

RESUME. — Il existe tout un discours favorable à la dépenalisation des activités d'affaires qui reflète des positions idéologiques inavouées et travestit la vérité juridique. Mais doté d'une influence réelle, il a permis l'instrumentalisation du droit pénal, à travers des réformes législatives ou des évolutions jurisprudentielles qui mettent à mal la cohérence du système juridique répressif et le principe républicain cardinal de l'égalité de tous devant la loi pénale. Ce discours, en définitive, tend à nier purement et simplement la gravité de la criminalité économique et le péril qu'elle représente pour la pérennité même de notre organisation sociale.

Mots-clés : dépenalisation, pénalisation, idéologie, criminalité économique, délinquance d'affaires, égalité de tous devant la loi pénale, abus de biens sociaux ; responsabilité pénale des personnes morales, prescription de l'action publique, infractions d'imprudence, défiance à l'égard de l'action civile

ABSTRACT — There is a whole line in favor of the decriminalization of business operations reflecting unspoken ideological positions and misrepresenting legal truth. However, being endowed with a real influence, it allowed the instrumentalization of criminal law, through legislative reforms or judicial evolutions damaging the consistency of the repressive legal system and the crucial republican principle of everybody's equality in front of criminal law. In this discourse tend to repudiate purely and simply the seriousness of economical crime and the danger represents for the very durability of our social organization.

Keywords: decriminalization, criminalization, ideology, economical criminalization, business crime, equality in front of criminal law, misuse of company property, criminal responsibility of legal ties, prescription of government action, negligence felony

La dépénalisation du droit des affaires

Philippe CONTE

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Directeur de l'Institut de criminologie de Paris*

« Vous saviez, vous, que pour du commercial on peut aller en prison ? »¹ : posée un jour par un industriel faisant l'objet de poursuites, cette question traduit, de façon finalement assez drôle, l'idée, fort répandue, que le droit pénal est fait pour les autres.

Mais, dans le monde des affaires, cette opinion est encore renforcée par la conviction que le droit pénal y est, par essence, déplacé : rapprocher l'entreprise et le code pénal constituerait une incongruité, les réunir une faute de goût, presque une union ancillaire, au point qu'un commercialiste célèbre a pu dénoncer le droit pénal comme un « procédé archaïque »², qu'un autre a cru devoir stigmatiser son inefficacité radicale³. Mais il est vrai que lorsqu'un homme de droit s'exprime ainsi, on peut se demander qui parle, en définitive : derrière ces propos sans appel, ces condamnations sans nuance, n'est-ce pas le converti idéologique qui s'exprime, plus que le juriste – lequel, d'ailleurs, disons-le sans méchanceté, n'a souvent, en guise de connaissance du droit pénal, que ses lointains souvenirs d'étudiant – ?

La question nous paraît d'autant plus inévitable que le droit pénal se prête, mieux que bien d'autres disciplines juridiques, à ce type de discours d'opinion, à cette « doxa » dont les Grecs faisaient si peu de cas. Il est même, souvent, considéré comme « le » droit par nos citoyens dont l'instruction en la matière est tellement affligeante – ce qui rétablit une moyenne, il est vrai, au regard de tous les juristes, spécialement universitaires, pour lesquels le droit pénal « n'est pas du droit ».

C'est la raison pour laquelle cet exposé aura un contenu un peu particulier. Alors qu'il aurait pu être l'occasion de rappeler les principales manifestations de la dépénalisation du droit des affaires, dans ce pays, depuis des décennies, d'en faire le tableau et d'y associer les développements utiles pour cerner les

1 Un avocat chargé des intérêts des victimes, en France, du scandale Madoff, tout en dénonçant la passivité des autorités étrangères et en présentant la justice française comme un unique espoir, a déclaré semblablement : « je ne suis pas partisan d'un détour (*sic*) par la procédure pénale pour résoudre un litige financier » (*Les Échos*, 11-12 déc. 2009, p. 32).

2 Escarra, *Cours de droit commercial*, n° 731.

3 Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, n° 55, 1999 (mais l'auteur finit par conclure, il est vrai, à la nécessité du droit pénal des affaires).

méthodes mises en œuvre et les résultats atteints, il suivra une tout autre orientation, d'ailleurs plus en harmonie, peut-être, avec les préoccupations de la revue qui préside à ce colloque et de ceux qui l'ont organisé. On ne traitera pas, en effet, avec le point de vue du technicien, de la dépenalisation réalisée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de concurrence et de prix, ni de la vague de dépenalisations successives en droit des sociétés, deux exemples plus particulièrement frappants du retrait du monde des affaires opéré par le droit pénal. Au lieu et place de cette analyse juridique, nous soumettrons à examen le discours politique, qu'il s'agisse de celui de l'élus, de l'idéologue, du militant, ou encore, parfois, du membre d'une commission de réforme, bref de tous ceux qui pensent pouvoir s'exprimer avec pertinence sur les rapports de la matière pénale et des affaires sans avoir forcément à tenir compte des enseignements du droit.

Qu'on se rassure, néanmoins (ou qu'on s'en inquiète !): ni linguiste, ni sémiologue, ni sémanticien, encore moins philosophe, nous conserverons le regard du juriste. Même contesté, le droit pénal, en effet, éclaire nécessairement ces propos de la lumière d'une certaine réalité, d'un savoir qui autorise, sans doute, à porter un jugement sur ceux qui en parlent en prétendant l'instrumentaliser ou l'ignorer. Il s'agira donc de confronter deux discours, l'un idéologique, l'autre juridique, et il nous faudra, pour y parvenir, faire l'effort, confessons-le, de prêter parfois à certaines opinions un semblant d'intérêt auquel il nous arrive de ne pas toujours croire: peut-on encore faire au politique (au singulier comme au pluriel), le crédit du sérieux? On lui reconnaîtra, du moins, une capacité de nuisance que, d'ailleurs, personne ne songe à lui refuser: cela peut suffire à justifier le parti qui est pris dans cet exposé, surtout si l'examen devait révéler, comme il est à craindre, que le discours idéologique relatif aux rapports du droit pénal et des affaires n'est pas sans incidence sur les solutions juridiques. Au demeurant, pour le conférencier, la position est confortable: alors qu'il serait bien en peine de définir juridiquement ce que recouvre exactement le droit des affaires et donc le droit pénal des affaires, l'orientation retenue le dispense de pareil effort.



Pour autant, le problème de la dépenalisation promet quand même d'être compliqué. Là où le juriste a la possibilité, justement, de raisonner à partir d'une réalité incontestable, parce que cernée avec précision par des textes – ce qui lui donne d'ailleurs l'aspect sinistre du spécialiste sans imagination –, celui qui aborde la dépenalisation sous l'angle des discours politiques ou partisans risque d'être désemparé, faute de savoir comment l'approcher: les amalgames le disputent aux raccourcis, et tout le monde n'est pas un spécialiste de la science politique. En la matière, peut-on faire autrement, alors, que de confronter des certitudes à des convictions, les unes et les autres sans meilleure justification que la seule assurance de ceux qui les assèment? Comment ne pas se contenter d'en faire l'inventaire, en laissant au plus fort le soin d'imposer son point de vue? Si l'on nous assure que le droit pénal, en droit des affaires, désarme les industriels français face à la concurrence étrangère, que peut-on répliquer? Si l'on affirme qu'une condamnation pénale, pour un chef d'entreprise, est une humiliation injustifiée, que répondre? Dans un cas

comme dans l'autre, en effet, où est l'instrument de mesure qui permettrait d'apporter une confirmation ou une infirmation ? Car en définitive, le vœu de la dépenalisation repose sur la conviction qu'« il y a trop de droit – pénal – » : mais trop par rapport à quoi, à quel seuil idéal⁴ ? On n'a que le choix de se rendre à cette opinion ou de la combattre, au nom des siennes propres dont il n'est pas assuré qu'elles soient meilleures.

Peut-être le chemin à suivre est-il tracé, toutefois, par tous les propos tenus, depuis des années et sur les questions les plus diverses (pas seulement le droit des affaires), en matière de pénalisation⁵. Certes, la méthode peut paraître paradoxale, mais, après tout, comment définir le jour sans référence à la nuit ? Or, s'il est vrai que, s'agissant de l'intervention du droit pénal pour répondre à certains problèmes sociaux, les avis, en général, ne s'élèvent guère au-dessus des lieux communs, qu'il s'agisse de la réprover ou, au contraire, de l'approuver, si tous ces points de vue sont de ce fait équivalents, en sorte qu'il semble qu'il n'y ait rien à en dire, l'intérêt de les jauger apparaît cependant, dès lors que ceux qui les défendent en viennent à se contredire.

Il est frappant, par exemple, d'entendre les capitaines d'industrie unanimes pour rejeter sans appel l'intervention du droit pénal dans leur monde, mais fortement enclins, lorsqu'ils critiquent un concurrent, à dénoncer des infractions et à penser que le juge répressif ne fait pas son travail, alors que les comportements par eux visés ne constituent que des fautes civiles. Il est curieux que bien des élus vitupèrent régulièrement les abus des juges d'instruction, mais que, sur telle ou telle liste électorale, ils s'accordent à exclure un candidat potentiel parce qu'il est l'objet d'une enquête policière en cours. Il est singulier que des associations réclament des condamnations exemplaires pour ceux qui pratiquent la discrimination à l'encontre des malades séropositifs, mais condamnent la répression de ces derniers, lorsqu'un tribunal s'aventure à vouloir poursuivre l'auteur d'une contamination intentionnelle. Il est déconcertant que des militants écologiques protestent contre les condamnations des « faucheurs d'OGM », mais plaident vigoureusement pour une répression sévère de la délinquance environnementale. Pourtant, lorsque la « pénalisation de la vie économique », la « pénalisation de la vie politique », la « pénalisation du sida », bref les pénalisations de tout poil font la une des journaux, c'est toujours parce qu'on les dénonce comme excessives et injustifiées, rarement parce qu'on les approuve, du moins au sein de l'activité considérée. Car, lorsqu'il s'agit de s'exprimer sur le droit pénal « chez les autres », les avis sont, souvent, laudateurs : le chef d'entreprise, par exemple, qui voit d'un mauvais œil l'inspecteur du travail visiter ses usines, souhaite la patrouille du gendarme dans son quartier résidentiel ; si l'on ne veut pas de policiers dans le CAC 40, on en réclame dans le « 9-3 ». Pourtant, on le sait bien, il existe des voyous dans les caves de certains immeubles de banlieue, et il en existe aussi dans les salles de réunion de certains conseils

4 Sur l'évocation d'un « risque pénal anormal », v. Rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires (commission dite Coulon), p. 42 : anormal par rapport à quelle normalité ?

5 Sur ce sujet, v. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation* « bibl. sc. crim. », t. 43, LGDJ.

d'administration : que les unes soient décorées par des tags, les autres par d'autres types de tableau fait-il une réelle différence ?

Mais, plus que leur caractère contradictoire, ce qui est la marque caractéristique de ces propos, est qu'ils procèdent par affirmations juridiquement dénuées de signification, non pas que ceux qui les tiennent commettent des erreurs d'interprétation du droit (du moins pas toujours), mais parce qu'ils considèrent, de façon plus radicale, que le discours juridique n'a pas de légitimité et n'est donc pas un argument pertinent : ils parlent sur le droit sans parler du droit. Pour tout pénaliste, il est juridiquement incontestable que la contamination intentionnelle par un virus peut constituer un empoisonnement ; il n'est pas niable que la destruction d'une récolte correspond à une infraction pénale qu'un prétendu état de nécessité ne saurait justifier ; il est acquis qu'un industriel qui, avec l'argent de l'entreprise, fait commettre une infraction dans l'intérêt de celle-ci peut être coupable d'un abus de biens sociaux ; mais, pourtant, on le récuse, on le conteste et toute démonstration juridique contraire est une perte de temps : délibérément, la discussion, parce qu'elle est idéologique, ne se situe pas sur ce terrain. Lorsqu'un juge condamne un élu pour corruption et l'élimine de la vie politique (au moins provisoirement), on va donc soutenir que la responsabilité pénale se substitue indûment à la responsabilité politique en opposant ces deux responsabilités de façon totalement arbitraire, feignant de croire qu'elles sont alternatives pour mieux dénigrer un prétendu « gouvernement des juges » : tel est en réalité le seul véritable débat que l'on veut instruire et le droit, malléable à merci, n'est qu'un prétexte à ce procès. Pourtant, lorsqu'un juge répressif condamne à Paris un élu dont le comportement correspond aux prévisions du code pénal, il respecte la loi, qu'il ne fait qu'appliquer et il est bien plus éloigné d'un gouvernement des juges que ses homologues de Strasbourg lorsqu'ils font application de la convention européenne des droits de l'homme dans les conditions que l'on sait ! Mais il est fréquent que le même qui dénonce le juge parisien (surtout d'instruction) vante les mérites du juge strasbourgeois.

C'est une semblable attitude de négation qui s'affirme s'agissant de la dépenalisation de la vie des affaires : le procédé du déni est adaptable à toutes les causes. L'exemple de la prescription de l'action publique en matière d'abus de biens sociaux le démontre à l'envi. Tout un discours tend en effet à soutenir que les chefs d'entreprise sont exposés, en la matière, à une règle radicalement originale, avec les outrances de langage qui caractérisent ce type d'anathème : on parle d'acharnement ou de lynchage judiciaire, on a même osé affirmer que l'abus de biens sociaux est, avec les crimes contre l'humanité, la seule infraction imprescriptible du droit pénal français. Outre qu'aucun capitaine d'industrie ne semble avoir été gazé dans un camp de la mort pour s'être offert une voiture aux frais de la société qu'il dirige, tout, dans cette présentation, est juridiquement faux : reporter le point de départ d'un délai de prescription n'est pas, par définition même, rendre l'infraction imprescriptible ; et ce report est une règle fort courante, qui a bien d'autres illustrations que l'abus de biens sociaux, à commencer par l'abus de confiance en application d'une jurisprudence vieille de plusieurs décennies, alors qu'on la prétend récente.



En réalité, on est ici en présence, si l'on y réfléchit bien, d'un point de vue sur le droit très banal, puisqu'il renoue avec toute une tradition d'hostilité systématique. Par sa généralité, le phénomène en vient même à être étonnant : pourquoi tant de réserve, de mépris, voire tant de haine (« petits juges ») ? Sans doute, la classe des puissants ne peut-elle que mal tolérer le principe d'une égalité de tous devant la loi – surtout pénale –, qui nivelle son statut habituel : celui qui ne fait jamais la queue devant un quelconque guichet accepte difficilement d'avoir à répondre à la convocation d'un juge. Mais au-delà de cette remise en cause des privilèges qui sont les leurs, les puissants rejettent la légalité et ses exigences, pour lui préférer l'opportunité et ses accommodements : le droit dit d'avance ce que sera la solution d'un problème qui ne se pose pas encore, et en conséquence interdit tous les arrangements, alors que l'on préférerait de beaucoup la possibilité d'improviser, le moment venu, la réponse à la difficulté, selon une conception très archaïque remontant aux époques où le magistrat ne se distinguait pas encore du prêtre. On ne peut ainsi s'empêcher de sourire lorsque dans un rapport rendu par une commission chargée de dépenaliser le droit des affaires, on écrit que « la plupart des intervenants, mais également l'ensemble du groupe de travail, ont plébiscité – le terme est celui du discours politique – le développement des modes alternatifs de poursuite » et qu'on ajoute, l'observation paraissant décisive, « qu'ils sont accueillis avec faveur par les entrepreneurs concernés, car il s'agit de procédures rapides et confidentielles » : a-t-on jamais songé à demander aux voleurs, aux escrocs, aux proxénètes, aux receleurs, la procédure qu'ils préféreraient ? Qu'un groupe de travail officiel exprime pareille opinion avec un tel détachement, est la preuve que le conditionnement a fini par produire son effet : on tient pour acquises et évidentes des positions qui ne le sont pas. Il faut relever, d'ailleurs, que cette même commission défend au contraire la pénalisation du droit de la consommation. Une telle contradiction est surprenante, sauf à comprendre qu'elle repose sur des considérations idéologiques, comme l'atteste le fait que le seul argument invoqué à l'appui de l'intervention du droit pénal est l'opposition entre les « faibles » (les consommateurs) et les « forts » (les producteurs)⁶. Dénuée de tout contenu scientifique, cette distinction permet alors de justifier n'importe quel point de vue, notamment celui selon lequel, en droit des sociétés, il n'y aurait donc pas de faibles ; l'associé minoritaire qui, comme on le sait, voit dans le droit pénal le moyen de compenser l'infériorité réelle ou supposée de sa situation, ne partage apparemment pas cet avis.

Sous des formes certes plus extrêmes, l'entreprise tendant à décrédibiliser le droit a toujours été l'une des caractéristiques propres aux régimes policiers, ce qui devrait suffire à inspirer la prudence à tous ceux qui la reprennent à leur compte, même avec des manières plus civilisées. Mais ce qui est, au fond, logique dans un État autoritaire, est par définition inconcevable dans un État de droit : non pas seulement que pareille entreprise de disqualification du droit soit choquante de la part de ceux qui sont censés l'incarner, mais parce qu'il s'agit d'une contradiction insurmontable discréditant l'État lui-même. Lorsqu'on entend un chroniqueur politique, universitaire de son état, souhaiter le remplacement de poursuites pénales contre un député par une élection,

⁶ Rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires, p. 32.

au motif que « c'est cela la démocratie »⁷, on se demande si, en formulant une telle opposition implicite, il n'illustre pas, sans même s'en rendre compte, une décadence fort préoccupante de cet idéal démocratique qu'il prétend défendre.



Est-ce pousser la démonstration trop loin ? Après tout, si de tels propos ne sortent pas de leur enceinte naturelle et sont sans effet sur la législation pénale, ils n'ont d'importance que pour ceux qui leur prêtent attention. Mais il serait surprenant que, lorsqu'ils sont tenus par des hommes politiques, ils fussent sans traduction législative ; or, de fait, ce discours a produit des conséquences en droit positif. Il en est résulté une succession de dépénalisations ou de pénalisations incohérentes, car la rigueur du droit s'accommode mal des contradictions idéologiques. Nous n'en prendrons, ici, que deux exemples.

Le premier a trait à la responsabilité pénale des personnes morales. À l'origine, cette innovation du code pénal actuel fut, on le sait, de portée limitée en raison de la règle dite de la spécialité, en vertu de laquelle une infraction n'était imputable à une personne morale que sur prévision expresse du législateur. Or, de manière conséquente avec l'hostilité manifestée au droit pénal dans le monde des affaires, cette dérogation ne fut pas voulue, notamment, en droit pénal des sociétés, où la responsabilité des personnes physiques continua d'être seule prévue. Mais, avec la généralisation, quelques années plus tard, du principe de la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des infractions⁸, toute cette construction a volé en éclats de telle sorte que le droit pénal des affaires en a retiré, s'agissant du nombre des coupables potentiels, une extension considérable : parmi les condamnés pour distributions de dividendes fictifs, pour obstacle aux contrôles des commissaires aux comptes, pour achat par une société de ses propres actions, pour réduction du capital en violation de l'égalité des actionnaires peuvent désormais figurer non seulement les dirigeants de sociétés, mais aussi ces sociétés elles-mêmes. Si le droit pénal y a gagné en cohérence – il était extravagant que de telles infractions fussent exclues du domaine de la responsabilité des personnes morales⁹ –, il semble qu'en revanche, les partisans de la dépénalisation ont perdu leur combat. En réalité, il n'en est rien, car ce serait compter sans l'instrumentalisation du droit pénal rendue possible par cette réforme.

Certes, le code pénal présente la responsabilité de la personne morale et celle de ses organes ou représentants, personnes physiques, comme pouvant être cumulatives, si bien que la première n'exclut pas la seconde et réciproquement. Mais ce que dit le code n'est pas ce qu'il faut comprendre, car à une lecture juridique il faut savoir, ici, substituer une lecture politique : la responsabilité de la personne morale a été conçue comme un outil de dépénalisation en faveur des dirigeants d'entreprise. Ainsi, tout d'abord, une circulaire recom-

7 Propos d'O. Duhamel, sur la chaîne de radio France Culture, le 30 nov. 2009.

8 À l'exception des infractions de presse.

9 Sous réserve que l'on sache à coup sûr identifier, parmi les infractions du droit des sociétés, celles qui sont réellement imputables à la personne morale : en bien des cas, celle-ci peut faire figure de victime, plus que de coupable. La difficulté a – évidemment – échappé à ceux qui ont proposé cette réforme, adoptée sans aucune réflexion préalable.

manda-t-elle aux parquets, dans le cas notamment des infractions d'imprudence, de laisser hors de cause le dirigeant, pour concentrer les poursuites sur le seul être moral ; ensuite, ce fut le législateur lui-même qui, par une réforme en matière d'imprudence, fit de cette proposition une solution légale, en la posant en des termes qui sont un défi à l'analyse juridique : affirmer, comme le fait depuis lors le code pénal, qu'un seul et même comportement est une infraction pour une personne morale mais ne l'est pas pour son dirigeant est une proposition qui attend encore une explication technique satisfaisante – et l'attendra longtemps. En tout cas, la leçon est facile à tirer : la personne morale est un écran derrière lequel peuvent se réfugier ses organes, la condamnation de la première servant d'alibi à la relaxe des seconds. Le droit pénal n'est donc pas le bienvenu dans le monde des affaires sauf lorsque, paradoxalement, ses règles sont un outil de dépénalisation ; que la rationalité juridique soit écartelée dans cette opération est considéré comme indifférent : il faut comprendre qu'aux yeux de ceux qui ont voulu cette réforme, le droit n'est pas un savoir, encore moins une science, il n'est qu'un instrument. Le discours idéologique n'a cure de la cohérence juridique.

Le second exemple concerne le sort réservé aux victimes. On sait que l'un des traits dominants de la procédure pénale, ces deux dernières décennies, est la faveur affichée pour elles, au point que, désormais, pour leur donner satisfaction, on va jusqu'à confier la parole à leurs avocats devant les juridictions de l'application des peines, stade de la procédure où, pourtant, l'action publique a disparu, ainsi que l'action civile, en sorte que la Cour de cassation, embarrassée par ce cas de figure singulier, a dû leur refuser la qualité de partie au litige¹⁰. Autrement dit, les choix politiques ont débouché, ici encore, sur une solution techniquement fort curieuse, celle d'un plaideur qui, ni témoin, ni partie, fait cependant valoir son point de vue devant une juridiction.

Mais, s'agissant du droit des affaires, voilà que cette même victime n'est pas regardée avec bienveillance : le pouvoir qu'elle a de déclencher les poursuites à la place du parquet y est ressenti comme menaçant par tous ceux qui considèrent que les chefs d'entreprise ne sont pas de véritables délinquants ; en conséquence, ils ne feraient pas de véritables victimes. Comme dans le cas précédent de l'opposition entre les « forts » et les « faibles », cette distinction entre les vraies victimes et les fausses est purement idéologique et l'on serait bien en peine de lui insuffler un quelconque contenu juridique : au regard de l'article 2 du code de procédure pénale, la seule question est de savoir si la partie civile a bien personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction et tous ceux pour lesquels la réponse est positive sont des victimes, sans que l'on puisse introduire des hiérarchies entre elles. De nouveau, c'est en matière d'abus de biens sociaux que ce dévoiement est apparu le plus clairement. Après avoir en effet jugé le contraire pendant fort longtemps, la Cour de cassation a pris sur elle d'affirmer subitement que ni les créanciers de la société, ni les associés ne peuvent valablement se constituer partie civile à la suite de la commission de ce délit, seule la personne morale étant réellement victime de l'abus commis. Sauf action civile exercée *ut singuli*, il en résulte que, désormais, le déclenchement de l'action publique est le

10 Cass. crim., 15 mars 2006, B. n° 81, *Rev. pénit.* 2006. 855, obs. Maistre du Chambon (à propos de l'art. 720, C. pr. pén.).

monopole du parquet dans ce type d'affaire : on peut penser que le principe d'opportunité des poursuites sera utilisé par lui en fonction de considérations qui ne se réduiront pas au seul intérêt général, spécialement si est mis en cause le dirigeant d'une grande société ou un personnage politique (et l'on entrevoit sans peine ce qu'il adviendra si, demain, les procureurs de la République chassent les juges d'instruction). La même chambre criminelle ayant semblablement modifié sa jurisprudence en ce qui concerne le point de départ du délai de prescription de l'action publique, afin de favoriser l'accomplissement de cette prescription, elle donne l'impression désagréable d'avoir voulu satisfaire les partisans de la dépenalisation du droit des affaires en se rangeant à son tour à une analyse seulement opportuniste de la loi. Au regard de la légalité criminelle, principe qui vaut pour les règles de fond comme pour les règles de procédure, le fait que l'on affirme deux solutions différentes sur le fondement de textes inchangés est évidemment troublant : à une lecture juridique, paraît s'en être substituée une autre, d'une autre nature. D'ailleurs, on se rappelle que, ému par la condamnation de plusieurs élus pour recel consécutif à des abus de biens sociaux, le personnel politique avait caressé l'espoir de procéder à une réforme, avant finalement de ne pas oser la réaliser : qu'à cela ne tienne, la Cour de cassation aura su y remédier.



Rien ne justifie que l'on considère les hommes d'affaires comme des délinquants à part, encore moins que l'on suggère qu'ils n'appartiennent pas à cette catégorie. Bien au contraire, si l'on veut leur reconnaître une spécificité, c'est dans la mesure inverse : la délinquance d'affaires est un fléau social qui crée des dommages d'une importance n'ayant pas beaucoup d'équivalents. Pour détourner autant d'argent qu'à l'occasion d'un délit d'initié, combien faut-il attaquer de banques ? Mais réaliser, dans le calme de son bureau et d'un coup de téléphone, une fructueuse opération en bourse en profitant d'un savoir que l'on est seul à détenir expose à deux ans d'emprisonnement¹¹, le vol avec le port d'une arme, à vingt ans de réclusion criminelle, l'arme serait-elle restée dissimulée et sa présence ignorée des victimes. Pourtant, le montant de la fraude fiscale, pour la seule France, a été évalué, en 2007, à 40 milliards d'euros, soit approximativement 2 % du produit intérieur brut, la fraude à la TVA s'élevant à 12 milliards¹², celui de la fraude à l'impôt sur les sociétés, à 4,5 milliards¹³ ; quant à la corruption dans le monde, elle porterait sur 1 000 milliards de dollars¹⁴. On ne s'étonnera donc pas si les criminologues en sont venus à faire de la criminalité d'affaires une variété de crime organisé, aux côtés du *hold-up*, du trafic de stupéfiants ou du proxénétisme¹⁵. Aussi, avec la crise financière que l'on connaît actuellement, avec le vœu, partout exprimé, d'une

11 Le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires propose d'ailleurs de relever ce seuil à trois ans, p. 45.

12 Europol a chiffré à 5 milliards d'euros (156 millions pour la France) le montant de la fraude à la TVA au sein de l'Union européenne en matière de transactions sur les quotas d'émission de CO₂ (*La Tribune*, 16 déc. 2009, p. 22).

13 Rapport du conseil des prélèvements obligatoires publié le 21 févr. 2007 (ces chiffres couvrent la fraude aux impôts et aux cotisations sociales).

14 Chiffre évalué par l'Institut de la Banque mondiale.

15 Gassin, *Criminologie*, 6^e éd., Dalloz, 2007, n° 699.

régulation de la finance, d'une moralisation des marchés¹⁶, continuer de soutenir qu'une condamnation pénale est une flétrissure excessive pour les hommes d'affaires est une indécence : quel meilleur régulateur que le droit pénal, lui qui, de toutes les disciplines juridiques, est le plus proche de la morale ? Ou bien faut-il considérer que M. Madoff ne mérite le qualificatif de crapule que parce qu'il a escroqué des nantis¹⁷ ? Au demeurant, penser que la délinquance d'affaires, seulement astucieuse, n'entretrait pas de rapport avec la violence, ce qui justifierait qu'on la considérât avec une certaine bienveillance, est une erreur : ce que les criminologues appellent la « violence organisationnelle »¹⁸ constitue, en langage juridique, des faits de harcèlement moral, lesquels, l'actualité le montre, peuvent détruire des individus.

On observera, en tout cas, que, depuis quelque temps, les thuriféraires de la dépénalisation du droit des affaires font montre d'une certaine discrétion. Il est vrai qu'à l'époque où des conventions internationales imposent le recours à des infractions pour lutter contre la criminalité économique¹⁹, où, après Lisbonne, le traité sur l'Union européenne fait de même à propos de futures directives appelées à intervenir en matière de blanchiment d'argent, de corruption, de contrefaçon de moyens de paiement, de criminalité informatique, et, plus largement, dans tous les domaines où l'appel au droit pénal apparaîtra « indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union » – songeons à la protection de l'environnement –²⁰, leur croisade, souvent conduite au nom de la modernité, apparaît à contretemps des évolutions du monde contemporain. Parions néanmoins que le calme revenu, les milliards de dollars gaspillés définitivement disparus, les millions de chômeurs oubliés, elle reprendra : l'idéologie a cette caractéristique d'être aveugle aux réalités – rappelons-nous le précédent de l'affaire Enron dont on a dit, à l'époque, qu'elle avait ébranlé l'Amérique²¹ : elle n'a rien changé.

philippe.conte@club-internet.fr

16 Après le scandale des « *subprimes* » (qui donne lieu aux premières poursuites aux États-Unis), après l'affaire Madoff, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) a avancé 58 recommandations pour améliorer les processus de contrôle des délits d'initiés et de prévention de la fraude. Il s'agit notamment selon les déclarations de R. Khuzami, ancien procureur fédéral, de « développer les pratiques employées dans les affaires pénales » – comme par exemple le recours à l'infiltration au sein du *hedge fund* Galleon, qui a permis de démanteler un réseau de délits d'initiés (montant estimé du profit : 25 millions de dollars). À la mi-novembre 2009, l'administration Obama a créé un groupe de travail chargé de réfléchir à la lutte contre les délits financiers.

17 Le montant de cette escroquerie est estimé, selon la presse, à 65 milliards de dollars.

18 V. Gassin, préc., n° 495.

19 V. la convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 oct. 2003 (dite convention de Mérida), art. 15, 16, 17, 23, 24, 25, 26 et 27 (loi n° 2005-743 du 4 juill. 2005 autorisant sa ratification). Le même texte impose un « long délai » de prescription de l'action publique et son allongement ou sa suspension lorsque l'auteur des faits « s'est soustrait à la justice » (art. 29).

20 TFUE, art. 83, § 1 et 2.

21 Chassagny et Lacour, *Enron, la faillite qui ébranle l'Amérique*, éd. Nicolas Philippe, 2003.