaloir. Ce phénomène est accentué par les medias qui sont généralement moins enclins à relayer une décision de non-lieu ou une relaxe qu'une mise en examen.

C. Proposer des moyens d'action devant les juridictions civiles et commerciales pour éviter le recours systématique à des procédures pénales

La procédure pénale est dans bien des cas le seul moyen d'action véritablement efficace dont disposent les victimes pour faire reconnaître un droit ou un préjudice, du fait de la difficulté qu'elles rencontrent à rassembler des éléments de preuve au soutien de leurs prétentions.

Dès lors, le recours excessif à la voie pénale ne pourra être évité qu'en proposant des nouveaux moyens d'action alternatifs devant les juridictions civiles répondant aux attentes des victimes.

L'amélioration de l'efficacité des procédures civiles d'instruction prévues par l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile pourrait être une première piste en ce sens.

La procédure civile n'offre aujourd'hui que peu de possibilités aux demandeurs pour obtenir des éléments de preuves dans le cadre d'un litige. Ces derniers, fortement démunis pour étayer leurs demandes, peuvent être tentés d'utiliser la voie pénale, plus coercitive.

Il conviendrait donc d'élargir le bénéfice des dispositions de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile pour permettre un recours plus systématique à l'instruction civile et éviter une utilisation de la procédure pénale par défaut.

⁽²⁾ Article 11 du Code de procédure pénale :

"Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause."





Une réforme des poursuites et des sanctions

Intervention de **Maître Michel Pitron**

L'inflation législative caractéristique de notre droit a abouti à la multiplication de textes pénaux peu pertinents. Le droit des affaires est symptomatique de cette pénalisation boulimique. La loi du 24 juillet 1966 comptait ainsi déjà à elle seule plus d'une centaine d'infractions.

Nonobstant cette multitude de textes, dans la pratique, le droit pénal des affaires donne lieu à une faible répression tant dans l'application que dans la définition de la sanction, nombre de ces infractions paraissant en totale inadéquation avec la vie des affaires. Ainsi pour l'année 2005, les condamnations économiques et financières représentaient moins de 1 % de l'ensemble des condamnations prononcées sur cette période.

Cette surpénalisation sans réelle cohérence de la vie économique entraîne une complexité accrue de la matière, créant de fait une situation d'insécurité juridique pour les entreprises et une inefficacité de la répression pénale. Dans ce cadre, il apparaît nécessaire de rechercher et privilégier les poursuites et sanctions adaptées pour améliorer l'efficacité du droit pénal des affaires.

I. Les poursuites

A. Les modalités de la poursuite

(a) *Coexistence des organes de poursuite et de jugement : Autorités Administratives Indépendantes / Tribunaux / Procureurs*

Plusieurs entités de poursuite peuvent intervenir pour assurer le respect des réglementations applicables aux différents secteurs de la vie des affaires : les autorités de poursuites judiciaires classiques (Parquet) et des autorités administratives indépendantes (AAI).

Des exemples symptomatiques de ce cumul peuvent être apportés au regard notamment de la répression du délit d'initié, objet de poursuites judiciaires et administratives au titre du manquement d'initié pour la matière boursière, ou des ententes et des abus de position dominante en matière de droit de la concurrence.

(b) *Faible présence de la matière pénale*

Il faut remarquer la faiblesse numérique des transmissions de procédures des AAI vers l'autorité de poursuite judiciaire.

Entre 1990 et 2006, la COB puis l'AMF ont transmis 361 procédures, alors même que 1.445 enquêtes ont été effectuées sur la même période.

Or seules 35 de ces procédures ont fait l'objet de décisions de justice à ce jour dont seulement 5 pour délit d'initié, qui pour 3 ont fait l'objet d'un classement sans suite.

Quant au Conseil de la concurrence, il n'a transmis au Parquet, en 2006, qu'une seule procédure, relative au marché public de reconstruction de la tribune Ouest du stade Armand-Cesari à Furiani.

(c) *Difficulté d'effectuer une répartition entre les poursuites administratives et pénales*

Une répartition des compétences entre autorités judiciaires et autorités administratives pourrait prendre la forme soit d'une alternative entre les deux procédures selon la violation en cause, soit du maintien d'un système cumulatif, mais avec des lignes de partage claires et cohérentes des compétences, revenant dès lors principalement à une question de politique pénale.

Dans le cadre d'une réflexion prospective, une nouvelle ligne de partage cohérente entre compétence pénale et compétence administrative pourrait être instaurée au regard du critère de la gravité de la violation.

Ce dernier pourrait se définir comme se rapportant à des atteintes mettant en jeu l'ordre public économique et non plus de seuls intérêts privés, en référence notamment, en matière de droit de la concurrence, aux pratiques qualifiées par l'OCDE de "hard core".

Ce critère de la gravité de la violation comme ligne de fracture entre poursuites pénales et compétence administrative n'est pas sans poser de difficultés quant à sa définition. Quels critères pourraient être élaborés afin d'assurer une prévisibilité de la compétence retenue et partant, une certaine sécurité juridique ?

Il s'agit là d'une piste intéressante qui devra faire l'objet d'une étude approfondie afin d'assurer cohérence, efficacité et sécurité juridique.

(d) *Réaménagement du fonctionnement des AAI*

Une telle redéfinition des domaines d'intervention imposerait probablement une réforme de la procédure devant les AAI, relative principalement à l'amélioration des droits de la défense (contradictoire, impartialité des procédures), et à la place de la partie civile devant ces autorités.



B. Les personnes poursuivies

Outre une responsabilité pénale personnelle classique, le chef d'entreprise est en sa qualité de dirigeant, responsable des infractions commises au sein de son entreprise par ses préposés. Cette responsabilité pénale pour autrui est un des enjeux importants de la dépenalisation.

Classiquement, cette responsabilité est relative à des infractions non intentionnelles, ces dernières ne requérant comme élément moral qu'une imprudence ou une négligence.

On peut s'interroger sur la nécessité du maintien de cette responsabilité du chef d'entreprise à l'heure de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales opérée par la loi du 9 mars 2004, et plus particulièrement dans le cadre des infractions non-intentionnelles.

Privilégier la responsabilité de la personne morale dans cette situation reviendrait d'ailleurs à retrouver l'esprit qui avait motivé le législateur lors de la réflexion sur l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

Mais, la jurisprudence s'est pourtant fortement éloignée de cette volonté législative, retenant trop souvent sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal, une responsabilité cumulative des dirigeants et des personnes morales pour les mêmes faits.

Pourtant il semble que l'engagement d'une responsabilité pénale du fait des employés pourrait être le terrain d'élection de la responsabilité pénale de la personne morale, l'infraction ayant été commise dans le cadre de l'activité de la société.

Une telle substitution de la responsabilité des dirigeants par celle des personnes morales a d'ailleurs été préconisée par une circulaire d'application de la loi du 9 mars 2004 du Garde des Sceaux du 13 février 2006 :

"en cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale".

Cette recommandation est de bon augure pour les chefs d'entreprise et permettrait de revenir à l'esprit du législateur en évitant les cas de cumul de responsabilités entre personne morale et chef d'entreprise.

II. Les sanctions

A. Le degré de sévérité

(a) *Tendance actuelle à une relative sévérité sauf au titre des infractions financières*

Une dépenalisation impose que les violations les plus graves fassent l'objet d'une véritable répression pénale ou administrative par la définition et l'application de sanctions à la hauteur de l'enjeu financier. Force est de constater que si les sanctions en matière de délits économiques et financiers ont longtemps été considérées comme trop faibles voire non comminatoires, cette affirmation doit aujourd'hui être nuancée au regard des condamnations prononcées.

Le Conseil de la concurrence a ainsi largement augmenté le montant de ses sanctions en cas de violation des règles de droit de la concurrence.

Ex. : En 2005, le Conseil prononçait une amende globale record de 534 millions d'euros à l'encontre des acteurs du marché de la téléphonie mobile pour entente répartie en 256 millions d'euros contre France Télécom, 220 millions d'euros contre SFR et 58 millions contre Bouygues Télécom.

De même, l'emprisonnement apparaît être la sanction des infractions économiques et financières privilégiée par les juridictions correctionnelles : au total, l'emprisonnement qu'il soit ferme, avec sursis total ou partiel, représente ainsi 78 % des condamnations.

Cependant, il doit être noté également que la matière boursière demeure faiblement sanctionnée. En 2001 et 2002, une seule sanction prononcée par la COB et confirmée en appel dépassait les 300.000 euros (Affaire Calabi. Profit réalisé de 370.000 euros). Entre 1991 et 2003, sur les 11 personnes judiciairement sanctionnées et dont les condamnations ont été confirmées en appel, cinq l'ont été à des amendes inférieures au profit réalisé et deux seulement ont été condamnées à des peines d'emprisonnement non assorties de sursis.

(b) *Casier judiciaire*

Au titre des sanctions pénales, il est également important que les entreprises mesurent l'enjeu du casier judiciaire des personnes morales au regard de l'état de récidive, trop



souvent méconnu du monde des affaires (article 768-1 du Code de procédure pénale).

Le casier judiciaire des personnes morales est composé de deux types de relevés dont le contenu varie selon la qualité de leurs destinataires :

- **Le Bulletin n° 1** contenant l'intégralité des mentions portées au casier judiciaire et ne pouvant être délivré qu'aux seules autorités judiciaires nationales.
- **Le Bulletin n° 2** constituant quant à lui un relevé partiel du casier judiciaire, et ne pouvant être délivré qu'aux préfets, ainsi qu'à certaines administrations et collectivités limitativement énumérées, aux présidents de Tribunaux de commerce en cas d'ouverture d'une procédure collective et à l'Autorité des marchés financiers pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Le casier judiciaire des personnes morales revêt un enjeu important au regard du risque de récidive.

L'état de récidive emporte en effet une aggravation des sanctions encourues (article 132-12 du Code pénal) : aggravation du montant de l'amende, exclusion des marchés publics pour une durée minimum de 5 ans, publication de la décision, interdiction d'émettre des chèques, interdiction de faire appel public à l'épargne ... Or, pour les personnes morales, le délai d'état de récidive est de 10 ans, alors qu'il n'est que de 5 ans pour les personnes physiques.

Ce risque de récidive a été fortement renforcé avec la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales qui surexpose ces dernières.

Il serait donc souhaitable que le casier judiciaire tienne mieux compte des réalités économiques. Deux réformes seraient envisageables dans ce cadre pour adapter les problématiques du casier judiciaire et de la récidive à la vie des affaires :

- Réduction substantielle du délai de récidive ;
- Définition stricte de champ de la récidive.

B. Modes alternatifs

(a) CRPC : applicabilité au domaine économique et financier

Le recours à ces alternatives aux poursuites est aujourd'hui trop faible en matière économique et financière.

A ce titre, lors de l'adoption de la loi du 9 mars 2004, instaurant la procédure de CRPC, Monsieur Yves Bot, alors Procureur général près la Cour d'appel de Paris,

avait assuré de manière informelle que cette procédure ne serait pas appliquée à la délinquance économique et financière.

Globalement cette position a été largement suivie par les divers Parquets. Il peut toutefois être noté la politique pénale à Bobigny, qui apparaît à ce jour faire figure d'exception. Une part non négligeable des dossiers économiques et financiers font l'objet de mesures de CRPC (environ 25 à 30 %).

On pourrait aujourd'hui développer cette pratique pour la poursuite de petits délits économiques et financiers, plus en adéquation avec la vie des affaires.

(b) Transaction : le problème de la reconnaissance de responsabilité

Plus largement, la dépénalisation suppose une réflexion approfondie quant à l'instauration de procédures transactionnelles tant devant l'autorité pénale que devant les AAI.

C'est au regard des procédures administratives devant les AAI que la demande de procédures transactionnelles se fait aujourd'hui la plus pressante et c'est d'ailleurs dans ce domaine qu'une telle procédure serait la plus simple à mettre en œuvre.

A ce titre, une procédure pseudo transactionnelle existe aujourd'hui devant le Conseil de la concurrence au travers de la procédure de clémence. Elle permet aux entreprises dénonçant une entente de bénéficier en contrepartie d'une immunité ou tout du moins d'une réduction d'amende.

Pour assurer l'intérêt de cette négociation, le Conseil de la concurrence s'est engagé à ne pas transmettre au Parquet les dossiers dans lesquels des demandes de clémence ont été formulées (Communiqué de procédure du 11 avril 2006). Il reste qu'il s'agit là d'une pratique et non d'une règle intangible, à l'inverse des procédures américaines ou anglaises. En outre, cette procédure s'appuie sur une démarche qui peut paraître moralement et éthiquement discutable.

Par ailleurs, une demande forte existe quant à l'instauration devant l'AMF d'une procédure transactionnelle, à l'image de la procédure applicable devant la SEC. Une telle procédure permettrait de réduire fortement les délais de traitement des dossiers, l'objectif de l'AMF étant de ramener ce délai à un an.

L'AMF, favorable à une telle mise en œuvre, milite en ce sens par la voie de son président, Michel Prada. Cependant, il existe à l'heure actuelle un point d'achoppement avec le Ministère de la Justice quant aux effets d'une transaction sur la reconnaissance des faits.



L'AMF tient en effet à ce qu'une transaction ne vaille pas reconnaissance de culpabilité, alors que la Chancellerie s'y est opposée. La réflexion menée aujourd'hui autour de la dépenalisation est peut-être une occasion de faire évoluer le sujet.

(c) Sanctions civiles

La dépenalisation pourrait conduire à substituer certaines des sanctions pénales existantes par des sanctions civiles. Ces dernières sont en meilleure adéquation avec le droit des affaires où il s'agit principalement d'atteintes à des droits privés, du fait du non-respect de normes relatives à des particuliers ou à des groupes de personnes et dont la protection relève du droit civil et non du droit pénal.

En outre, la mise en œuvre de telles sanctions civiles paraît revêtir une plus grande efficacité dans le respect des obligations. En effet, si la sanction pénale apparaît plus lourde, sa relative inapplication pour beaucoup d'infractions dites mineures rend le respect des obligations correspondantes très incertain.

Il s'agirait là de poursuivre un mouvement ancien, opéré notamment en matière de droit des sociétés par les lois du 15 mai 2001 et du 1^{er} août 2003.

C. Class action

La dépenalisation du droit des affaires et la substitution de sanctions pénales par des sanctions civiles imposent que des mécanismes de mise en œuvre efficaces de la responsabilité civile des entreprises soient institués.

Ainsi, la dépenalisation du droit des affaires peut devoir s'accompagner d'une instauration en droit français de la possibilité de recours collectifs. Un tel mécanisme apparaît être une exigence de la société civile.

(a) L'existant

Le droit de la consommation connaît un certain nombre d'actions civiles adoptant une coloration collective au travers de l'action d'associations de consommateurs :

- Action civile dans l'intérêt des consommateurs (L. 421-1 C. conso.) ;
- Action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives (L. 421-6 C. conso.) ;
- Droit d'intervention devant les juridictions (L. 421-7 C. conso.) ;
- Action en représentation conjointe (L. 422-1 C. conso.).

Toutefois, l'ensemble de ces actions n'a pas pour effet de permettre la réparation de dommages individuels, à l'exception de l'action en représentation conjointe, dont la lourdeur procédurale rend l'existence marginale.

(b) La problématique de développement

Des pistes ont été explorées par le rapport du 16 décembre 2005 du groupe de travail instauré sur ce thème et peuvent servir de guide dans la réflexion :

- Extension du bénéfice d'une décision de justice rendue dans l'intérêt collectif des consommateurs à des demandes en réparation de préjudices individuels ;
- Amélioration du système d'action en représentation conjointe ;
- Instauration d'une action collective inspirée de modèles étrangers ;
- Action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse.

Toutefois, certaines réticences se font jour face à l'instauration d'une procédure collective, qui sont apparues au sein même de la commission de réflexion qui n'a pu trouver un accord sur une telle action collective.

Les principales limites soulevées sont les suivantes :

- L'ensemble des domaines de droit ne peut être concerné par une action de groupe ;
- Risque d'une forte judiciarisation de l'activité économique et de dérives dans l'utilisation de cette procédure ;
- Affaiblissement de la compétitivité des entreprises françaises et d'attractivité de l'économie française.



Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse, merci de contacter Dorra Gharbi (gcharbi@gide.com - Tél. 01 40 75 37 63 - Fax 01 40 75 69 23).

Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'informations, sur notre site Internet, rubrique Actualités/Publications.

La Lettre d'Informations du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'Informations") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'Informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations.

Conformément à la loi "Informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).

Gide Loyrette Nouel

Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle

26, cours Albert 1^{er}

75008 Paris - France

Tél. +33 (0)1 40 75 37 63

Fax +33 (0)1 40 75 69 23

www.gide.com

Associés

Bâtonnier Jean-Marie Burguburu

E-mail : burguburu@gide.com

Gilles Duquet

E-mail : duquet@gide.com

Michel Pitron

E-mail : pitron@gide.com

Didier Laigo

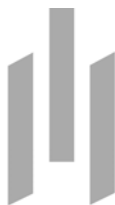
E-mail : laigo@gide.com

Aurélien Boulanger

E-mail : boulanger@gide.com

Bruno Quentin

E-mail : quentin@gide.com



Gide Loyrette Nouel