



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA DEPENALISATION
DE LA VIE DES AFFAIRES

RAPPORT A MADAME LE GARDE DES SCEAUX,
MINISTRE DE LA JUSTICE

Janvier 2008

Lettre de mission

Paris, le 04/10/07

Monsieur le Premier Président,

A l'occasion d'une allocution prononcée le 30 août dernier lors de l'université d'été du Mouvement des Entreprises de France, le Président de la République a exprimé le souhait de lutter contre une pénalisation excessive du droit des affaires, qui constitue une source d'insécurité juridique et handicape ainsi l'esprit d'entreprise.

A cet effet, il m'a chargée de lui soumettre des propositions afin de limiter le risque pénal des entreprises et d'envisager des modes de régulation plus adaptés à la vie économique.

L'un des fondements des sociétés démocratiques est que la loi ne doit édicter que des sanctions pénales nécessaires et proportionnées. Le droit pénal n'a pas vocation à régler des conflits entre personnes privées. Il n'a pas plus vocation à assurer le respect de contraintes administratives. Il doit être destiné à protéger des valeurs sociales essentielles en sanctionnant des comportements et des malversations condamnables.

Une pénalisation excessive de la vie économique produit des effets pervers. Les procédures sont souvent longues. Elles ont souvent un retentissement économique hors de proportion des faits. Elles peuvent être dévoyées par certains plaignants. Ce risque pénal pèse sur l'attractivité économique de la France.

Le mouvement de dépenalisation déjà entrepris en matière de droit des sociétés et de droit de la concurrence démontre que ce travail répond à une préoccupation admise par divers gouvernements antérieurs et qu'il peut être conduit sans polémique.

Ce mouvement doit être poursuivi.

C'est pourquoi, je souhaite vous confier la présidence d'un groupe de travail, chargé de mener une réflexion sur l'ensemble des sanctions pénales qui s'appliquent aux entreprises en matière de droit des sociétés, de droit financier et de droit de la consommation.

Monsieur Jean-Marie COULON
Premier Président honoraire de
la cour d'appel de Paris

Ce groupe de travail aura vocation à examiner l'ensemble des infractions qui pèsent sur les entreprises.

Il lui appartiendra de proposer la suppression des sanctions qui sont inutiles. Il pourra également proposer leur adaptation ou leur remplacement par des procédures civiles ou commerciales ou par des sanctions administratives, disciplinaires ou pécuniaires.

Quand des sanctions pénales et des sanctions civiles ou administratives coexistent, le groupe de travail devra s'interroger sur la justification de ce cumul et sur la coordination de ces différents types de sanctions.

Vous voudrez bien veiller à ce que le groupe de travail me remette son rapport au plus tard à la fin du mois de janvier 2008.

Vous pourrez bien entendu vous appuyer sur mes services pour conduire vos travaux.

En vous remerciant de votre disponibilité et de votre collaboration, je vous prie de croire, Monsieur le Premier Président, à l'expression de mes salutations distinguées.

Rachida DATI

Sommaire

Liste des membres du groupe de travail	5
Introduction	8
Chapitre I : Reconfigurer le champ pénal	13
Chapitre II : Construire un appareil cohérent et adapté de régulation	42
Chapitre III : Développer l'effectivité des réponses	65
Conclusion	87
Propositions	89
Personnalités auditionnées ou consultées par le groupe de travail	92
Table des matières	94
Annexes	97

Liste des membres du groupe de travail

M. Jean-Marie COULON, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris
Président du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires

M. Philippe INGALL-MONTAGNIER, procureur général près la cour d'appel de Rouen
Vice-Président du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires

* * *

M. Yves CHAPUT, professeur des Universités

M. Philippe COURROYE, procureur de la République de Nanterre

M. Bruno DALLES, magistrat, sous-directeur délégué aux missions judiciaires de la douane, chef du SNDJ.

Mme Marie-Christine DAUBIGNEY, directrice de projet au secrétariat général du ministère de la Justice

Me Olivier DEBOUZY, avocat

M. Frédéric DEBOVE, doyen de l'université Paris II - Melun

Me Eric DEZEUZE, avocat

M. André DUPONT-JUBIEN, associé-gérant de Lazard Frères

M. Bernard FIELD, secrétaire général de Saint-Gobain

M. Jérôme FRANTZ, directeur général de Frantz Electrolyse

M. Gérard GARDELLA, directeur des affaires juridiques de la Société Générale

M. Hubert GASZTOWTT, avocat général près la cour d'appel de Versailles

M. Philippe GRILLOT, président du tribunal de commerce de Lyon

M. Didier REBUT, professeur des Universités

M. Philippe STEING, secrétaire général du Haut Conseil du Commissariat aux Comptes

Me Francis TEITGEN, avocat, ancien bâtonnier du barreau de Paris

M. Bruno THOUZELLIER¹, président de l'Union Syndicale des Magistrats

Me Jean VEIL, avocat

¹ En raison de ses fonctions syndicales Bruno THOUZELLIER n'a pas pris part au vote final sur les propositions du groupe de travail

Rapporteurs du groupe de travail

M. Nicolas GUILLOU, magistrat au bureau du droit commercial, direction des affaires civiles et du sceau

M. Vincent MONTRIEUX, magistrat, adjoint au chef du bureau du droit économique et financier, direction des affaires criminelles et des grâces

M. Antoine DOUGLAS, rédacteur au bureau du droit économique et financier, direction des affaires criminelles et des grâces

Le groupe de travail a bénéficié du concours de la direction des affaires civiles et du sceau et de la direction des affaires criminelles et des grâces, en particulier celui de magistrats du bureau du droit économique et financier de celle-ci.

Les réunions du groupe de travail ainsi que la tenue des auditions se sont déroulées au sein des locaux de la direction des affaires criminelles et des grâces.

« Les valeurs ne sont pas des essences éternelles ».

Paul Ricoeur

Introduction

L'émergence d'un droit pénal « des affaires » est contemporaine de la création, au XIX^{ème} siècle, des premières formes modernes de sociétés. La nécessité de disposer d'incriminations spécifiques, pour protéger notamment l'intérêt des créanciers et des actionnaires, a conduit le législateur à créer des infractions adaptées aux cas où le droit commun ne trouvait pas à s'appliquer.

Cet accroissement de l'utilisation du droit pénal a marqué l'histoire de l'encadrement de la vie des affaires. On assiste cependant à une phase récente de reflux, dans laquelle s'inscrivent nos travaux. L'examen préalable de ces évolutions historiques apparaît nécessaire.

I. L'évolution du droit pénal des affaires

Le droit pénal des affaires au sens strict, c'est-à-dire qui comprend les infractions spéciales hors du champ du code pénal et non le droit commun, apparaît au milieu du XIX^{ème} siècle, par le vote, le 17 juillet 1856, d'une loi portant sur les sociétés en commandite par actions. Elle crée les premières infractions spécifiques au droit des affaires, par exemple l'incrimination de distribution de dividendes fictifs.

Les motifs de cette loi sont très éclairants, car ils constituent le modèle juridique de toute l'évolution ultérieure du droit pénal des affaires, avec la coexistence de deux orientations :

1) la sanction de fraudes spécifiques au droit des affaires, issue du constat que les infractions de droit commun ne sont pas adaptées au monde des affaires et qu'il est difficile d'étendre ces infractions du fait du principe d'interprétation stricte des lois pénales. Ainsi, la difficulté de qualifier certaines escroqueries fut la cause principale de la création d'un certain nombre d'infractions, comme la distribution fictive de dividendes. La création de l'incrimination d'abus de biens sociaux en 1935 est de la même manière issue des difficultés à appliquer la législation relative à l'abus de confiance.

Cette catégorie d'infractions n'a jamais été remise en cause, ces dernières n'étant contestées que dans leur mise en oeuvre. Très peu de praticiens et d'universitaires ont soutenu une dépénalisation totale de ces infractions.

2) la recherche d'une bonne exécution des prescriptions du droit des sociétés : le législateur veut également utiliser la sanction pénale pour que les obligations essentielles du droit des sociétés soient respectées. La peine placée à côté de l'obligation donne à celle-ci une autorité renouvelée et en garantit l'application. Sont donc créées des infractions formelles, moins pour punir que pour obliger à faire.

Le droit pénal des affaires va par la suite se développer dans ces deux sens :

- développement de la répression des actes frauduleux sur un même constat de l'inadaptation d'un droit commun qui ne permet pas toujours de cerner avec suffisamment de précision les actes pénalement répréhensibles ;
- augmentation du nombre de normes relatives au droit des sociétés entraînant un

accroissement corrélatif des obligations, ainsi que des infractions liées à ces nouvelles règles. Cette évolution culmine avec la loi de 1966, qui comporte soixante-dix articles consacrés au droit pénal ; la doctrine ne s'est pas accordée sur le nombre d'incriminations prévues par cette loi (entre cent-vingt et deux cent cinquante). Le droit de la consommation évolue de la même façon.

La doctrine pénaliste et commercialiste a critiqué cette pénalisation excessive, qualifiée « d'erreur de politique criminelle ». Préconisant la dépénalisation, universitaires et parlementaires (notamment le sénateur Marini²) proposent de maintenir le droit pénal pour les fraudes mais de dépénaliser la violation d'obligations formelles. Parfois, certains auteurs préconisent la redéfinition de certaines infractions lorsqu'elles semblent appliquées de manière extensive (l'abus de biens sociaux notamment), même si la légitimité de l'existence de ce type d'infractions n'est pas contestée.

Ces discours sur la dépénalisation vont trouver un écho à travers une série de textes :

- ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de concurrence : ce texte opère une dépénalisation, car il supprime la plupart des infractions pénales en la matière. Toutefois, cette dépénalisation ne se fait pas sans contrepartie, mais au profit du transfert d'un pouvoir de sanction vers une autorité administrative indépendante. La dépénalisation n'emporte ainsi pas la disparition de la sanction, mais amène à envisager de nouvelles sanctions. Cette dépénalisation n'est cependant pas complète, car le droit pénal conserve théoriquement sa force en droit de la concurrence, s'agissant des infractions intentionnelles, même si, en pratique, le recours au droit pénal de la concurrence est aujourd'hui très rare ;
- loi « nouvelles régulations économiques » (NRE) du 15 mai 2001 : elle n'est pas quantitativement la plus importante puisqu'elle ne dépénalise qu'une vingtaine de délits figurant dans la loi de 1966 mais est annonciatrice des évolutions suivantes.

Ces suppressions sont réalisées :

- 1) au nom de l'inefficacité de la sanction pénale : pour un certain nombre d'infractions, la sanction pénale est complètement inefficace du fait du long délai entre la commission de l'infraction et le prononcé de la sanction. Il est alors substitué à la sanction pénale une sanction civile par le biais d'un référé injonction auprès du président du tribunal de commerce qui peut fixer des astreintes voire désigner un mandataire. La sanction présente un intérêt pour les personnes qui en font la demande. Cette voie de substitution de sanctions civiles aux sanctions pénales s'est répétée dans les lois ultérieures.
- 2) au nom de l'inutilité formelle de ces infractions : c'est le cas de la fraude dans la constitution des sociétés. Avant la loi NRE, quatre infractions étaient prévues : la loi NRE n'en a conservé qu'une, la surévaluation des apports en nature, les trois autres étant inutiles car punissables par ailleurs au titre de l'escroquerie ou du faux en écritures. Le critère de dépénalisation est ici le cumul de l'infraction spécifique avec une infraction de droit commun. La loi NRE répond ainsi à une préoccupation constitutionnelle (C. cons. 16 juillet 1996 : la création d'une infraction relevant déjà d'une autre incrimination n'est

² . Rapport sur la modernisation du droit des sociétés, 1996

pas justifiée et donc inconstitutionnelle car contraire au principe de nécessité des incriminations).

- lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière et sur l'initiative économique : elles procèdent à une plus grande dépenalisation en terme quantitatif, mais seulement sur le premier aspect, c'est à dire la dépenalisation d'infractions qui punissent la violation d'obligations formelles. Ces infractions sont dépenalisées en raison de leur inefficacité. A ces sanctions pénales sont substituées des nullités. En outre apparaît un nouveau critère de dépenalisation, celui des personnes visées par l'incrimination : ainsi, dans les relations entre professionnels, les lois du 1er août 2003 dépenalisent l'usure ;
- ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises et du 25 juin 2004 sur les valeurs mobilières : elles procèdent à une nouvelle dépenalisation au profit de sanctions civiles.

La doctrine a formulé certaines critiques sur ce mouvement de dépenalisation, non pas dans son principe, mais dans sa mise en œuvre : la dépenalisation serait ainsi :

- *spécialisée*, le législateur ne s'étant pas attaqué à l'ensemble des incriminations mais seulement à des domaines précis qu'il examinait à un moment donné ;
- *désordonnée*, car laissant des « failles » dans la dépenalisation, qui rendent incohérent le dispositif pénal existant ;
- *sélective*, car mettant de côté les infractions les plus graves et leur régime, qu'elle n'avait pas vocation à modifier (par exemple la question de la prescription de l'abus de biens sociaux).

II. Les enjeux contemporains de la dépenalisation

La dépenalisation du droit de la vie des affaires est une attente forte des acteurs économiques. Le caractère déstabilisant pour l'entreprise et ses dirigeants de la procédure pénale, son impact médiatique à la fois trop fort lors de la mise en examen et trop faible lors des ordonnances de non-lieu, et ses conséquences économiques voire boursières ont ainsi été stigmatisés.

Si le besoin de règles pour l'entreprise a été reconnu comme essentiel, nombre d'intervenants ont insisté sur la nécessité de normes claires, stables et cohérentes, dans un souci de lisibilité, ce qui n'est, selon eux, pas le cas aujourd'hui : inflation législative et multiplication des incriminations en concours, incertitudes jurisprudentielles sur la prescription, et instrumentalisation de la justice pénale ont ainsi été présentés comme constituant un risque pénal anormal pour l'entreprise. C'est le principe de légalité qu'il faut pour cela réaffirmer.

Certains sont allés plus loin, sans que cela ne soit apparu au demeurant entièrement justifié à l'ensemble des membres du groupe de travail, en estimant que ce risque pénal était une des causes de la réticence des entreprises étrangères à s'implanter en France. C'est l'attractivité de la France pour les investisseurs qui serait ainsi aussi un des enjeux de la dépenalisation.

Toutefois, la dépenalisation a également été présentée par plusieurs intervenants comme devant s'inscrire dans une démarche conforme à l'intérêt général, respectant un ordre public de protection, qui est triple :

- il impose une protection du faible contre le fort, et donc l'existence d'outils juridiques, pénaux ou non pénaux, accessibles à tous. C'est une condition essentielle au principe d'égalité devant la loi, garant de la défense de ceux qui sont dans une position d'infériorité économique, au besoin en rééquilibrant les situations d'inégalité du monde réel ;
- il impose une protection de la sécurité, de la santé, et du patrimoine des citoyens, au besoin en nécessitant la mise en place de contreparties aux infractions pénales ;
- il impose une confiance légitime dans le marché, et donc dans l'ensemble du système économique.

En outre, le noyau dur du droit pénal des affaires, celui qui sanctionne la fraude, doit être affirmé, voire renforcé, comme le montrent les exemples étrangers. On assiste en effet à travers le monde, en particulier dans un contexte de mondialisation, à un besoin de sanction des comportements frauduleux pour protéger les investissements, donc la croissance et l'emploi. Le droit communautaire et certaines conventions internationales s'inscrivent ainsi dans ce mouvement favorable à la sanction pénale.

Combiner le besoin légitime de confiance des entreprises dans la norme et les acteurs de la norme en respectant l'intérêt général, la protection des investissements et l'égalité devant la loi constitue sans doute ainsi l'enjeu fondamental de la dépenalisation du droit de la vie des affaires.

III. Perspectives

Le droit pénal des affaires n'est pas un droit autonome. L'identité du droit pénal est ainsi forgée par des composantes multiples (droit pénal des mineurs, stupéfiants, terrorisme...) avec nécessairement des spécificités propres, ce qui est le cas du droit pénal des affaires. Toutefois, sa dépenalisation doit s'articuler de façon cohérente avec les autres branches du droit pénal. Le même jugement peut être porté sur le droit pénal du travail et sur le droit pénal de l'environnement, qui ne pouvaient être étudiés par le groupe de travail compte tenu de leur complexité propre.

La dépenalisation du droit des affaires recouvre plusieurs mouvements normatifs, qui ne sont pas exclusifs les uns des autres. Il peut s'agir d'un processus de désincrimination, « sèche » ou par substitution, mais également d'une plus grande cohérence dans la définition et la répression des infractions, d'une amélioration de l'accès à la justice civile, ou d'une réduction du temps pénal, en clarifiant le droit des prescriptions.

Ces différentes facettes du mouvement de dépenalisation reflètent l'absence de lignes directrices du mouvement de pénalisation du droit des affaires depuis le milieu du XIX^{ème} siècle, qui ne présente pas de véritable cohérence légale, les infractions étant plus souvent le produit d'un empilement de strates législatives que d'une réflexion sur les frontières du champ pénal. C'est ce travail inverse d'identification des limites du champ pénal qui doit permettre de délimiter l'espace de la pénalisation du droit des affaires.

Le fait de tracer les frontières de la dépenalisation du droit des affaires suppose de s'appuyer

sur plusieurs critères. Le critère de proportionnalité, tout d'abord, implique une analyse de la gravité de la faute, selon le type de dol, de la nature du dommage causé et de la valeur protégée en cause. Analyser pour chacune des infractions du droit pénal des affaires la faute, le dommage et la valeur protégée, est ainsi une piste pour permettre de déterminer si la sanction pénale est proportionnelle à ces éléments, et le cas échéant si elle peut ou doit être remplacée par un autre mode de régulation économique.

Parallèlement, désincriminer nécessite d'examiner l'effectivité de la sanction pénale. Ce critère d'effectivité implique, d'une part, une analyse statistique de la réalité de la répression, qui montre en filigrane si les services d'enquête et les magistrats ont la volonté de poursuivre ces infractions ou disposent des moyens de les caractériser, et, d'autre part, une analyse de la fonction de l'incrimination, l'infraction pouvant avoir une effectivité pédagogique ou préventive distincte de son application concrète.

IV. Orientations à privilégier

Mettre en place ce mouvement de politique criminelle que constitue la dépenalisation du droit des affaires peut s'appuyer sur une démarche combinatoire. C'est d'abord vers une nouvelle configuration du champ pénal qu'il faut tendre, en modifiant les modes de régulation applicables à l'activité, au contrôle et à la structure des entreprises (I). C'est ensuite construire un appareil cohérent et adapté de régulation, performant et moderne, mais qui respecte les équilibres posés par la Cour européenne des droits de l'homme et notre Constitution (II). C'est enfin développer l'effectivité des réponses, en modernisant et clarifiant l'accès à la justice pénale et en renforçant l'attractivité de la justice civile (III).

Chapitre I : Reconfigurer le champ pénal

Le premier volet de la dépenalisation consiste à réduire l'espace pénal, en supprimant des infractions, en limitant le périmètre des incriminations, ou en réduisant les pénalités encourues, le tout avec ou sans mécanismes de substitution. Cette dépenalisation consiste donc en fait à désincriminer, c'est à dire à diminuer l'emprise du droit pénal sur la vie des affaires.

Ce mouvement de politique criminelle nécessite toutefois au préalable une identification des modèles de désincrimination (section 1), afin de dresser une liste des infractions dépenalisables, en fonction des mécanismes éventuels de substitution et des matières juridiques « impactées » (section 2). Enfin, c'est aussi une réflexion sur les peines qui permettra de reconfigurer la sanction pénale, afin de redonner cohérence et efficacité à la sanction (section 3).

Section 1 : Les modèles de désincrimination

La dépenalisation est plurielle. Il n'existe en effet pas un seul modèle qui consisterait simplement en une abrogation de la qualification pénale. La réalité juridique est évidemment beaucoup plus complexe, et exige une analyse du souhaitable, du possible, et de l'opportun, avant de mettre en oeuvre des mesures dont l'impact sur les entreprises doit être au préalable évalué.

Décider comment dépenaliser implique donc d'abord de déterminer les facettes de la dépenalisation (1), avant d'exposer les mécanismes de substitution envisageables (2).

1) Les facettes de la désincrimination

Comprendre la dépenalisation implique un travail préalable de déconstruction et de classification. En effet, c'est en établissant une typologie des modes de désincrimination, des contraintes structurelles, et des critères de dépenalisation, que l'on pourra procéder à un mouvement de dépenalisation cohérent et équilibré.

> Les modes de désincrimination

La désincrimination constitue la forme la plus visible de dépenalisation. Elle peut être mise en place par deux opérations juridiques distinctes :

- une suppression de la qualification pénale : le texte incriminateur est supprimé de l'ordonnancement juridique et l'infraction disparaît ;
- une réduction du périmètre de la qualification pénale, en modifiant ses éléments constitutifs, matériel ou moral : l'infraction ne disparaît pas, mais le champ de la pénalisation est réduit.

Dans les deux cas, suppression ou réduction de la qualification pénale, le législateur a deux possibilités, selon qu'il souhaite ou non remplacer la qualification par des modes de régulation de substitution. En effet, il est envisageable de dépenaliser :

- en procédant à une suppression de l'obligation sanctionnée sans mesure de remplacement : c'est la dépenalisation dite « sèche », qui consiste à mettre fin à l'illicéité d'un comportement ;
- en procédant à une substitution de mécanismes civils, administratifs, disciplinaires, ou à une combinaison entre ces derniers.

Choisir entre ces modes de désincrimination implique pour le législateur un travail préalable d'identification des mécanismes juridiques à réformer :

- le premier type de désincrimination, la dépenalisation « sèche », est la conséquence du constat de l'inutilité de la norme: l'infraction n'apparaît plus utile car la valeur protégée qu'elle a vocation à défendre ne se justifie plus. Elle suppose donc une analyse des motifs qui ont conduit le législateur à pénaliser ce comportement et un examen de l'actualité de ces motifs ;
- le second type de désincrimination part du constat, non pas de l'inadéquation de l'obligation en elle-même, mais de l'inadéquation de la réponse à la méconnaissance de cette obligation, compte tenu de son caractère inefficace, trop sévère, ou contre-productif. Il ne s'agit plus ici de remettre en cause l'obligation sanctionnée, mais d'adapter la réponse du corps social à un comportement toujours considéré comme illicite.

Cette désincrimination sans suppression de l'obligation sanctionnée peut elle-même prendre plusieurs formes, car plusieurs mécanismes de substitution sont envisageables :

- des mécanismes civils, tout d'abord, consistant en une privatisation du contrôle du respect de la règle de droit au profit des acteurs économiques, privatisation justifiée par le caractère privé de l'intérêt qu'elle protège ;
- des mécanismes administratifs, consistant en une régulation apparemment plus souple que la régulation pénale.

Enfin, qu'ils soient civils ou administratifs, ces mécanismes peuvent être organisés a priori ou a posteriori :

- les mécanismes préventifs ont ainsi vocation à obliger à faire, sans pour autant sanctionner. La mise en place d'injonctions, civiles ou administratives, sert ainsi à obliger à faire un acte. Le mécanisme du contrôle administratif préalable a alors vocation à empêcher de faire un acte contraire à une norme ;
- les mécanismes répressifs, eux, plus proches du droit pénal dans leur esprit, visent à introduire une sanction, mais d'une nature différente de la sanction pénale. C'est le cas des nullités ou des mécanismes du droit des contrats, qui sont utilisés pour annuler ou rendre inopposable un acte passé en fraude d'une obligation légale ou contractuelle.

Ainsi, on s'aperçoit que les modes de désincrimination sont multiples. Leur mise en place est en outre dépendante de contraintes structurelles, normatives et morales, qui limitent la latitude du législateur.

> *Les contraintes structurelles limitant la désincrimination*

L'autonomie du législateur en matière de droit des affaires n'est pas totale, comme dans toutes les branches du droit. En effet, elle doit prendre en compte un certain nombre de contraintes structurelles, à la fois économiques, juridiques et éthiques, qui permettent *a contrario* de tracer les frontières des incriminations dépenalisables.

La dépenalisation est en premier lieu encadrée par des contraintes économiques. En effet, les entreprises ont besoin de sécurité juridique afin de garantir leurs opérations sur le marché. Cette sécurité suppose un certain nombre de règles, prévisibles, accessibles et équitables qu'il convient de garantir, notamment par des mécanismes pénaux. Le droit pénal peut avoir ici une fonction de protection de la PME face à certains concurrents beaucoup plus grands, ou de protection du sous-traitant face à ses clients, qui peuvent d'ailleurs eux-mêmes être ses concurrents.

De plus, il convient d'assurer une concurrence loyale entre les entreprises, afin d'éviter de favoriser certains opérateurs par rapport à d'autres. Plusieurs intervenants ont ainsi souligné le besoin de règles du jeu claires sur le marché, et la fonction régulatrice du droit pénal sur ce point.

Mais la marge de manoeuvre du législateur est également encadrée par des contraintes juridiques, essentiellement supra-nationales. En effet, la France est partie à certain nombre de conventions internationales qui imposent à chaque signataire de sanctionner pénalement certains comportements, dans l'intérêt de tous, notamment d'une concurrence équitable entre les entreprises des différents pays signataires. Ainsi, la convention de Mérida contre la corruption impose aux Etats de mettre en place des sanctions contre certains comportements, notamment l'abus de biens sociaux³.

Le droit communautaire impose également un certain nombre d'obligations à la France en matière de pénalisation, notamment dans le but d'éviter les nullités. La commission européenne n'hésite d'ailleurs pas à poursuivre en manquement les Etats qui n'ont pas mis en place des mécanismes pénaux, de nature à assurer l'application effective du droit communautaire. Le droit pénal vient ici garantir une obligation afin d'éviter des mécanismes civils, notamment les nullités, qui sont considérées comme fragilisant la sécurité juridique des opérations commerciales.

Enfin, le législateur est encadré par des contraintes éthiques. Toutes les personnes auditionnées ont ainsi souligné la nécessité de ne pas toucher aux incriminations qui sanctionnent les comportements frauduleux. Il s'agit d'une dépenalisation légitimement « impossible⁴ », qui n'a d'ailleurs jamais été envisagée par le groupe de travail. Le noyau dur du droit pénal des affaires n'a ainsi pas à être modifié, tant les comportements qu'il sanctionne font l'objet d'un consensus de la part des citoyens et des acteurs économiques.

Ainsi, le socle du droit pénal des affaires, composé des trois infractions mères (l'abus de confiance, l'escroquerie et faux), ainsi que leurs déclinaisons en infractions spécialisées (le faux en écritures comptables, l'abus de confiance en ABS) doit être maintenu en l'état. Il constitue un gage de la confiance légitime des citoyens dans le système économique. C'est également le cas de certaines infractions du droit de la consommation, qui sanctionnent des pratiques frauduleuses, agressives ou dangereuses, entraînant un déséquilibre des forces entre professionnels et consommateurs. C'est à nouveau la confiance de ces derniers qui est en jeu.

³ Article 22 de la convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite convention de Mérida

⁴ Selon l'expression de M. VERON

Ces trois types de contraintes, économiques, juridiques et éthiques permettent en définitive de déterminer *a contrario* la marge de manoeuvre du législateur en terme de dépenalisation. C'est en prenant en compte ces trois objectifs de sécurité juridique pour les entrepreneurs, d'effectivité des obligations posées par les instruments internationaux et de confiance légitime dans la norme économique que doit être menée toute entreprise de dépenalisation. Encore faut-il au préalable déterminer des critères cohérents.

> *Les critères de la désincrimination*

Il est difficile d'établir des critères homogènes de désincrimination. En effet, plusieurs approches ont été proposées, qu'elles soient qualitatives ou quantitatives, fondées sur une forme de libéralisation de l'économie ou sur une plus grande cohérence du droit. C'est une approche combinatoire et équilibrée qu'il convient de privilégier, prenant en compte la multiplicité des critères dégagés.

Une première approche, quantitative, consiste à utiliser comme critère de dépenalisation les statistiques des condamnations prononcées par les tribunaux. Cette démarche s'appuie sur l'idée qu'une sanction n'a de légitimité et d'efficacité que si elle est réellement appliquée par les tribunaux. La faiblesse du nombre de condamnations ferait ainsi perdre à l'incrimination sa justification, ainsi que l'importance de sa suppression.

Toutefois, malgré son intérêt pour déterminer le nombre d'écarts à la norme, une telle analyse a été en partie contestée, car elle méconnaît certaines fonctions de la sanction, en particulier sa fonction dissuasive et préventive : certaines infractions ont ainsi une utilité sociale même si elles ne sont pas appliquées. En outre, leur inapplication peut avoir d'autres causes que l'absence de transgression de la part des acteurs économiques. Il peut s'agir notamment d'une politique pénale fondée sur des alternatives aux poursuites, ou tout simplement du respect de la norme dont la violation est sanctionnée par l'infraction.

En outre, il est également difficile de se fonder sur l'évolution du nombre de condamnations. Ainsi, en droit de la consommation, il est délicat de porter un jugement de valeur sur le phénomène de pénalisation sur le fondement des condamnations prononcées en application des dispositions du code de la consommation entre 1995 et 2006. La simple consultation des statistiques tend même à la conclusion inverse, à savoir un certain reflux de la norme pénale : en effet, 2886 condamnations ont été enregistrées en 1995 contre 2476 seulement en 2006, soit une diminution de près de 15%. Cette tendance à la baisse dissimule quelques pics de délinquance (entre 1997 et 1999, plus de 4.000 condamnations ont été enregistrées chaque année). La diminution du nombre de condamnations ne peut pas être un motif de dépenalisation, sans un examen plus attentif des incriminations.

Une seconde approche consiste à dépenaliser les infractions en concours, c'est-à-dire les comportements déjà incriminés par d'autres qualifications, généralement tirées du droit pénal commun. Il s'agit ici de renforcer à la fois la cohérence du droit, en limitant le nombre de qualifications, et l'accessibilité de la norme, en utilisant les infractions les plus connues des acteurs économiques. Ce critère implique donc une identification des périmètres de qualification similaires. En pratique, il ne s'agit pas de mettre fin à la sanction d'un comportement, qui reste toujours incriminé, mais d'éviter les trop nombreux concours d'infractions.

Toutefois, ce critère est susceptible de poser un certain nombre de difficultés, car les infractions en concours sont rarement punies des mêmes peines. Dépénaliser une infraction au profit d'une autre peut ainsi conduire paradoxalement à augmenter les peines encourues, le principe *specialia generalibus derogant* n'ayant plus vocation à s'appliquer compte tenu de la disparition de l'incrimination spéciale.

Peuvent ainsi être dépénalisées sur ce mode plusieurs infractions spécifiques du code de la consommation qui peuvent être sanctionnées par le délit plus général de tromperie. Par ailleurs, plusieurs infractions spécifiques du droit des sociétés peuvent être assimilées à la qualification d'escroquerie.

Mais au delà de la suppression de certaines qualifications en concours au profit d'infractions plus générales, il serait utile, dans une perspective de sécurité juridique, de poser de manière claire le principe de l'utilisation de l'infraction spéciale et non de l'infraction générale en cas de concours. Une telle disposition permettrait de mettre fin à la pratique courante de l'utilisation de l'infraction ayant la plus haute acception pénale. Un nouvel article dans le code pénal pourrait utilement « solidifier » le principe *specialia generalibus derogant*, qui permettrait au législateur de tracer plus précisément les contours de la pénalisation.

Ensuite, certains comportements incriminés peuvent être dépénalisés lorsqu'ils ne sont plus en cohérence avec d'autres comportements quasi-identiques. Il en est ainsi pour les infractions qui concernent uniquement certaines formes sociales, alors que des comportements identiques ont été dépénalisés pour d'autres types de sociétés. C'est le cas de l'omission de la mention « à participation ouvrière » sur tous les actes et documents émanant de la société en cas d'émission d'actions de travail⁵ : la pénalisation de cette infraction a disparu dans les autres formes sociales⁶. Il n'apparaît pas justifié de maintenir cette infraction uniquement pour ce type de société. Il s'agit ici plus d'un travail de toilettage, mais il permet de maintenir une cohérence entre les incriminations, et permet de terminer certaines dépénalisations incomplètes.

La question de la dépénalisation par type de forme sociale a également été posée. En effet, le critère de l'ouverture ou non du capital social d'une société peut apparaître comme pertinent au regard du droit pénal, compte tenu de la présence ou non de tiers au chef d'entreprise dans le capital. De même, a été proposée l'idée de seuil, en dessous duquel certaines infractions pourraient être dépénalisées. Il s'agit de prendre en compte les intérêts des entreprises en fonction de leur taille et de la structure de leur capital.

Toutefois, ce critère est susceptible de créer des effets de seuil, certaines entreprises n'ayant pas intérêt à se développer pour ne pas être soumises à certaines obligations pénalement sanctionnées. En outre, les intérêts des tiers, cocontractants, créanciers, ou actionnaires, doivent être protégés dans toutes les sociétés. Les infractions pénales qui ont vocation à les protéger sont donc difficilement dépénalisables pour certaines formes sociales à l'exclusion des autres.

Enfin le critère de la gravité de l'intérêt protégé a été proposé. Si sa pertinence ne peut être mise en doute, il se confond en réalité avec la suppression de l'obligation sanctionnée. En effet, il ne

⁵ Art. L. 242-31 du code de commerce.

⁶ Loi du 1er août 2003.

s'agit plus seulement de ne plus sanctionner un comportement, il s'agit de le rendre licite. Ainsi, plus qu'une dépenalisation, c'est une modification de la norme de fond qui est ici en cause, qui n'appelle donc dans ce cas pas de mécanismes de substitution.

A l'inverse, maintenir l'obligation en supprimant l'incrimination exige de mettre en place des mécanismes juridiques de substitution.

2) Les mécanismes de substitution

Plusieurs mécanismes de substitution sont possibles: civils ou administratifs, a priori ou a posteriori, existants ou à créer. Une analyse de chacun d'entre eux permettra de déterminer dans chaque branche du droit des affaires comment les infractions pourront être dépenalisées.

> Les amendes civiles

Les amendes civiles sont des sanctions pécuniaires prononcées par le juge civil à l'encontre d'une des parties, à la demande de son contradicteur, mais au profit du trésor public. Le motif ainsi que le montant maximum de ces amendes doivent être définis dans la loi. Si ces dernières ont originellement été créées dans le domaine de la procédure civile, afin de sanctionner les demandes abusives ou dilatoires, elles peuvent être étendues à d'autres comportements extra-processuels, comme alternative à la sanction pénale.

Toutefois, l'écueil à éviter, en dépenalisant par la mise en place d'amendes civiles, est de modifier la fonction de la mesure de substitution en lui accordant une dimension répressive. L'introduction des dommages-intérêts punitifs, connus du droit américain, pourrait aller dans ce sens. Les amendes civiles entrent de facto dans cette catégorie, car elles présentent un caractère punitif certain, sans en avoir le qualificatif et sans qu'elles soient prononcées par une juridiction répressive.

On peut ainsi légitimement se poser la question de l'effectivité de la dépenalisation s'agissant de la transformation de certaines sanctions pénales en amendes civiles : il s'agit probablement plus d'un changement de champ lexical, sans doute utile d'un point de vue médiatique, que d'un changement de mode de régulation.

Enfin, le problème des amendes civiles est que le montant de ces dernières n'a pas le même sens en fonction de la taille de l'entreprise. En effet, alors que ces amendes auront un réel impact sur les PME, elles seront dérisoires pour les grandes entreprises qui auront fréquemment plus d'intérêt à ne pas respecter une obligation et à payer une amende civile que l'inverse, compte tenu des gains obtenus en évitant une contrainte légale. Elles paraissent ainsi peu adaptées au droit des affaires.

> Les injonctions de faire

Créées par la loi NRE du 15 mai 2001 pour dépenaliser certaines infractions en droit des sociétés, les injonctions de faire sont définies aux articles L 238-1 et suivants du code de commerce. Elles permettent à toute personne intéressée de demander au juge d'ordonner, au besoin sous astreinte, la production de documents ou l'exécution d'une obligation. Il s'agit donc de garantir l'effectivité de la norme sans recourir au droit pénal, mais au mécanisme de l'astreinte,

unanimement reconnu comme très efficace.

Ces injonctions pourraient être étendues à d'autres obligations de faire, notamment en droit des sociétés, en cas d'absence de réunion de l'assemblée générale ou de l'absence de certaines mentions sur les documents de la société.

Toutefois, ces injonctions présentent quelques inconvénients. Ainsi, elles peuvent être instrumentalisées par des actionnaires minoritaires actifs dans un but de déstabilisation, notamment quand ces derniers sont également actionnaires d'un concurrent. Il y a dans ce cas un risque d'abus de minorité et un pouvoir de chantage de la part du demandeur à l'injonction. A l'inverse, cette procédure exige que le créancier de l'obligation, qu'elle soit d'information ou de faire, agisse devant le tribunal compétent, ce qui n'est pas évident. Ce dernier doit en outre démontrer un intérêt à agir, pour justifier son action.

Afin de remédier à l'absence d'intervention des créanciers de l'obligation dépenalisée, compte tenu de la situation de dépendance économique de celui qui pourrait solliciter une injonction, il pourrait être envisagé de poser le principe de la compétence de principe du ministère public pour solliciter l'exécution des obligations de faire, afin de corriger l'inaction éventuelle des acteurs privés.

Par ailleurs, les tribunaux de commerce et les parquets disposent également, dans le cadre de la prévention des entreprises en difficultés, de nombreuses possibilités de contrôle et d'incitation à la régularisation, au besoin par le biais d'injonction. Ainsi jouent-ils un rôle très utile s'agissant du respect des obligations de publicité comptable.

> *Les nullités*

La substitution d'injonctions de faire à une infraction pénale n'est pas toujours adaptée, notamment quand il s'agit de sanctionner un événement passé. Le mécanisme de la nullité de l'acte passé en fraude de l'obligation légale ou contractuelle apparaît alors plus approprié. Il consiste à annuler un acte à la demande de la personne qui est victime de la violation de la règle en cause. Telle est notamment la sanction des obligations d'information des actionnaires en droit des sociétés.

Toutefois, le droit des sociétés, interne et communautaire, est réfractaire aux nullités. Le nombre important d'infractions pénales dans la loi de 1966 est la conséquence de ce rejet, dans un but de sécurité juridique et de protection des tiers. La commission Badinter sur la dépenalisation était également très réticente à la mise en place de nullités pour éviter l'insécurité juridique qu'elles produisent. Enfin, la nullité d'un acte peut se retourner contre celui qui l'allègue, ce qui n'incite pas ce dernier à agir.

En outre, nombre d'acteurs économiques entendus ont insisté sur les dangers que constituent les nullités absolues, dans la mesure où elles sont susceptibles de produire des conséquences juridiques beaucoup plus importantes, notamment pour les tiers, que l'omission de la formalité. Il faut ainsi d'une part prévoir des mesures pour tirer les conséquences des nullités, notamment par rapport aux tiers de bonne foi, et favoriser les nullités relatives, moins préjudiciables à l'insécurité juridique.

Malgré ces objections, plusieurs fois rappelées lors des auditions, les lois de dépenalisation successives ont utilisé ce mécanisme comme substitution à plusieurs infractions pénales. Il peut être

utilisé de nouveau pour quelques incriminations, comme le remboursement des actions à dividende prioritaire sans droit de vote postérieurement aux actions ordinaires.

> *Les sanctions civiles contractuelles*

Il est plus facile de trouver des pistes pour dépenaliser lorsqu'on est en matière contractuelle: la nullité du contrat ou de certaines clauses contractuelles est un mécanisme commun. Ce type de mode de substitution est particulièrement approprié au droit de la consommation, essentiellement contractuel ou pré-contractuel. Il permet, par un mécanisme de clause pénale obligatoire, de sanctionner certaines pratiques des professionnels, dans l'intérêt du consommateur, sans recourir à une sanction pénale. C'est ici l'intérêt économique du professionnel qui doit l'inciter à respecter les différentes obligations à sa charge.

Ainsi le juge peut annuler le contrat contraire au droit de la consommation (art. 6 du code civil). Par ailleurs, il existe d'autres mécanismes spécifiques, comme la déchéance du droit aux intérêts (art. L311-33 du code de la consommation). L'inopposabilité d'une clause est également un mécanisme efficace et juridiquement protecteur des tiers, car il n'affecte que la relation entre celui qui oppose cette clause et celui à qui elle est opposée.

Toutefois, en matière de droit des sociétés ou de droit de la concurrence, ce type de sanction apparaît plus difficile à mettre en oeuvre, ne s'agissant pas de règles de protection d'un cocontractant envers un autre mais de règles relatives à la gestion d'une société ou au fonctionnement du marché.

> *La responsabilité extra-contractuelle*

La responsabilité civile constitue une piste de dépenalisation, en ce qu'elle consiste à indemniser la victime de la violation d'une obligation légale, plutôt que de sanctionner pénalement l'auteur.

Cependant, elle est en pratique difficile à mettre en oeuvre, notamment en droit des sociétés, car le préjudice subi par les personnes qui cherchent à mettre en cause la responsabilité doit être direct et distinct de celui propre de la société. Il est certes possible pour les actionnaires d'utiliser l'action *ut singuli*, c'est à dire d'agir pour le compte de la société ; mais cette action suppose un véritable altruisme de leur part, car elle ne tend qu'à l'allocation de dommages-intérêts pour la société elle-même, alors que les actionnaires qui l'engagent supportent les frais de la procédure, pour n'en bénéficier qu'indirectement, en cas de succès de l'action, par le biais de l'augmentation du patrimoine de la société.

En outre, si un actionnaire assume les frais de cette action, il n'est pas impossible pour lui d'être confronté à une faute du dirigeant non détachable des fonctions ; c'est donc la société qui sera amenée à réparer le préjudice des actionnaires, ce qui n'a aucun intérêt pour eux, leur préjudice étant indemnisé à partir du capital de la société.

> *Le contrôle préalable*

La mise en place de mécanismes administratifs de substitution est également une piste pour

la dépenalisation. Elle peut consister dans la mise en place de contrôles préalables, exercés par les autorités publiques ou des acteurs économiques privés. Un tel mécanisme existe en Allemagne, où en matière de sociétés de capitaux, le responsable du registre du commerce et des sociétés peut prononcer des astreintes pour contraindre les sociétés à déposer leurs comptes annuels.

Toutefois, ces mécanismes sont fréquemment dénoncés par les institutions internationales de notation du droit économique. La banque mondiale, dans son rapport annuel « Doing Business », stigmatise ainsi régulièrement ce type de mode de régulation en ce qu'il constitue un carcan pour l'entreprise, producteur de coûts et de perte de temps.

Il a ainsi été proposé de développer la mission de contrôle des commissaires aux comptes, en étendant le caractère obligatoire de leur intervention aux petites entreprises. Toutefois, plusieurs objections forcent à ne pas retenir une telle mesure. Son coût serait difficilement supportable par certaines sociétés, notamment en l'absence de forfaitisation, et la mission du commissaire aux comptes risquerait d'être limitée par les moyens de l'entreprise. La marge de manoeuvre du législateur est donc limitée s'agissant de ce mode de substitution.

A également été évoquée l'idée de la mise en place d'un système de rescrit, sur le modèle du rescrit fiscal, afin de permettre à l'entrepreneur hésitant sur l'application d'un texte d'obtenir un avis du parquet.

> *Les codes de déontologie*

La création de codes de déontologie, phénomène assez récent dans les entreprises, marque une volonté des entrepreneurs de faire adopter par l'ensemble de leurs collaborateurs un corpus de normes communes, dont le rôle préventif apparaît très bénéfique en ce qu'il décline en pratique le respect des normes réglementaires et législatives, et contribue ainsi à réduire le risque de violation de ces dernières.

> *L'amélioration de la formation des entrepreneurs*

Dans le même esprit, même s'il ne s'agit pas d'un mécanisme de substitution stricto sensu, la formation des entrepreneurs apparaît être un efficace outil de limitation de la transgression de la norme, celle-ci étant parfois méconnue. Une amélioration des offres de formation, notamment à l'attention des dirigeants de petites et moyennes entreprises, pourrait faire l'objet de la part des organismes professionnels et des chambres de commerce et de l'industrie d'une étude approfondie.

> *Les injonctions administratives*

Certaines administrations ont des pouvoirs de mise en demeure des acteurs économiques dans des domaines techniques particuliers. Il s'agit ainsi d'un rôle d'alerte plus que de sanction, destiné à favoriser une solution négociée, à tout le moins à éviter une sanction. Cette fonction préventive des mécanismes administratifs se manifeste notamment en droit de la consommation.

Ainsi, dans le cadre de leur pouvoir administratif d'enquête, les agents de la DGCCRF peuvent enjoindre au professionnel de se conformer à la réglementation telle qu'elle résulte des

livres Ier et III du code de la consommation dans un délai raisonnable ou de faire cesser des agissements illicites ou abusifs⁷. En pratique, les agents de la DGCCRF adressent un avertissement informel aux contrevenants leur rappelant la réglementation afin de les inciter à rectifier leur comportement. Ces avertissements tirent leur efficacité du risque d'une transmission au parquet. Les agents disposent ainsi, en fait, d'un pouvoir de pression pour faire cesser l'infraction.

Cette procédure d'avertissement préalable pourrait être étendue à l'ensemble des dispositions du code de la consommation. A cet égard, la loi n° 2007-1774 du 18 décembre 2007, en modifiant l'article L 141-1 du code de la consommation, a procédé à une extension de la procédure d'avertissement aux dispositions du Livre II relatives à la conformité des produits et des services, mais il pourrait être envisageable d'aller plus loin dans ce sens.

> *Les sanctions administratives des services de l'Etat*

Les sanctions administratives peuvent être prononcées par deux types d'organes. Il peut s'agir de l'Etat, par l'intermédiaire d'une direction particulière, telle la DGCCRF, ou des autorités administratives indépendantes.

Les décisions des services de l'Etat sont prononcées par des fonctionnaires et le contentieux de leur contestation est confié aux juridictions administratives. A l'inverse, les décisions des autorités administratives indépendantes sont plus ou moins proches des mécanismes des juridictions répressives, et les recours formés à leur encontre sont portés, selon les matières, devant le juge judiciaire ou le juge administratif.

Il est ainsi envisageable de transformer certaines infractions pénales du droit de la consommation en manquements réprimés par des sanctions administratives prononcées par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Toutefois, si la dépénalisation peut être compensée par l'instauration de sanctions administratives, plusieurs intervenants ont insisté sur le fait que ce mouvement constituait un recul en matière de garanties procédurales par rapport à la justice pénale. En outre, elle ferait basculer un contentieux du juge pénal vers le juge administratif, ce qui, hormis un basculement total, produirait un dualisme juridictionnel pour une même branche du droit. Le système manquerait ainsi de cohérence.

> *Les sanctions administratives prononcées par les autorités administratives indépendantes*

La régulation par les autorités administratives indépendantes présente un certain nombre d'avantages, qui ont été soulignés par les intervenants: rapidité, connaissance du secteur d'activité concerné, compétence de leurs membres et de leurs équipes. Ces autorités permettent ainsi d'arrêter rapidement certains comportements, notamment en matière d'ententes illicites.

Elles constituent une alternative à la voie pénale déjà utilisée par le législateur afin de dépénaliser certains comportements, notamment en droit de la concurrence. Ce type de sanctions est

⁷ Art L 141-1 du code de la consommation: « .../... IV. - Les agents habilités à constater les infractions mentionnées au présent article peuvent enjoindre au professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer aux obligations résultant des livres Ier et III du code de la consommation ou de faire cesser les agissements illicites ou abusifs mentionnés aux I et II du présent article. »

également utilisé dans d'autres pays, comme aux Pays-Bas, où certains secteurs d'activités ne sont régis par aucune disposition de nature pénale.

Mais ces autorités administratives indépendantes sont également contestées sur certains points. Ainsi, l'Autorité des marchés financiers établit elle-même ses règlements, assure leur exécution, et sanctionne leur inexécution, ce qui peut heurter le principe de la séparation des pouvoirs. Certains font valoir qu'il s'agit d'un retour d'une justice corporative, pourtant théoriquement abolie par la loi Le Chapelier, qui s'attache plus à l'intérêt d'un secteur d'activité ou d'une branche qu'à l'intérêt général.

Ensuite, les autorités administratives indépendantes ne peuvent indemniser les victimes, qui sont écartées du système. Ces dernières ne peuvent que saisir le juge civil.

Par ailleurs, certaines critiques ont été formulées, notamment à l'égard de l'AMF, s'agissant du respect des principes posés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en matière de présomption d'innocence, de respect de l'impartialité, et du principe de légalité.

La création d'une nouvelle autorité administrative indépendante compétente en matière de droit de la consommation a en outre été abordée, mais écartée, dans la mesure où elle risquerait de se superposer au Conseil de la concurrence pour la répression de certains comportements, et qu'elle ne permettrait pas d'indemniser les consommateurs, se bornant à sanctionner le fort sans indemniser le faible.

> *L'absence de mécanismes de substitution*

Il est enfin, comme on l'a présenté dans la typologie des modes de dépénalisation, possible de dépénaliser sans mettre en place des mesures de substitution. Certaines personnes auditionnées ont ainsi fait valoir que si la suppression de sanctions pénales s'accompagne systématiquement de la mise en place de sanctions de substitution, le résultat peut apparaître en contradiction avec l'objectif de limitation des freins à l'activité économique. Certains ont d'ailleurs souligné le caractère plus dangereux pour l'entreprise de certaines sanctions civiles, notamment les nullités, que les sanctions pénales.

Même sans créer de mécanismes de substitution, il existe dans de nombreux cas déjà des sanctions civiles, notamment contractuelles. Ces sanctions civiles joueront alors le rôle de mode de régulation principal de l'obligation en cause.

Enfin, dans la plupart des cas, même si une sanction civile spécifique n'est pas prévue, la responsabilité civile de droit commun pourra s'appliquer si l'obligation est maintenue. Elle implique cependant un intérêt à agir pour celui qui assigne, ce qui limite l'accessibilité du recours au juge.

En définitive, c'est une combinaison de ces mécanismes de substitution qui doit être réalisée, afin de tracer les frontières de la désincrimination qui pourrait être proposée.

Section 2 : Les infractions dépenalisables

Après avoir exposé les modes et les critères des infractions dépenalisables, il convient de mettre en oeuvre ces principes dans les différentes branches du droit pénal des affaires auxquelles s'est intéressé le groupe de travail. On dressera ainsi un tableau en droit des sociétés (1) en droit de la consommation (2), et en droit de la concurrence (3), branches expressément visées par la lettre de mission.

Le groupe de travail a fait le choix de ne pas formuler de propositions relatives aux infractions prévues au code monétaire et financier. Ce code est en effet le code de la transparence des marchés, et vise à la protection des épargnants. A la défense de l'ordre public traditionnel se superpose la prise en considération du respect de l'intérêt du marché et des mécanismes de régulation. L'examen de ces règles mériterait la poursuite d'une réflexion spécifique sur la détermination d'un cadre normatif adapté, en prenant en considération la mondialisation de la circulation des capitaux et la mise en concurrence des marchés boursiers. On relèvera cependant qu'une harmonisation des pénalités encourues pourrait être souhaitable.

1) La dépenalisation du droit des sociétés

Le droit des sociétés a déjà fait l'objet de plusieurs lois de dépenalisation depuis 2001. Ainsi, l'article 122 de la loi du 15 mai 2001 dite nouvelles régulations économiques⁸, l'article 134-1 de la

⁸ Ont été dépenalisés par la loi NRE les infractions suivantes :

le fait de ne pas transmettre avant l'assemblée générale les documents dans une SARL ;

le fait pour un gérant de SARL de ne pas mettre à disposition au siège de la société les documents relatifs aux trois exercices précédents ;

le fait de faire de fausses déclarations concernant la souscription ou le versement des fonds (SA);

le fait de négocier des promesses d'actions ;

le fait de ne pas mettre avant l'Assemblée générale les documents sociaux et les projets de résolution, de ne pas convoquer les titulaires d'actions nominatives et de ne pas mettre à disposition pendant l'année les documents relatifs aux trois derniers exercices ;

le fait de procéder à l'amortissement du capital par voie de tirage au sort des actions ;

le fait de commencer les opérations avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance;

le fait de ne pas procéder aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital dans le délai légal ;

le fait d'émettre des obligations ou des bons alors que le capital n'est pas entièrement libéré;

la publication d'un prospectus sans la signature du représentant qualifié, des noms des administrateurs et du lieu de la bourse où sont cotées les valeurs offertes;

de fournir des renseignements faux ou inexacts en vue de l'établissement du prospectus;

le fait d'émettre des parts de fondateur ;

le fait d'émettre des obligations négociables pour les autres sociétés que les sociétés par actions;

le fait d'émettre des obligations négociables avant que la société n'ait 2 ans d'existence ;

le fait de ne pas permettre aux associés d'exercer, en période de liquidation, leur droit de communication des documents sociaux.

loi du 1^{er} août 2003 dite loi sur la sécurité financière⁹, l'article 9 de la loi du 1^{er} août 2003 dite loi pour l'initiative économique¹⁰, l'ordonnance du 25 mars 2004¹¹, et l'article 50 de l'ordonnance du 24 juin 2004 relative aux valeurs mobilières¹² ont abrogé près de quarante infractions.

Ce mouvement pourrait être poursuivi afin de terminer le travail de modernisation des dispositions pénales. En appliquant les critères dégagés précédemment, il est en effet possible d'abroger certaines infractions pénales, en les remplaçant le cas échéant essentiellement par des injonctions ou des nullités.

⁹ Ont été dépenalisées par la loi LSF les infractions suivantes:

- le fait de voter à une assemblée générale en se faisant passer pour un actionnaire ;
- le défaut de convocation des titulaires d'actions nominatives dans le délai légal ;
- le défaut d'établissement d'une feuille de présence aux assemblées générales ;
- le non-respect des règles sur les droits de vote en assemblée générale ;
- le non-respect du droit de souscription des actionnaires en cas d'augmentation de capital ainsi que le non respect des droits des titulaires d'OBSA, et d'autres obligations ;
- l'émission d'obligations à lots sans autorisation ;
- l'octroi au représentant de la masse des obligataires d'une rémunération supérieure à celle qui a été prévue ;
- le défaut de convocation des associés à l'assemblée annuelle par le liquidateur.

¹⁰ Ont été dépenalisées par la loi LIE les infractions suivantes:

- le fait pour un gérant de SARL d'omettre de mentionner sur tous les actes et documents de la société destinés aux tiers, l'indication de sa dénomination, de son capital social et des initiales SARL;
- le fait pour un dirigeant de SA d'omettre de mentionner sur tous les actes et documents, destinés aux tiers la dénomination sociale, le capital social et les initiales SA ;
- le fait pour le président de SAS d'omettre la mention, sur les actes et documents de la société destinés à des tiers, de la dénomination sociale, du capital social et des initiales SAS.

¹¹ Ont été dépenalisées par l'ordonnance du 25 mars 2004 les infractions suivantes:

- le fait de ne pas établir des procès-verbaux pour constater les délibérations du conseil d'administration ;
- le fait de ne pas porter à la connaissance des actionnaires les renseignements exigés par le décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales et de ne pas adresser aux actionnaires le formulaire de procuration accompagné de certains documents nécessaires à la préparation de l'assemblée générale, dont les projets de résolution. ;
- le fait de ne pas conserver au siège social dans un recueil spécial les procès-verbaux d'assemblée générale et des assemblées d'obligataires.

¹² Ont été dépenalisées par l'ordonnance du 24 juin 2004 relative aux valeurs mobilières les infractions suivantes:

- la participation à la négociation illicite d'actions ;
- l'émission d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote dépassant un certain seuil ;
- l'obstacle opposé à la désignation des mandataires représentant les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ;
- l'absence de consultation de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ;
- la participation à une assemblée d'obligataires en se présentant faussement comme obligataire ;
- de représenter illégalement les obligataires ;
- de participer illégalement aux assemblées d'obligataires.

Toutefois, toutes les infractions n'ont pas vocation à être dépenalisées. En effet, un certain nombre d'entre elles doivent être maintenues, car elles protègent les actionnaires, les créanciers et le marché, en sanctionnant la divulgation d'informations mensongères ou l'absence d'information. En outre, toutes les infractions sanctionnant des comportements frauduleux doivent évidemment être maintenues.

Par ailleurs, il convient de veiller à la cohérence de la dépenalisation des dispositions du code de commerce avec celle des dispositions figurant dans les autres codes. En effet, celles-ci s'appliquent par renvois aux sociétés dont le statut particulier relève d'autres codes (code rural, codes des assurances) en raison de la forme commerciale des groupements considérés. Il faut également être vigilant sur les dispositions du code monétaire et financier qui, d'une part, selon la technique du code pilote et du code suiveur, vont être impactées par les modifications du code de commerce, et d'autre part, sont pour certaines homothétiques à celles du code de commerce¹³.

Les infractions pénales du droit des sociétés pourraient être dépenalisées ou maintenues, selon les modalités suivantes.

Article répressif	Intitulé infraction	Sanction	Possibilité de dépenalisation
L 241-1	SARL : Omission de la déclaration de répartition des parts dans l'acte de constitution	6 mois E ¹⁴ et 9000 €	Injonction avec astreinte. Mais le droit européen impose un contrôle a priori indépendant de la sanction pénale. Le contrôle est de toute façon nécessaire par le tribunal de commerce;
L 241-2	SARL : Émission de valeurs mobilières	6 mois E et 9000 €	En cas de fraude, il s'agit d'une escroquerie. Les valeurs mobilières n'étant plus matériellement des actions au porteur, ne faut-t-il pas prévoir une sanction dans l'hypothèse d'un appel public à l'épargne ?
L 241-3	SARL : Abus de biens sociaux, abus de pouvoirs, répartition de dividendes fictifs, comptes infidèles	5 ans E et 375.000 €	A maintenir (et ABS prévu (facultatif) à l'article 22 de la convention de Merida). ¹⁵
L 241-4	SARL : établissement des comptes annuels et d'un rapport de gestion	9000 €	Nécessité de maintien pour garantir les exigences comptables;

¹³ On peut citer par exemple l'article L.231-1 qui rend applicable l'article L.245-9 du code de commerce. Il en est ainsi par exemple des sociétés de gestion ou de placement immobilier.

¹⁴ E : emprisonnement

¹⁵ . L'abus de voix étant cependant tombé en désuétude et étant également couvert par l'abus de pouvoirs, pourrait cependant être supprimé.

Article répressif	Intitulé infraction	Sanction	Possibilité de dépenalisation
L 241-5	SARL : Absence de réunion de l'assemblée ou absence d'approbation des comptes par l'assemblée	6 mois E et 9000 €	Injonction de faire sous astreinte pour l'absence de réunion, les assemblées n'étant pas toujours, en pratique, tenues de manière formelle, mais maintien des dispositions pénales pour l'absence d'approbation des comptes.
L 241-6	SARL : absence de décision, lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social	6 mois E et 4500 €	Injonction de faire sous astreinte. Cependant, il y a nécessité de veiller à la protection de l'intérêt des tiers.
L241-9	Extension des sanctions aux dirigeants de fait		À maintenir, mais pourrait faire d'objet d'une formulation générale s'appliquant à toutes les formes de sociétés.
L 242-1	SA : Transformation ou émission irrégulière d'actions	9000 € + éventuellement 1 an E	A maintenir.
L 242-2	SA : Attribution frauduleuse d'apport en nature	5 ans E et 9000 €	A maintenir.
L 242-3	SA : Négociations d'actions en numéraire non libérées	1 an E et 9000 €	A maintenir, mais la suppression de la peine d'emprisonnement pourrait être envisagée, car cette infraction ne réprime que les cas de négligence. Les cas les plus graves sont appréhendés sur le fondement de l'escroquerie.
L 242-4	SA : Etablissement ou publication de la valeur des actions visées au L 242-3	1 an E et 9000 €	A maintenir, avec cependant la même remarque que pour les actions au porteur : si elles ne circulent pas de main à main, l'opération est difficile à réaliser. (sauf le cas d'une escroquerie) Elle n'est cependant pas nécessairement préjudiciable à l'intérêt général. La peine paraissant relativement lourde, l'emprisonnement pourrait être supprimé, ce qui aboutirait à prévoir la même pénalité que pour l'absence d'établissement de compte.
L 242-5	SA : Exercice des fonctions de commissaire aux apports, malgré incapacité ou interdiction	6 mois E et 9000 €	A maintenir, avec peut être un alignement sur les pénalités prévues à l'article L 820-6 (6 mois E et 7.500 €).

Article répressif	Intitulé infraction	Sanction	Possibilité de dépenalisation
L 242-6	SA : Abus de biens sociaux, abus de pouvoirs, répartition de dividendes fictifs, comptes infidèles	5 ans E et 375.000 €	A maintenir (ABS prévu (facultatif) à l'article 22 de la convention de Merida).
L 242-8	Absence d'inventaire, d'établissement des comptes et de rapport annuel	9000 €	A maintenir (cohérence avec L242-4).
L 242-9	SA : Obstacle à la participation d'un actionnaire, manoeuvres visant à influencer le vote	2 ans E et 9000 €	A maintenir.
L 242-10	SA : Absence de réunion de l'AGO ou absence d'approbation des comptes par l'AGO	6 mois E et 9000 €	Injonction de faire sous astreinte pour l'absence de réunion, les assemblées n'étant pas en pratique tenues de manière formelle, mais maintien des dispositions pénales pour l'absence d'approbation des comptes. L'ensemble du dispositif pénal devrait en revanche être conservé pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.
L 242-15	SA : Absence d'annexion des pouvoirs ou absence de PV	3750 €	Nullité relative.
L 242-17	SA : non-respect des formalités relatives à l'augmentation de capital	9000 €	A maintenir.
L 242-20	Fourniture d'informations inexactes dans les rapports présentés à l'AG	2 ans E et 18000 €	Ne garder ces sanctions que pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, et prévoir dans tous les cas une nullité relative soumise à un bref délai de forclusion.
L 242-23 et L 242-24	Non respect des règles relatives à la réduction de capital	9000 €	L 242-23 : à maintenir. L 242-24 : à supprimer, car le rachat par une société de ses actions est maintenant autorisé à certaines conditions, avec pour sanction la nullité en cas de non-respect.
L 242-29	Non respect des règles relatives à la dissolution	6 mois E et 4500 €	Injonction de faire avec astreinte, sauf volonté de dissimuler la situation de la société, ce dernier cas justifiant le maintien de la sanction pénale.

Article répressif	Intitulé infraction	Sanction	Possibilité de dépenalisation
L 242-31	Absence de la mention « à participation ouvrière » sur les documents dans les coopératives agricoles	3750 €	A supprimer.
L 244-2	Non consultation des associés en cas de variation du capital, de fusion, de scission ou de transformation	6 mois E et 7.500 €	Augmentation de la peine d'amende à 18.000 euros, mais suppression de la peine d'emprisonnement.
L 244-3	Appel public à l'épargne par une SAS	18000 €	A maintenir.
L 245-3 A L 245- 15	Actions à dividende prioritaire sans droits de vote non rachetées en cas d'amortissement ou de réduction du capital	6 mois E et 6000 € ou 9000 € ou 2 ans et 9000 € ou 4500 € ou 5 ans et 18000 €	Nullité.
L245-4	Détention par les dirigeants d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote	6 mois E et 6000 €	Prévoir la cession obligatoire de ces actions, sous astreinte.
L 245-5	Remboursement des actions à dividende prioritaire sans droit de vote postérieurement aux actions ordinaires	6 mois E et 6000 €	Nullité.
L 245-9	Émission d'obligations ne conférant pas les mêmes droits pour une même valeur nominale	9.000 €	A maintenir (sous réserve des observations relatives à l'art. L 245-15).
L 245-11	Obstacle à la participation d'un obligataire, ou manœuvres visant à influencer le vote	2 ans E et 9.000 €	Cf. art. L 242-9 – A maintenir.
L 245-12	Sanction des interdictions spécifiques à	6.000 €	A maintenir (sous réserve des observations relatives à l'art. L 245-15).

Article répressif	Intitulé infraction	Sanction	Possibilité de dépenalisation
	la composition des assemblées d'obligataires		
L 245-13	Prescriptions applicables à la tenue des assemblées générales	4500 €	A maintenir (sous réserve des observations relatives à l'art. L 245-15).
L 245-15	Sanction des infractions prévues aux articles L 245-9, L 245-12 et L 245-13		A maintenir, éventuellement en ne gardant que cette sanction.
L 247-1	Absence de mention, dans les documents comptables de l'état des participations	I : 2 ans E et 9000 € II : 9.000 € III : 2 ans E et 9000 €	Nécessité de garantir la sincérité des comptes qui conduit au maintien, mais suppression de la peine d'emprisonnement. Maintien de l'amende de 9.000€ mais suppression de la peine d'emprisonnement.
L 247-2 (et L 233-7)	Franchissement de seuil et obligation d'information sur les participations	18000 €	S'agissant uniquement des franchissements de seuils, le montant de l'amende est faible comparé aux enjeux. La sanction sert de garde-fou à de véritables atteintes au marché (notamment en cas de prise de contrôle rampante d'une société cotée), qui mériteraient d'être plus lourdement sanctionnées. L'amende pourrait être fixée à 375.000 € dans ce cas (I de l'art. L 233-7), les autres obligations visées à l'article L. 247-2 restant réprimées d'une amende de 18.000 €.
L 247-3	Règles relatives à l'autocontrôle	18.000 €	A maintenir.
L 247-4	Mise au nominatif des actions appartenant aux dirigeants et à leurs proches	9000 €	Injonction de faire avec astreinte.
L 247-5	Violation des interdictions d'exercer par un liquidateur	2 ans E et 9.000 €	A maintenir.
L 247-6	Absence de publication de la nomination du liquidateur, non convocation de l'AG en période de liquidation	6 mois E et 9000 €	A maintenir, en atténuant éventuellement les sanctions en cas d'absence de fraude.

Article répressif	Intitulé infraction	Sanction	Possibilité de dépénalisation
L 247-7	Règles relatives à l'établissement des comptes et à la disposition des fonds dans le cadre d'une liquidation	6 mois E et 9000 €	A maintenir.
L247-8	ABS et détournement d'actifs en période de liquidation	5 ans € et 9000 €	Il conviendrait d'harmoniser avec la peine d'amende prévue pour l'ABS, soit 375.000 €.
L 247-10	Absence de la mention « société à capital variable » sur les documents	3.750 €	Injonction sous astreinte pourrait suffire.
L 420-6	Sanction des pratiques anti concurrentielles	4 ans et 75000 € d'amende	Ces infractions sont également sanctionnées par le Conseil de la concurrence. Exclusion de l'application de cet article pour les personnes morales.
L 654-1 et s.	Banqueroute et infractions assimilées	5 ans E et 75000 € ou 2 ans et 30000 €	A maintenir, excepté peut-être pour la comptabilité incomplète ou irrégulière, qui relève plus d'un problème d'incompétence. En outre, il pourrait être utile de préciser que la durée maximale de la faillite est de 15 ans, afin d'entériner la jurisprudence.
R 247-1	Non respect des formalités de publicité des comptes relatives aux sociétés cotées	C5	A maintenir.
R 247-2	Non respect des formalités de publication relatives à l'émission de valeurs mobilières	C5	A maintenir.
R 247-3	Non dépôt des comptes sociaux	C5	Une injonction de faire en référé existe déjà.

2) La dépénalisation du droit de la consommation

Le droit pénal de la consommation est apparu il y a près d'un siècle, avec la loi de 1905 sur les fraudes, et ce mouvement s'est poursuivi de manière ininterrompue jusqu'à la promulgation du code de la consommation en 1993¹⁶. Toutefois, ce n'est pas un droit homogène. En effet, il existe des dispositions pénales visant à protéger le consommateur aussi bien dans le code de la consommation que dans d'autres codes (code de santé publique, du code des assurances et code pénal).

Dépénaliser le droit de la consommation doit ainsi être limité d'une part par le caractère d'ordre public de certaines valeurs protégées (ordre public économique, protection des plus faibles dans les échanges économiques, santé publique) et d'autre part par la possibilité de mettre en place des mesures d'ordre public efficaces.

La loi a pour principale fonction de protéger le faible contre le fort ; or le droit de la consommation est emblématique de ce contre-pouvoir singulièrement en présence de consommateurs vulnérables pour des raisons qui leur sont intrinsèques (ignorance, âge, maladie) ou extrinsèques (pauvreté, contrat à conclure d'urgence).

Malgré certains mécanismes protecteurs, comme la garantie des vices cachés, la théorie des clauses abusives, l'obligation de renseignement ou bien encore l'obligation de sécurité, le droit civil est impuissant à assurer la protection des consommateurs en rétablissant correctement l'équilibre avec les professionnels. Les raisons de cette impuissance sont bien connues : les remèdes du code civil sont généralement inaccessibles pour les consommateurs car ils supposent des actions en justice exercées individuellement après la conclusion du contrat et souvent même après l'exécution du contrat. Qui, après avoir acheté des produits alimentaires avariés, irait exercer l'action en garantie des vices cachés ? Une action individuelle exercée par un consommateur devant un tribunal civil entraînerait des frais disproportionnés, dans la plupart des cas, à l'intérêt en cause. Serait-elle exercée qu'elle réglerait peut-être le problème du demandeur, mais non celui des autres consommateurs soumis à la même difficulté. Le dommage, souvent de peu d'importance si on l'examine isolément, devient en revanche considérable dès lors qu'on l'apprécie globalement et collectivement.

Dépénaliser le droit de la consommation doit donc d'une part être limité par le caractère d'ordre public de certaines valeurs protégées, et d'autre part par la mise en place de mesures de substitution efficaces. Si certains ont sur ce point proposé de donner un pouvoir de sanction administrative à la DGCCRF, de nombreux intervenants ont fait valoir que d'une part, il ne s'agirait pas d'une véritable dépénalisation, dans la mesure où les comportements seraient toujours sanctionnés, et d'autre part, que les entreprises n'auraient pas les mêmes garanties procédurales qu'en matière pénale. En outre, la place des victimes, essentielle en droit de la consommation, ne serait pas forcément préservée.

¹⁶

Les principales lois de pénalisation du droit de la consommation sont les suivantes :

- la loi du 1^{er} août 1905 qui est venue réprimer les fraudes et les falsifications ;
- la loi du 2 juillet 1963 et la loi « Royer » du 27 décembre 1973 sur la publicité mensongère ou de nature à induire en erreur ;
- la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage ;
- la loi du 10 janvier 1978 sur la protection des consommateurs dans le cadre de certaines opérations de crédit ;

L'idée d'une autorité administrative indépendante spécifique en matière de consommation a également été avancée, comme celle de l'extension de la mission de l'actuelle commission des clauses abusives, qui n'a aujourd'hui qu'un rôle de recommandation. Cette idée a été toutefois rejetée par un grand nombre d'intervenants, notamment par les associations de consommateurs, estimant que le droit de la consommation n'était pas assez sectoriel pour justifier une régulation administrative, et du fait du besoin concomitant d'une procédure adéquate et de sanctions incluant des peines d'emprisonnement pour les faits les plus graves.

La nouvelle procédure d'avertissement préalable dont dispose la DGCCRF pourrait être généralisée, car elle permet d'éviter une trop grande judiciarisation, sans pour autant priver les victimes de la possibilité d'agir devant les juridictions judiciaires pour faire valoir leurs droits.

Enfin, dans tous les domaines touchant à la sécurité ou la santé des consommateurs ou bien en présence de pratiques commerciales frauduleuses, agressives ou abusives, le recours à la sanction pénale s'impose à l'évidence à condition bien évidemment que la sanction soit proportionnée à la gravité de l'infraction et adaptée à l'intérêt sauvegardé par l'incrimination.

Compte tenu des développements qui précèdent, et sous réserve des matières touchant à la sécurité ou à la santé des consommateurs, il est donc envisageable de dépenaliser à la marge certaines obligations incombant aux professionnels dès lors que l'une des conditions suivantes est satisfaite :

- 1 - le respect de l'obligation est susceptible d'être assuré de manière aussi efficiente par des dispositions administratives ;
- 2 - la violation de l'obligation est peu poursuivie devant les juridictions répressives, étant observé que si l'on se contente d'abroger ce qui l'est déjà dans les faits, l'œuvre de dépenalisation n'aura aucune visibilité, ni aucun intérêt pratique ;
- 3 - l'obligation instaure un formalisme contractuel ou précontractuel pouvant être sanctionné civilement dès lors qu'il ne s'agit pas de pratiques commerciales frauduleuses, agressives ou abusives entraînant un déséquilibre des forces entre professionnels et consommateurs.

Ainsi, les infractions pénales du droit de la consommation pourraient être dépenalisées ou maintenues selon les modalités suivantes.

Référence du code	Intitulé de l'infraction	Répression	Perspectives de dépenalisation
DELITS			
L.115-16	Fraudes à l'AOC	2 ans + 37 500 €	Dépenalisation envisageable car : - les actions en interdiction d'usage ou de mention
L.115-20	Fraude au Label rouge	2 ans + 37 500 €	

L.115-22	Fraude à l'AOP, indication géographique protégée ou spécialité traditionnelle	2 ans + 37 500 €	
L.115-24 L.213-1	Fraude en matière d'agriculture biologique	2 ans + 37 500 €	Pas de dépenalisation : ces infractions constituent des délits obstacles en amont de la tromperie.
L.115-26	Fraude au certificat de conformité des produits agricoles et des denrées alimentaires	2 ans + 37 500 €	
L.115-30 L.213-1 cc	Fraude à la certification	2 ans + 37 500 €	
L.121-1 L.121-6 L.213-1	Pratiques commerciales trompeuses	- 2 ans + 37 500 € - Amende ≤ 50% dépenses engagées	Pas de dépenalisation
L.121-14	Publicité comparative illicite	- 2 ans + 37 500 € - Amende ≤ 50% dépenses engagées	Dépenalisation : il existe : - une action civile en cessation d'agissement illicite, ouverte notamment aux associations de consommateurs ; - l'action fondée sur l'article 1382 du code civil.
L.121-15	Publicité sur une opération commerciale réglementée	- 37 500 € - Amende ≤ 50% dépenses engagées	Possibilité de prévoir une fermeture administrative préfectorale.
L.121-15-1 L.121-15-2 L.121-15-3 L.121-6	Publicités électroniques sans identification possible ou imprécises	- 2 ans + 37 500 € - Amende ≤ 50% dépenses engagées	Pas de dépenalisation
L.121-23 à L.121-26	Délits sanctionnant le non-respect du formalisme en matière de démarchage à domicile	1 an + 3 750 €	Pas de dépenalisation
L.121-33 L.121-28	Démarchage prohibé	1 an + 3 750 €	Pas de dépenalisation
L.121-36 L.121-41	Loterie publicitaire illicite	37 500 € Publication	Dépenalisation : - les incriminations relatives à la publicité trompeuse et à l'escroquerie sont susceptibles de recevoir application; - de plus, la loi du 21/05/1836 prohibe les loteries exigeant une contrepartie et prévoit une sanction pénale ;
L.121-60 s. L.121-70	Infractions à la réglementation des contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé, ou à la publicité de ces opérations	15 000€	Pas de dépenalisation : importance des sommes en jeu pour le consommateur

L.121-64 L.121-71	Infraction au délai de rétractation en matière de contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé	30 000€	
L.121-80 à L.121-82 L.213-1 L.121-6	Infraction à l'appellation de boulanger	- 2 ans + 37 500 € - Amende ≤ 50% dépenses engagées	Une dépénalisation peut être envisagée compensée par une extension de la procédure en cessation sous astreinte initiée par la DGCCRF devant le juge civil (L.141-1). Remarque : le projet de recodification du code de la consommation prévoit de déplacer cette disposition dans le code de commerce.
L.122-6 L.122-7	Ventes à la « boule de neige »	1 an + 4 500 €	Pas de dépénalisation
L.122-8	Abus de faiblesse	5 ans + 9 000 €	Toilettage : le délit général d'abus de faiblesse du code pénal couvre ces comportements (223-15-2 du code pénal) Dans l'hypothèse où ce texte devrait être conservé, il conviendrait a minima d'aligner les peines prévues sur celles prévues au code pénal (3 ans d'emprisonnement et 375.000 € d'amende), dans un souci de cohérence
L.122-11 à L.122-14	Pratiques commerciales agressives	2 ans + 150 000 €	Pas de dépénalisation
L.213-1	Tromperie	2 ans + 37 500 €	Pas de dépénalisation Les peines d'amende mériteraient d'être relevées La réduction du domaine d'application aux tromperies commises par les professionnels contre les consommateurs a été évoquée.
L.213-2 L.213-1	Tromperie aggravée	4 ans + 75 000 €	
L.213-2-1	Exportation hors CE de denrée alimentaire dangereuse	4 ans + 75 000 €	Pas de dépénalisation
L.213-1 L.213-3	Falsifications des denrées ou vente	2 ans + 37 500 €	Pas de dépénalisation
L.213-4	Détention d'appareils de poids ou mesure faux, de denrées falsifiées ou toxiques, de substances médicamenteuses falsifiées ou de produits, objets ou appareils de falsification des denrées	3 mois + 4 500 €	Pas de dépénalisation
L.213-4 L.214-2	Détention ou vente de produits destinés à la préparation ou à la conservation de boissons sans étiquetage conforme	C3	Pas de dépénalisation
L.214-2 Art.14 du décret 2006-1278 du 18/10/2006.	Fabrication, importation, exposition, détention en vue de la vente, de la distribution à titre gratuit, de la location d'un appareil électrique ou électronique non conforme aux normes de compatibilité électromagnétiques, ou n'ayant pas fait l'objet d'une évaluation de conformité, ou pourvus d'un étiquetage non conforme ; ou défaut	C3	Pas de dépénalisation

	de production des documents attestant de la conformité à cette réglementation		
L.313-2	Défaut de mention du TEG	4 500 €	A maintenir du fait de leur caractère symbolique
L.313-5	Prêt usuraire	2 ans + 45 000 €	
L.311-35	Délits en matière d'exécution des contrats de crédit	30 000 €	idem
L.312-32 L.121-4	Publicité non conforme sur prêt de financement d'immeuble à usage d'habitation professionnel	30 000 €	idem
L.312-33	Délits en matière d'offre de crédit immobilier	3 750 €	La dépénalisation peut sembler difficile compte-tenu de la gravité des enjeux financiers en matière de crédit immobilier. Néanmoins, en considération du très faible nombre de condamnations, il pourrait être envisagé une dépénalisation s'accompagnant : - du renforcement du dispositif civil existant en étendant à toutes les hypothèses la déchéance du droit aux intérêts et le principe de la production d'intérêts des sommes retenues abusivement ;
L.312-33 L.312-34	Délits en matière de souscription de crédit immobilier	30 000 €	
L.312-35	Délits de rétention ou de réclamation de sommes indues en matière de prêt immobilier ou de location vente	30 000 €	La dépénalisation peut sembler difficile compte-tenu de la gravité des enjeux financiers en matière de crédit immobilier. Néanmoins, en considération du très faible nombre de condamnations, il pourrait être envisagé une dépénalisation s'accompagnant : - de la création d'un dispositif civil, sous forme d'intérêts de retard et de pénalités ;
L.311-36	Infractions aux dispositions relatives aux ventes à crédit	30 000 €	Pas de dépénalisation
L.322-1	Délits commis par un intermédiaire pour le règlement de dettes	1 an + 30 000€	Pas de dépénalisation
CONTRAVENTIONS			
L.121-35 R.121-13	Interdiction des ventes ou prestations avec primes	C5	Dépénalisation (pas de condamnations) : création d'une sanction civile par la nullité du contrat
L.311-34	Publicité relative à une opération de crédit à la consommation ne comportant pas les mentions exigées	C5	Pas de dépénalisation
L.311-34	Infractions au respect du formalisme en matière d'offre préalable de crédit	C5	Dépénalisation : - il existe l'action en cessation d'agissement illicite, ouverte dans certains cas aux associations de consommateurs ; - création de sanctions civiles (déchéance du droit aux intérêts, majoration des sommes indûment perçues, inopposabilité de l'offre) ;

R.113-1	Infractions à la réglementation sur les prix et d'information du consommateur sur les prix	C5	L'impact de la dépenalisation n'a pas pu être totalement évalué et mériterait une expertise complémentaire avec le ministère des finances.
R.211-5	Vente entre professionnel et non-professionnel sans mention de la garantie des vices cachés	C5	Dépenalisation : - l'action en cessation d'agissement illicite existe ; - création de l'inopposabilité du délai de forclusion de 2 ans encadrant l'action réhibitoire
L.121-16 s. R.121-1 R.121-1-1 R.121-1-2	Contraventions en matière de vente à distance	C5	Dépenalisation (pas de condamnations) : renforcement du dispositif civil existant par des sanctions de nullité du plein droit du contrat
L.132-1 R.211-3	Contraventions en matière de service après-vente	C3	Dépenalisation (pas de condamnations) : création de la sanction civile du doublement de la durée de la garantie
Plus de 120 contraventions	Contraventions en matière d'étiquetage, dénomination et présentation des produits	C3	Pas de dépenalisation. Il pourrait être prévu de faire de l'affichage une peine complémentaire obligatoire.
R.115-10 R.115-12	Défaut des mentions obligatoires sur les certifications ou référenciations d'un produit non conforme à sa certification	C5	Il pourrait être envisagé la création d'actions civiles ouvertes aux titulaires du droit, de la même nature que celles existant en matière d'AOC/AOP, avec extension de l'intérêt à agir aux associations de consommateurs. Cependant, cette dépenalisation risquerait d'avoir un effet inverse, ces faits pouvant être alors appréhendés sur le fondement du délit de tromperie.

3) La dépenalisation du droit de la concurrence

La réglementation relative à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence (titre IV livre IV du code de commerce) ainsi que les dispositions relatives aux modalités de vente et à la publicité sont assorties de sanctions pénales dans une matière relevant essentiellement de la régulation économique.

Un certain nombre de ces dispositions peuvent faire l'objet d'une dépenalisation, mais la voie civile alternative n'apparaît pas la réponse la plus adaptée. Ainsi, une vente soldée non autorisée peut faire l'objet d'une injonction de cesser assortie d'une astreinte, mais le commerçant aura impunément violé la réglementation avant la décision. Aussi est-il nécessaire dans certains cas de prévoir une sanction qui pourrait être prononcée par une autorité administrative.

Cette hypothèse avait déjà été envisagée en 2004 par une commission d'experts (Restaurer la Concurrence par les Prix) présidée par le premier président CANIVET, qui suggérait de créer une section de sanction au sein de la commission d'examen des pratiques commerciales, organisme instauré par la loi du 15 mai 2001 dite loi NRE. Cette commission est actuellement chargée de rendre des avis sur les pratiques concernant les relations commerciales ainsi que les contrats conclus entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Cependant, il s'agirait ici de créer une nouvelle structure, dont le coût ne serait pas négligeable.

Une autre option pourrait être de proposer un élargissement du champ de compétence du Conseil de la concurrence. Cette solution apparaît plus simple, car il s'agit d'une autorité

administrative indépendante qui a fait preuve de son efficacité et dont les compétences techniques sont reconnues par tous. En outre, le contentieux qui lui serait ainsi transféré correspond à l'objectif de cet organe, car le non-respect des règles édictées dans les relations entre professionnels, mais également entre professionnels et particuliers, relève bien de la régulation des relations commerciales. De plus, les sanctions du Conseil de la concurrence étant reconnues au niveau européen, ce transfert de compétences simplifierait ainsi la transposition de futures directives en cette matière.

Ainsi, pourraient être dépenalisées et transférées au conseil de la concurrence les infractions suivantes.

Article répressif	Intitulé infraction	sanction	Observations
L 441-2	concurrence : transparence des publicités	15000 €	La transaction pénale existe déjà
L 441-6	Conditions générales de vente	15000 €	La transaction pénale existe déjà
L 441-7	Règles relatives aux contrats de coopération commerciale	75000 €	La transaction pénale existe déjà
L 442-2	Revente à perte	75000 €	La transaction pénale existe déjà
L 442-5	Imposition d'un prix de revente minimal	15000 €	La transaction pénale existe déjà
L 443-1	Délais de paiement	75000 €	La transaction pénale existe déjà

Section 3 : Désincrimination par la modification des qualifications pénales et par l'amélioration du régime applicable aux personnes morales.

Si la dépenalisation peut être de manière générale mise en oeuvre par une modification des éléments constitutifs des infractions (1), elle peut de manière plus spécifique consister en une modification du régime applicable aux personnes morales (2)

1. La modification des éléments constitutifs des infractions et des peines

Nombreuses sont les critiques ayant été formulées sur la définition de certaines infractions en matière économique et financière.

Il a ainsi été rappelé que le droit pénal des affaires devait appréhender les infractions dans le cadre d'une organisation complexe impliquant de multiples acteurs, et devait donc analyser l'intentionnalité dans un contexte collectif.

Pour certains, il existerait même une dérive tendant à considérer que le chef d'entreprise, professionnel dans son domaine, « ne peut ignorer les règles », et doit être pénalement responsable.

De plus, le droit pénal s'appuie sur une définition générique de l'intention¹⁷, laissant place à une trop grande subjectivité dans l'appréciation des délits.

La conséquence en est une grande insécurité juridique ressentie par les entrepreneurs, qui évoluent dans un environnement complexe s'agissant des normes comptables et réglementaires.

Ainsi pour certains, alors que l'élément matériel est clairement défini pour nombre d'infractions, leur élément intentionnel n'est pas précisé et les juridictions pénales n'hésitent pas à déduire l'élément intentionnel de l'élément matériel.

Une meilleure définition de ces éléments serait donc à leurs yeux nécessaire, s'agissant notamment du périmètre de la notion d'intérêt, particulièrement celle d'intérêt personnel¹⁸.

Cette situation est particulièrement soulignée dans le cas de l'abus de biens sociaux, dont le champ a évolué en fonction de la jurisprudence, créant pour certains une réelle insécurité juridique.

Il a cependant également été rappelé que l'abus de biens sociaux n'est pas une simple faute de gestion, mais une fraude de gestion, impliquant la détermination de l'élément intentionnel.

Toujours selon certains, la notion d'« intérêt social » ne peut être définie in abstracto, et est à rapprocher des notions génériques permettant une appréciation au cas d'espèce par le juge, tel que la notion d'intérêt de l'enfant, ou la gestion de bon père de famille.

Cette extension du périmètre de l'abus de biens sociaux a également été due à la difficulté de caractériser d'autres comportements, tels que la corruption. Une modification de cette incrimination pourrait ainsi permettre à l'abus de biens sociaux de retrouver sa fonction initiale.

Dans d'autres domaines, comme le droit de la consommation, une rationalisation des sanctions serait nécessaire. Ainsi en est-il du délit de tromperie, défini de manière très complexe par l'article L 213-1 code de la consommation qui contient une énumération inutile, héritée de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905.

Ainsi Jacques-Henri ROBERT a-t-il proposé la rédaction suivante lors de son audition :

« Constitue une tromperie le fait de dire ou de suggérer, même par réticence, lors de la formation ou de l'exécution d'un contrat à titre onéreux, des informations mensongères relatives aux qualités substantielles de l'objet de la convention lorsqu'il consiste en un objet mobilier matériel ou en une prestation de services. La tromperie et la tentative de ce délit sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 37.500 euros d'amende ».

La dépénalisation peut également passer par un élargissement de la variété des sanctions pouvant être prononcées par les juridictions répressives. Ainsi des peines telles que les interdictions de gérer, les interdictions d'opérer en bourse, sont-elles particulièrement adaptées et mériteraient d'être généralisées. Les peines d'interdiction d'exercice ont en effet à la fois une nature de sanction, mais également un rôle préventif, en ce qu'elles écartent le dirigeant fautif de la vie des affaires.

¹⁷ . art.121-3 C. pénal: « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »

¹⁸ . v. notamment Cass. Crim., 14 mai 2003, Bull. crim., n° 97, et le commentaire de D.REBUT à la Revue de sciences criminelles 2003, p. 797, « l'intérêt personnel devient une clause de style qui est toujours caractérisée »

Donner une plus grande latitude aux magistrats dans le prononcé de la sanction peut également leur permettre de sanctionner efficacement des comportements graves, tout en évitant le prononcé d'une sanction d'emprisonnement parfois peu adaptée à certains délits économiques et financiers. Ainsi certaines peines d'amende pourraient-elles être relevées.

2. Améliorer les règles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales

La généralisation de la responsabilité des personnes morales dans le cadre de la loi du 9 mars 2004 pose un certain nombre de difficultés qui pourraient faire l'objet de propositions, concernant la clarification des peines complémentaires encourues, la mise en cohérence avec les dispositions concernant les personnes physiques et de prise en compte de la spécificité des personnes morales, s'agissant notamment de la récidive, et enfin la réduction des délais de réhabilitation judiciaire.

> Dispositions relatives aux peines encourues

Lors de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales par l'article 54 de la loi du 9 mars 2004, n'ont pas été revues les peines alternatives ou complémentaires à l'amende. Les personnes morales sont donc différemment sanctionnées selon que leur responsabilité pénale est d'ores et déjà prévue par la loi ou le règlement et leur fait déjà encourir des peines complémentaires ou selon qu'elle résulte de la seule généralisation.

Lorsque la responsabilité des personnes morales est déjà prévue par un texte, on continuera à appliquer les sanctions qu'il prévoit, ce qui peut conduire à appliquer l'intégralité des peines prévues par le code pénal.

Lorsque les textes ne prévoyaient pas la responsabilité pénale des personnes morales, seule la peine d'amende était encourue, car les autres peines visées à l'article 131-39 du code pénal ne peuvent être prononcées « que dans le cas où la loi le prévoit », ce qui n'est par définition pas le cas des infractions qui sont désormais concernées par le nouveau principe général de responsabilité pénale des personnes morales.

Il pourrait donc être utile de prévoir que certaines peines autres que l'amende puissent être prononcées contre la personne morale dès lors qu'elles sont prévues à l'encontre de la personne physique. Ainsi pourraient être prévues les peines d'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, de fermeture d'un ou de plusieurs établissements, d'exclusion des marchés publics, d'interdiction d'émettre des chèques, de confiscation de la chose et d'affichage ou de diffusion de la décision.

> Dispositions relatives à la récidive

Les règles relatives à la récidive des personnes morales sont actuellement plus sévères que celles applicables aux personnes physiques, et ce alors même que la probabilité de commission d'une infraction par une personne morale d'une certaine dimension est plus grande que pour une personne physique.

Ainsi la récidive générale et perpétuelle pourrait-elle être limitée aux crimes et aux délits punis de 10 ans d'emprisonnement, comme pour les personnes physiques, et non aux délits punis de plus de 100 000 euros d'amende, ce qui inclut notamment l'escroquerie, l'abus de confiance ou la publicité mensongère, dont la récidive est donc, pour les seules personnes morales et non les personnes physiques, générale et perpétuelle.

Pour la récidive générale et temporaire de l'article 132-13, la même modification est opportune.

Pour la récidive délictuelle spéciale et temporaire à cinq ans de l'article 132-14, qui peut être la plus fréquemment commise, il convient de ramener de 5 à 3 ans le délai de récidive, du fait de la spécificité des personnes morales.

> *Dispositions relatives à la réhabilitation judiciaire*

Dans le même souci de prise en compte de la spécificité des personnes morales (qui peuvent totalement se réorganiser à la suite d'une condamnation) et de cohérence avec les textes sur les personnes physiques (qui distinguent – art. 786 CPP - les délais de réhabilitation judiciaire selon la nature de la condamnation), il convient de diminuer ces délais en matière délictuelle ou contraventionnelle, respectivement à un an et six mois, au lieu de deux ans actuellement.

En outre une procédure de réhabilitation pourrait également être organisée s'agissant de la sanction d'interdiction d'exercice prononcée par l'AMF.

Enfin, pourrait également être rappelé par voie de circulaire, dans le prolongement de la circulaire du 13 février 2006, le principe du non-cumul des poursuites des personnes physiques et morales pour les infractions matérielles ou de nature technique. L'intention du législateur avait en effet notamment été d'éviter des poursuites de la personne physique pour ce type d'infraction. La conservation de ce cumul apparaît ainsi dans ces cas particulièrement inappropriée.

* * *

Chapitre II : Construire un appareil cohérent et adapté de régulation

En réduisant le champ d'application du droit pénal, le législateur pourrait achever le cycle législatif de désincrimination qu'il a commencé en 2001. Cette première forme de dépenalisation permettrait ainsi de moderniser les corpus normatifs, dans une optique de cohérence et d'utilité sociale. Toutefois, réduire le champ et l'application du droit pénal n'est qu'une composante de ce travail de réflexion sur le droit pénal de la vie des affaires. Derrière la question du champ, c'est la question du risque pénal anormal qui a été soulevée par la plupart des personnes auditionnées.

Ce risque s'exprime à travers des incohérences en matière de production de la loi, d'action publique, et de détermination des peines : c'est un besoin d'harmonisation des sanctions pénales (A). Ce risque pénal se manifeste également à travers un cumul d'instruments répressifs, qu'ils soient pénaux, administratifs, mais aussi médiatiques (B). Enfin, limiter le risque pénal, c'est donner plus d'autonomie aux acteurs dans les processus de régulation, autonomie qui peut être gagnée en développant la transaction, à l'intérieur et hors du champ pénal (C).

Section 1 : Harmoniser les sanctions pénales

L'incohérence des sanctions pénales appliquées à la vie des affaires a été à de nombreuses reprises mise en avant. Avec raison, tant l'échelle des peines résulte plus parfois des « strates » législatives que d'une cohérence réfléchie. Remédier à ces incohérences implique d'abord un travail d'harmonisation (1), qui ne saurait être efficace à plus long terme qu'en renforçant la cohérence de l'action publique et de la production de la norme pénale (2).

1) Harmoniser les peines

La limitation de ce risque passe par la garantie d'une plus grande prévisibilité de celui-ci. Or, force est de constater que les modifications législatives successives ont abouti à des distorsions de sanctions peu compréhensibles entre des infractions de même nature, selon les formes de société.

Ainsi en est-il du détournement d'actifs. Selon que les faits ont été commis au sein d'une société de personnes ou d'une société de capitaux, le *quantum* des sanctions est différent. En outre, toujours s'agissant du même fait, pour une société ayant ensuite fait l'objet d'une liquidation, la répression sera différente selon la date de commission des faits, avant ou après la cessation des paiements, l'infraction de banqueroute trouvant alors à s'appliquer.

Le tableau ci-dessous illustre le manque de cohérence du dispositif répressif :

Abus de biens sociaux	Abus de confiance	Banqueroute
5 ans d'emprisonnement 375 000 euros d'amende (L.241-3, 241-9, L.242-6, L.243-1, L.244-1, 244-5)	3 ans d'emprisonnement 75 000 euros d'amende Par appel au public, mandataire recouvrement, au préjudice d'une association	5 ans d'emprisonnement 75 000 euros d'amende Pour le dirigeant d'une entreprise d'investissement : 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros (L.654-3, L.654-4)

	faisant appel à la générosité publique ou d'une personne vulnérable : 7ans d'emprisonnement 750000 euros d'amende Par mandataire de justice ou OPM : 10 ans d'emprisonnement 1,5 M€ d'amende (314-1 à 314-3 CP)	
	1° Interdiction des droits civils, civiques et de famille; 2° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; 3° La fermeture des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés pour une durée de 5 ans au plus ; 4° L'exclusion des marchés publics pour une durée de 5 ans au plus ; 5° L'interdiction d'émettre des chèques autres que de retrait ou certifiés pour une durée de 5 ans au plus ; 6° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution ; 7° L'affichage ou la diffusion de la décision art.131-35 du code pénal.	1° Interdiction des droits civils, civiques et de famille; 2° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; 3° L'exclusion des marchés publics pour une durée de 5 ans au plus ; 4° L'interdiction d'émettre des chèques autres que de retrait ou certifiés pour une durée de 5 ans au plus ; 5° L'affichage ou la diffusion de la décision art. 131-35 du code pénal. 6° Faillite personnelle ou interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci, sauf si la décision est définitive d'une juridiction civile ou commerciale l'ayant prononcé. (L.654-5 et L.654-6)

Dans d'autres cas, la multiplication des lois particulières a abouti à rendre parfaitement illisible le régime de sociétés ayant pourtant la même forme. Ainsi est-ce le cas des coopératives, illustré par le tableau suivant :

	Loi 47-1775 sur les sociétés coopératives	code rural - coopératives agricoles	code de commerce – coopératives de commerçants détaillants	Loi 78-763 sur les coopératives ouvrières de production	Loi 83-657 coopératives maritimes	Loi 47-585 coopératives de messageries de presse	Loi 83-657 coopératives artisanales
Indication du nom coopérative dans les papiers d'affaire	Art 22 : C3 ¹⁹				Art 41 (abrogé en 2003)		
Contrôle comptable et social	Art 23 : C3			Art 54 : C3 (par renvoi à l'art 23 de la loi 47-1775)		Art. 15 : 2 ans E et 6.000 € d'amende	

¹⁹ . contravention de la 3ème classe

	Loi 47-1775 sur les sociétés coopératives	code rural - coopératives agricoles	code de commerce – coopératives de commerçants détaillants	Loi 78-763 sur les coopératives ouvrières de production	Loi 83-657 coopératives maritimes	Loi 47-585 coopératives de messageries de presse	Loi 83-657 coopératives artisanales
Emploi abusif du terme coopérative	Art 24 : C3 et 1 mois E & 3750 € en récidive	R529-2 : C3 L 529-5 ; en récidive : 3 mois E et 25.000 F		Art 54 : 3750 €	Art 41 : 4.500 €		Art 5 : 4.500 € amende
Manoeuvres comptables frauduleuses et ABS	Art 26 : renvoi à l'escroquerie (5 ans E et 375000€						
Règles d'incapacité et d' incompatibilité		L 529-2 à L 529-4 : 18.000 €				Art 6 : 4.500 €	
Absence de constitution sous forme coopérative			L 124-15 : 9000 €				

De même, le caractère obligatoire de la mention « à participation ouvrière » est prévu et réprimé par l'article L 242-31 du code de commerce, alors que ce type de précision a disparu pour toutes les autres formes sociales.

Un autre exemple d'incohérence est donné par la sanction du délit de surévaluation frauduleuse des apports qui n'est pas la même dans les SARL et dans les sociétés par actions, sans que l'on puisse expliquer cette différence. Dans les SARL, l'article L. 241-3 du code de commerce prévoit une pénalité de cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende. Dans les SA²⁰, l'article L. 242-2 du code de commerce prévoit la même peine d'emprisonnement, mais une peine d'amende de 9.000 euros. Un alignement du montant de l'amende sur l'un des deux régimes apparaît nécessaire.

La multiplication des « strates » législatives conduisant à une illisibilité de la norme est également significative dans le domaine du droit de la consommation, où nombre de faits délictueux font l'objet d'une double incrimination.

L'article L. 217-2 réprime ainsi les délits spécifiques de fraude et falsification réalisées sur les mentions et indications identifiant les marchandises. Ils peuvent également être sanctionnés par l'incrimination de publicité trompeuse.

De même, l'article L. 115-24 punit notamment le fait d'utiliser ou de tenter d'utiliser frauduleusement la qualité de produits de l'agriculture biologique. Ces pratiques peuvent également être sanctionnées par le délit de tromperie.

Cette incohérence nuit à l'efficacité de la répression. Ainsi, les articles L 115-16, L 115-30,

²⁰ . mais également dans les sociétés en commandite par actions (art. L. 243-1), dans les SAS (art. L. 244-1) et dans les sociétés européennes (art. L. 244-5)

L 121-15-1 et s., L 217-6 et L 217-7 du code de la consommation répriment spécialement des comportements qui pourraient être appréhendés par le biais de la publicité trompeuse. A la conception traditionnelle de notre droit, fondée sur l'existence d'incriminations génériques, aux définitions lisibles et simples, susceptibles de s'adapter aux évolutions juridiques et techniques futures, est privilégiée la liste d'incriminations détaillées, obsolètes dès leur création, et contraignant le législateur à une nouvelle intervention à chaque évolution technique ou de la pratique. Le principe de la pérennité de la norme pénale est donc ici fortement mis à mal.

Un même fait est donc souvent poursuivi sous deux qualifications pénales prévues par un ou plusieurs des trois premiers livres du code de la consommation (ex. publicité trompeuse et tromperie).

La double incrimination peut être également le résultat de l'existence d'une infraction intégrée au code pénal réprimant les mêmes faits que ceux prévus au code de la consommation.

Ainsi en est-il de l'abus de faiblesse, réprimé par l'article L. 122-8 du code de la consommation, mais également par l'article 223-15-2 du code pénal. Certes, des distinctions entre ces deux infractions existent :

- l'article 223-15-2 du code pénal est plus large que celui du code de la consommation : il s'applique en toute circonstance (et non pas dans le cadre de certaines pratiques commerciales) et vise l'abstention de la victime ;
- l'infraction prévue par le code de la consommation n'exige pas l'existence d'un préjudice grave;
- les peines prévues respectivement par les deux codes ne sont pas les mêmes : 5 ans d'emprisonnement et 9.000 euros d'amende pour l'article L. 122-8 code de la consommation et 3 ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende pour l'article 223-15-2 du code pénal.

Cependant, une harmonisation tendant à la suppression de l'une des deux incriminations, au besoin en modifiant le champ de celle qui serait conservée, paraît adaptée.

La même difficulté peut être relevée s'agissant de vente ou prestation de service sans commande préalable, réprimée à la fois par l'article L. 122-3 du code de la consommation et par l'article R. 635-2 du code pénal

Harmoniser peut également conduire à une pénalisation, afin de réprimer efficacement les comportements les plus graves qui le justifient, et de contribuer à retrouver une hiérarchie des infractions. Ainsi le groupe de travail, mais également plusieurs intervenants, ont relevé que les quanta des peines d'emprisonnement et d'amende prévus pour les délits boursiers étaient faibles au regard de la gravité de l'infraction, et en comparaison avec d'autres incriminations, dont l'abus de biens sociaux.

Est donc proposé par exemple **de fixer pour le délit d'initié le montant de la peine d'emprisonnement à trois ans**, au lieu de deux actuellement.

De manière plus générale, les infractions prévues au code monétaire et financier mériteraient

d'être harmonisées, et pour certaines, aggravées.

La faiblesse du montant des amendes est également significative s'agissant du droit de la consommation. Cela peut être une source de difficulté pour le juge amené à se prononcer. Il sera peu enclin en cette matière à prononcer une peine d'emprisonnement mais ne pourra prononcer qu'une peine d'amende parfois fort faible au regard du comportement sanctionné. Ces montants sont de plus peu en rapport avec les quanta prévus par le code pénal en matière économique et financière²¹.

Relever le quantum de la peine d'amende pourrait ainsi être susceptible de constituer une forme de dépenalisation en ce que cette plus grande latitude laissée au juge s'agissant de cette sanction le conduirait éventuellement à ne pas prononcer une peine d'emprisonnement parfois inadaptée à certains de ces délits.

De même, le Conseil de la concurrence a indiqué que la peine d'amende prévue par l'article L. 420-6 du code de commerce, en l'espèce 75.000 euros, était peu dissuasive au regard des enjeux et mériterait d'être relevée.

Enfin, le montant de l'amende prévue par l'article L. 247-2 du code de commerce - 18.000 euros - est parfaitement inadapté au regard des montants financiers en jeu dans ce type d'opérations, et devrait être considérablement relevé, sauf à considérer que les dispositifs civils et administratifs existants parallèlement sont suffisamment efficaces.

2) Harmoniser les pratiques répressives et la cohérence de la production de la norme pénale

Harmoniser les sanctions implique également une recherche de cohérence dans l'application de la loi, par des circulaires de politique pénale, mais aussi lors de sa production, par une réforme du processus de création de la norme pénale.

> Renforcer la cohérence de l'action publique par des circulaires de politique pénale

L'amélioration de la réponse pénale passe aussi par une utilisation adaptée du principe de l'opportunité des poursuites. Par l'élaboration de circulaires de politique pénale, le ministère de la justice peut élaborer une réelle politique pénale, qui consiste à dégager des priorités.

Les modes de réponse pénale ont beaucoup évolué et un large éventail s'ouvre aujourd'hui au parquet pour apporter la réponse la plus adaptée à chaque cas d'espèce. Outre le classement et la poursuite, le parquet dispose de modes alternatifs de poursuite dont certains sont particulièrement adaptés à la délinquance économique et financière, comme la composition pénale ou la comparution par reconnaissance de culpabilité. Des circulaires de politique pénale doivent inciter à l'utilisation des possibilités ouvertes par cette large gamme de sanctions.

Or, la plupart des circulaires élaborées par la Chancellerie en matière économique et

²¹ 375.000 euros le plus souvent

financière sont des circulaires normatives, indispensables en ce qu'elles explicitent des textes souvent techniques, mais portant sur des points précis et n'envisageant pas la politique pénale en matière économique et financière dans son ensemble.

La chancellerie élabore cependant actuellement des circulaires, notamment interministérielles, répondant à cet objectif.

Un effort de définition de « lignes directrices » élaborées au niveau national permettra de proposer une réponse pénale harmonisée sur l'ensemble du territoire national, afin d'éviter des distorsions entre les acteurs économiques soumis à ces mêmes règles, selon le tribunal devant lequel ils sont traduits.

Le rôle des parquets généraux dans l'harmonisation de la politique régionale de réponse pénale à la délinquance économique et financière doit être réaffirmé. Certains parquets généraux ont d'ailleurs déjà entamé une politique active en ce sens.

> Renforcer la cohérence de la norme par une réforme du processus de création des infractions pénales

Le droit pénal de la vie des affaires est dispersé dans un grand nombre de corpus normatifs. Les infractions du livre III du code pénal ne sont ainsi qu'une minorité par rapport aux incriminations qui figurent dans divers codes ou lois autonomes : le code de commerce, le code monétaire et financier, le code de la consommation, ou la loi sur la confiance dans l'économie numérique sont autant d'exemples de corpus contenant des dispositions pénales qui concernent l'entreprise et ses dirigeants. Cet éclatement est un frein important à l'accessibilité de la norme pénale, pourtant considérée par la Cour européenne des droits de l'homme, avec la prévisibilité, comme l'un des éléments constitutifs du principe de légalité²².

En outre, la technique législative de l'incrimination par renvoi, qui consiste à déterminer les éléments constitutifs d'une qualification pénale dans un texte, et de renvoyer à un autre texte pour la répression, accentue cette dispersion normative²³. Si elle a l'avantage d'éviter de réécrire certains textes et de favoriser la cohérence entre les instruments normatifs, elle dégrade l'accessibilité de la norme pour les justiciables. Elle contribue ainsi au sentiment d'un risque pénal difficile à appréhender pour l'entreprise, et donc préjudiciable à l'investissement économique.

Cet éclatement est d'ailleurs particulièrement important en droit de la consommation. Ainsi, le code de la consommation procède fréquemment par renvoi, ce qui complique l'application des dispositions pénales²⁴. En outre, le droit de la consommation est lui-même éclaté entre plusieurs codes²⁵. Cette dissémination des règles du droit de la consommation porte atteinte à la cohérence de

²² CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, RSC 1997, p 462.

²³ Par exemple le secret bancaire: Article L641-1 du code monétaire et financier: « *Est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, le fait, pour toute personne participant aux délibérations ou aux activités du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, de violer le secret professionnel institué à l'article L. 612-6, sous réserve des dispositions de l'article 226-14 du code pénal* ».

²⁴ Par exemple en matière de publicité sur Internet, l'article L. 121-15-3 du code de la consommation prévoit que « *Les infractions aux dispositions des articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 sont passibles des peines prévues à l'article L. 121-6.* » L'article L. 121-6 du code de la consommation dispose que « *Les infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 sont punies des peines prévues à l'article L. 213-1 (c'est-à-dire la tromperie)*».

²⁵ On peut citer à titre d'exemple les dispositions figurant aux articles L 310-1 et s. du code de commerce,

la matière et à la sécurité juridique des consommateurs comme des entreprises. Il serait plus lisible pour tous de rassembler l'ensemble des textes relatifs au droit de la consommation au sein de cet unique code pour parvenir à une harmonisation complète de la matière.

C'est ainsi fréquemment par la combinaison de cet éclatement et des nombreux renvois que l'existence même de certaines infractions pénales est inconnue du chef d'entreprise, notamment de PME. Les textes sont de ce fait bien souvent difficilement compréhensibles pour les sujets du droit pénal. La norme pénale perd donc ainsi à la fois sa dimension préventive, faute d'être connue par les acteurs économiques, et sa dimension symbolique, faute d'être compréhensible par les non professionnels du droit.

Remédier à cet éclatement est une tâche ardue, tant il reflète la production de la norme et les enjeux de pouvoirs au sein des ministères. Si certains avaient souhaité avec le nouveau code pénal arriver à rassembler l'ensemble des incriminations pénales, dans un but d'accessibilité de la norme, force est de constater près de quinze ans après son entrée en vigueur que le législateur a considérablement développé les incriminations en dehors du code théoriquement chargé de rassembler les comportements pénalement répréhensibles et les sanctions qui s'y appliquent. Faute d'analyse suffisante sur l'autorité de la règle de droit, les normes sont bien souvent exclusivement garanties par des mécanismes pénaux, les sanctions civiles étant souvent moins utiles en termes de communication lors du vote des textes.

En réalité, c'est toute la mécanique de production de la norme qui se reflète dans cet éclatement des incriminations. La norme pénale est en effet souvent l'accessoire d'une règle civile ou commerciale. Elle est créée pour assurer la force obligatoire d'une obligation, plus que pour sanctionner un comportement qui heurte l'intérêt général ou les tiers. C'est ainsi que fréquemment les ministères porteurs d'un projet de texte insistent pour créer une infraction pénale, sans qu'une réflexion plus globale sur l'ensemble des sanctions soit effectuée. Il est aujourd'hui rare qu'un projet de loi ne soit pas présenté sans un volet pénal, outre les amendements parlementaires qui tendent à renforcer cette tendance à la pénalisation.

Remédier à cette production chaotique de la sanction, bien souvent freinée par le ministère de la Justice, implique pour une dépénalisation à long terme une véritable évolution légistique. Sans aller jusqu'à préconiser une centralisation de la production de la norme autour des services du Premier ministre, (au secrétariat général du gouvernement par exemple), ni jusqu'à créer une nouvelle autorité ou institution qui ne ferait que compliquer encore plus un processus de création de la norme déjà sophistiqué, il est essentiel de promouvoir une vision d'ensemble du corpus pénal. Le système exige cohérence et proportionnalité des réponses, intelligence et utilisation de l'ensemble des mécanismes juridiques pour garantir l'application de la règle de droit.

C'est au ministère de la loi, c'est-à-dire au ministère de la Justice, que devrait revenir le monopole de la création de la norme pénale. Sans bien sûr empêcher les ministères techniques concernés par la production d'un texte de solliciter la création d'une nouvelle incrimination, il conviendrait de procéder à une meilleure évaluation à la fois de la nécessité de la création d'une nouvelle qualification et de la cohérence des sanctions sollicitées avec les incriminations déjà en vigueur. Il pourrait ainsi être prévu dans le mode de création des textes un examen obligatoire des qualifications pénales par le ministère de la Justice, avec possibilité pour ce dernier de rejeter la création d'une nouvelle incrimination, sous l'arbitrage du Premier ministre. Seul ce travail légistique

relatives aux liquidations, ventes au déballage et aux soldes. Ou encore celles des articles L 271-1 et s. du code de la construction et de l'habitation relatives à la protection de l'acquéreur non professionnel d'un immeuble d'habitation, conférant à ce dernier un délai de rétractation de sept jours.

de synthèse serait de nature à éviter les écueils d'une repénalisation progressive et certaine au gré des réformes successives. En outre, il garantirait une meilleure cohérence des peines, pour que ces dernières ne soient pas exclusivement dépendantes des « strates » législatives successives.

Pour assurer cette optimisation du travail du gouvernement, le Ministère de la Justice aurait lui-même tout intérêt à conforter sa fonction légistique en rapprochant ses deux directions législatives. En effet, si la direction des affaires civiles et du sceau a une expertise sur la matière économique au sens large, et sur l'ensemble des modes de régulation non pénaux, c'est la direction des affaires criminelles et des grâces qui est en charge des incriminations, en droit économique notamment. En fusionnant ses deux directions en un ensemble qui pourrait être une direction générale du droit, le Ministère de la Justice se positionnerait comme un acteur incontournable de la production de la norme, gardien de la cohérence des systèmes normatifs, en particulier en matière de régulation économique, car maîtrisant tous les modes de régulation, civils, administratifs et pénaux. Une telle évolution, déjà préconisée par le passé, ne pourrait que renforcer la cohérence du droit et l'intelligence de la norme, civile et pénale. Elle s'inscrirait en outre dans le mouvement annoncé de rationalisation des administrations centrales et de limitation du nombre de directions au sein des ministères.

Section 2 : Limiter le cumul d'instruments répressifs

La question de la double peine, voire de la triple ou quadruple peine²⁶, a été évoquée à plusieurs reprises tant les modes de régulation économique sont nombreux. Les voies pénale, civile, administrative et disciplinaire se conjuguent ainsi en fonction des domaines, de manière plus ou moins coordonnée, en droit ou en fait. Mais au-delà de ces modes de régulation juridictionnels, d'autres événements sont perçus par les acteurs économiques comme de véritables sanctions. C'est le cas de la couverture médiatique de certains dossiers.

Limiter le cumul d'instruments répressifs implique donc à la fois de trouver une meilleure articulation entre les modes de régulation juridictionnels ou quasi-juridictionnels, en particulier entre sanctions pénales et sanctions administratives (1), mais également entre sanctions pénales et « sanctions » médiatiques (2).

1) Limiter le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives

Le cumul des sanctions pénales et administratives, qui existe notamment s'agissant des sanctions prononcées par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) et le Conseil de la concurrence, fait l'objet de vives critiques, même si cette situation a été juridiquement validée par le Conseil constitutionnel²⁷, sous réserve du respect du principe de proportionnalité (sanctions cumulées non supérieures au maximum prévu par l'une ou l'autre des deux législations applicables).

La position de la France apparaît également fragile au regard de nos engagements

²⁶ Les commissaires aux comptes auditionnés par le groupe de travail ont ainsi fait valoir qu'ils étaient soumis à une responsabilité pénale, civile, administrative et disciplinaire.

²⁷ . Décision DC 88-248 du 14 janvier 1989, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel ; décision 89-260 du 28 juillet 1989, Commission des opérations de bourse.

internationaux, notamment de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont le protocole n° 7 demande aux Etats-parties de se conformer à l'adage *non bis in idem*. La France a certes émis sur ce point des réserves²⁸, mais dont la portée pourrait apparaître limitée au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui estime que « *la matière pénale s'entend de toute matière punitive et ayant une certaine gravité* »²⁹.

Nos partenaires européens ne connaissent d'ailleurs pas tous un tel cumul :

Pays-Bas :

Le droit des marchés financiers est soumis à une dualité de sanctions. C'est le cas par exemple du délit d'initié, infraction pénale, mais également sanctionnée par des amendes administratives.

Toute décision de poursuite du ministère public exclut les sanctions administratives, à l'exception des sanctions qui n'ont pas de caractère « punitif », telles que le retrait d'une autorisation d'exercer une activité.

Allemagne :

L'Office fédéral de contrôle des Bourses (Autorité indépendante) bénéficie de pouvoirs d'enquêtes propres. Il peut effectuer toutes vérifications, toutes recherches d'informations et pratiquer toutes perquisitions utiles. En cas de révélation d'infractions pénales, l'office doit transmettre les résultats au ministère public qui demeure le seul titulaire du droit de poursuites. Pour les comportements qui ne relèvent pas du droit pénal, comme les pratiques contraires aux règlements qu'il édicte, il dispose du pouvoir de sanction administrative.

Espagne :

Les relations entre les sanctions pénales et extra-pénales s'articulent autour du principe *non bis in idem*. La procédure administrative répressive doit être suspendue quand la justice pénale est saisie

²⁸ . Protocole n° 7 du 22 novembre 1984, relatif à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

Article 4 – Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois

Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat. [...]

Réserve contenue dans l'instrument de ratification, déposé le 17 février 1986

Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole.

²⁹ . CEDH 21 février 1984 Öztürk c/ RFA ; CEDH, 24 février 1994, aff. 12547/86, Bendenoun c/France, ; CEDH, 23 septembre 1998, aff. 27812/95, Malige c/ France

pour les mêmes faits qui peuvent constituer un délit. A l'issue de l'instance pénale, la procédure administrative peut reprendre si la sanction pénale a été imposée à un sujet différent, concernant des faits distincts ou présentait un fondement différent.

Royaume-Uni :

Les agences administratives décident de la nature des poursuites (administratives ou pénales) en fonction de la gravité des faits constatés. Afin de conserver une cohérence dans leur jurisprudence, leur choix est dicté par un « guide des poursuites ». Ces autorités étant responsables de la recherche des infractions, de l'imposition des sanctions administratives et du déclenchement des poursuites pénales, le problème du cumul des sanctions n'existe pas.

Cette situation est peu satisfaisante et entraîne un accroissement des frais engagés par l'Etat pour réguler ces secteurs. Les autorités administratives indépendantes concernées, et notamment l'AMF, sont accusées d'avoir un rôle quasi-pénal sans disposer des garanties attachées à la procédure pénale, et il est reproché au juge pénal la méconnaissance de ces matières techniques, la faiblesse des sanctions prononcées ainsi que la lenteur de ses procédures.

La suppression de ce cumul de sanctions s'impose donc, mais se pose en des termes différents pour le Conseil de la concurrence et pour l'Autorité des marchés financiers.

> Cumul de sanctions et Conseil de la concurrence

Jusqu'à la loi du 9 mars 2004, il n'existait pas réellement de cumul entre sanctions pénales et sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, car ce dernier sanctionnait les personnes morales, le juge pénal prononçant pour sa part des sanctions à l'encontre des personnes physiques. La réforme de l'article 121-2 du code pénal a généralisé la responsabilité des personnes morales à l'ensemble des infractions, dont l'article L. 420-6 du code de commerce.

La suppression de la sanction administrative pour mettre fin à la double sanction doit être écartée, car notre système de régulation de la concurrence, qui repose principalement, comme presque partout ailleurs en Europe³⁰, sur des sanctions administratives applicables aux personnes morales, a été retenu en 1986 car il présentait l'avantage, par rapport à un système principalement judiciaire (civil et/ou pénal) de concentrer les moyens et l'expertise nécessaires dans le domaine juridiquement et économiquement complexe du droit de la concurrence, pour réunir les preuves et apprécier les faits.

Le législateur a d'ailleurs montré, notamment dans le cadre de la loi NRE du 15 mai 2001, qu'il était favorable à un accroissement des pouvoirs du Conseil de la concurrence, en portant le plafond de la sanction susceptible d'être prononcée à 10 % du chiffre d'affaires mondial des sociétés sanctionnées.

³⁰ Vingt-cinq des vingt-sept systèmes nationaux de l'Union européenne sont administratifs, deux seulement, ceux de l'Irlande et de l'Autriche, sont judiciaires

Les acteurs économiques et institutionnels entendus ont souligné l'efficacité de cette institution dont l'action efficace de régulateur de la concurrence est incontestée.

Aussi serait-t-il plus cohérent de prévoir une exception à la généralisation de la responsabilité des personnes morales, en prévoyant que l'article L. 420-6 ne leur est pas applicable, du fait de l'existence d'une procédure de sanction administrative confiée au Conseil de la concurrence.

La sanction pénale à l'encontre des personnes physiques mérite en revanche d'être conservée, à l'heure où elle connaît un regain d'intérêt, avec un nombre plus significatif de condamnations prononcées depuis les années 2000. De plus, comme l'a rappelé le Conseil de la concurrence, « *un nombre important de pays, notamment européens (Royaume Uni, Allemagne, Autriche, Italie), se sont engagés ces dernières années dans une re-pénalisation dont l'ampleur est très circonscrite, mais dont la motivation, qui est partout la même, semble pertinente : certaines pratiques anticoncurrentielles sont si néfastes pour l'économie qu'il faut, outre les sanctions administratives et/ou civiles, continuer à prévoir une sanction pénale, pour des raisons tenant à la fois à la morale (réprobation attachée à la condamnation) et à l'efficacité de l'action de l'Etat (des sanctions administratives, même élevées, ne suffisent pas, compte tenu des nombreux cas de réitération constatés, à assurer à elles seules la dissuasion)* »

La sanction pénale conserve ainsi un effet plus dissuasif à l'égard des personnes tentées de s'affranchir des règles de concurrence.

Le quantum de la peine est cohérent comparé aux autres pays européens s'agissant de la peine d'emprisonnement³¹, mais le quantum de l'amende mériterait d'être considérablement relevé pour être vraiment dissuasif³²

Par ailleurs, l'articulation entre les deux procédures pourrait être améliorée.

Sont déjà prévus certains mécanismes :

- la possibilité pour le juge de consulter le Conseil pour avis³³ ;
- la possibilité pour le Conseil de transmettre les affaires concernant des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale au juge³⁴ et de demander la communication de pièces.³⁵

Des réformes pourraient cependant être envisagées, comme par exemple la possibilité pour le juge pénal, lorsqu'il est saisi indépendamment de toute intervention administrative, de bénéficier de l'expertise du Conseil de la concurrence en qualité d'*amicus curiae*, sur le modèle de la possibilité d'intervention de l'AMF prévue en matière boursière par l'article L. 621-20 du code monétaire et financier³⁶.

³¹ . Par exemple, la législation du Royaume-Uni (Enterprise Act, 2002) prévoit une peine d'emprisonnement de cinq ans

³² . L'article L. 420-6 prévoit actuellement une peine d'emprisonnement de quatre ans et une amende de 75.000 euros

³³ . art. L. 462-3 C. com.

³⁴ . art. L. 462-6 C. com.

³⁵ . art. L. 463-5 C. com.

³⁶ . art. L.621-20 CMF : « *pour l'application des dispositions entrant dans le champ de compétence de l'AMF, les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de l'AMF ou son représentant à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience sans préjudice de l'article L 466-1 du code monétaire et financier* »

Devrait être également étudiée la possibilité d'articuler l'intervention du juge pénal avec la procédure de clémence³⁷.

L'efficacité de ce moyen de détection des ententes n'est plus à démontrer, même si cette pratique heurte nos principes généraux de répression. Il constitue cependant l'une des rares techniques permettant de faire émerger l'existence d'un cartel, et a donc, de manière pragmatique, conduit le législateur à l'admettre.

L'efficacité de cette procédure est cependant amoindrie du fait de l'indépendance des procédures administratives et pénales, la clémence accordée par l'autorité administrative n'ayant aucun effet sur les poursuites susceptibles d'être exercées par l'autorité judiciaire.

Une procédure prévoyant une « homologation » par le parquet de la clémence octroyée pourrait permettre de répondre à cette difficulté.

De même, pourrait être envisagée une homologation par l'autorité judiciaire des procédures de transactions élaborées entre une entreprise fautive et le Conseil de la concurrence, afin d'éviter des poursuites pénales portant sur les mêmes faits.

Il convient cependant de souligner que cette homologation est indispensable, la transmission de pièces et la dénonciation de faits délictueux au parquet étant, pour le Conseil de la concurrence, un devoir et non une faculté. Il ne peut donc, seul, s'engager à ne pas transmettre des éléments au parquet en contrepartie d'une dénonciation dans le cadre d'une procédure de clémence ou d'une transaction.

Enfin, une spécialisation des juridictions pénales, qui existe déjà en matière civile sur ces sujets depuis le décret n° 2005-1756 du 30 novembre 2005 pourrait être envisagée, en donnant par exemple compétence exclusive aux juridictions interrégionales spécialisées pour ces contentieux.

> *Cumul de sanctions et AMF*

Comme le rappelle la Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris (CCIP) dans son rapport³⁸, « *En matière financière, la donne est différente. Les comportements visés sont certes ceux des personnes morales, mais tout autant – si ce n'est plus – ceux des personnes physiques. En effet, à côté de la problématique de transparence des marchés, on se situe dans une criminalité qui repose assez largement sur une recherche d'enrichissement personnel.* »

Le droit boursier est donc probablement le principal domaine concerné par le cumul, les infractions boursières constituant à la fois des violations de la réglementation de l'AMF et des violations de la loi pénale.

Par ailleurs, les critiques formulées à l'encontre de la commission des sanctions sont

³⁷ La procédure de clémence incite les entreprises parties à des accords anticoncurrentiels à se repentir en les dénonçant par l'apport d'éléments de preuves ou par l'identification des auteurs. Elles peuvent en contrepartie se voir exonérées de tout ou partie des sanctions pécuniaires encourues

³⁸ . Contribution de la CCIP aux réflexions relatives à une dépénalisation du droit des affaires, janvier 2008

nombreuses, et ont donné lieu à un contentieux nourri devant le Conseil d'Etat qui a annulé des décisions de sanctions de l'AMF pour défaut d'impartialité d'un membre de la commission des sanctions, ce dernier étant soit en relation d'affaires, soit en litige, soit concurrent des sociétés mises en cause³⁹.

Elles ont d'ailleurs conduit le législateur à adopter une procédure de récusation devant la commission des sanctions de l'AMF, à l'occasion du vote de la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier.

Toute la difficulté est ici en effet de concilier impartialité d'une part, célérité et compétence technique d'autre part, en évitant un cumul de poursuites.

La composition de la commission des sanctions de l'AMF fait certes l'objet de critiques⁴⁰, mais la compétence de ses membres ne peut lui être déniée. A l'inverse, comme l'ont souligné certains intervenants, dont le MEDEF, « [...] *les entreprises ont réclamé la création [des autorités administratives indépendantes] pour des raisons liées à la lenteur de la justice pénale et au manque de compétence technique des magistrats.* »

Il convient donc de parvenir à une synthèse de ces deux impératifs, en s'inspirant notamment de nos partenaires européens, qui, comme cela a été rappelé dans les exemples précités, organisent une articulation entre sanction pénale et administrative, en évitant un cumul de sanctions⁴¹.

Nombre d'intervenants se sont prononcés en faveur d'une architecture confiant au seul juge pénal les cas d'abus de marché les plus graves, la commission des sanctions restant compétente pour la répression de tous les manquements à son règlement général.

En outre, lorsque la voie pénale est privilégiée, il apparaît nécessaire de garantir que la réponse apportée le sera rapidement et efficacement. Cette volonté d'améliorer la qualité des procédures judiciaires passe par l'introduction dans le processus judiciaire de spécialistes de ces matières, et ce aussi bien lors de la phase d'enquête que de la phase de jugement.

Les propositions qui suivent visent à répondre à ces objectifs :

1. Maintien du rôle de l'AMF et de ses procédures en l'état, pour tous les manquements ne faisant pas l'objet d'un cumul avec le droit pénal. La composition de la commission des sanctions de l'AMF resterait donc inchangée⁴²;

³⁹ . CE 27 oct. 2006, Parent ; CE 12 mars 2007, Société Europe Finance et Industrie ; CE 26 juillet 2007, Société Global Gestion

⁴⁰ . du fait de sa composition aux deux tiers de représentants des marchés financiers, le Conseil de la concurrence ayant pour sa part une composition majoritairement institutionnelle

⁴¹ . L'exemple britannique est à cet égard intéressant : la Financial Services Authority (FSA) dispose d'un pouvoir de sanction administrative mais peut également être autorité de poursuite pénale, et le cumul de procédures et de sanctions pénales et administratives n'est pas interdit ; toutefois, la FSA a arrêté des règles de conduite aux termes desquelles elle se concerta étroitement avec le ministère public lorsque des faits sur lesquels elle enquête sont susceptibles d'être qualifiés pénalement, et elle renonce à exercer son pouvoir de sanction lorsque est fait le choix de la voie pénale

⁴² . La composition de la commission des sanctions est actuellement la suivante : douze membres distincts des membres du Collège:

2. S'agissant des faits susceptibles de recevoir à la fois la qualification de manquement au règlement de l'AMF et d'infraction pénale, la procédure suivante devrait être adoptée afin de mettre fin au système actuel de la double sanction :

- obligation pour l'AMF de dénoncer au plus vite au parquet les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, sans attendre la notification de griefs ;
- conduite parallèle de l'enquête AMF et de l'enquête judiciaire, avec des échanges d'informations, de pièces et de demandes d'avis tels qu'ils sont d'ores et déjà pratiqués ;
- dans l'attente de la décision finale du parquet quant à la suite judiciaire ou administrative, l'AMF serait tenue de surseoir à l'engagement de sanctions ;
- à l'issue de l'enquête pénale et après avis de l'AMF, le parquet aurait la possibilité de renvoyer la procédure à l'AMF pour une sanction administrative ;
- au cas où celle-ci ne serait finalement pas prononcée, il serait toujours possible pour le parquet de poursuivre.

Par ailleurs, il est apparu au groupe de travail que la création d'équipes communes d'enquête, sous l'autorité du procureur de la République, pourrait être encouragée à l'avenir dans un cadre juridique restant à définir, afin de répondre aux critiques formulées à l'égard de l'existence d'une double enquête par deux services distincts, qui procèdent cependant aux mêmes actes et auditions. Cette création pourrait également permettre d'améliorer la célérité de traitement des enquêtes judiciaires, grâce à l'utilisation des services enquêteurs de l'AMF dont les moyens et les compétences techniques sont adaptés à ce contentieux spécifique.

3. Compte tenu de la vigilance avérée du parquet, susceptible au surplus d'être alerté par une plainte simple, et du soin qu'a toujours porté l'AMF à la surveillance de la bonne tenue des marchés, il est apparu au groupe de travail qu'il était dès lors logique que la possibilité d'une action civile par voie d'intervention directe puisse, afin de préserver au mieux les droits d'une victime potentielle, se greffer sur le processus ainsi décrit. En outre serait organisée la faculté pour cette dernière de disposer d'un droit d'accès à l'enquête de l'AMF lui permettant de posséder des éléments de preuve afin d'intenter une action devant la juridiction civile.

- deux conseillers d'Etat désignés par le vice-président du Conseil d'Etat ;

- deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation

- six membres désignés, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers, par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations représentatives des sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'appel public à l'épargne, des sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs et des autres investisseurs, des prestataires de services d'investissement, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux ;

- deux représentants des salariés des entreprises ou établissements prestataires de services d'investissement, des sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux, désignés par le ministre chargé de l'Economie et des Finances après consultation des organisations syndicales représentatives.

Reste enfin une dernière hypothèse, d'école sans doute, dans le cas d'une éventuelle carence de l'AMF et du ministère public, si les faits étaient véritablement avérés. Il s'agirait ici du signe d'une faute de contrôle de leur part, qui ne manquerait pas d'être stigmatisée.

4. La composition de la juridiction serait adaptée en conséquence, avec une adjonction à la formation collégiale, aussi bien en première instance qu'en appel, de deux assesseurs supplémentaires, désignés par arrêté conjoint des Ministres de l'Economie et des Finances et de la Justice, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers⁴³.

Ce système d'échevinage pourrait être également prévu pour la composition de la chambre civile de la cour d'appel de Paris, statuant sur les appels des sanctions prononcées par la commission de l'AMF, les membres composant la chambre civile échevinée pouvant être les mêmes que ceux composant la chambre des appels correctionnels échevinée⁴⁴.

Il aurait pu être envisagé, plus simplement, de supprimer les manquements susceptibles d'entrer en cumul avec des délits, mais cette hypothèse a été écartée afin d'éviter les failles dans la répression de certains manquements administratifs, tels que la diffusion de fausse information par simple erreur.

L'échevinage, aussi bien en première instance qu'en appel, garantit la qualité d'une décision rendue avec la participation d'assesseurs « sachants ».

Au delà de ce cumul entre modes de régulation juridictionnels et quasi-juridictionnels, c'est un cumul moins évident qui a été soulevé par plusieurs personnes entendues: celui du cumul entre sanction pénale et sanction médiatique.

2) La question du cumul entre sanction pénale et stigmatisation publique

En matière économique comme dans toutes matières, la mise en cause d'un individu par voie de presse peut créer des dommages sérieux. Certes, les relations entre justice pénale et média ont toujours été complexes, tant chacune des institutions tente de faire primer sa légitimité sur celle de l'autre: vérité judiciaire et protection des libertés pour la première, vérité médiatique et liberté de l'information pour la seconde, sont ainsi fréquemment en conflit. Conflit dont les justiciables sont souvent les victimes. La matière financière n'échappe pas à cette fracture, à travers une opposition frontale entre secret de l'instruction et secret des sources journalistiques. Les « affaires » font ainsi souvent l'objet d'une couverture médiatique importante à un stade de plus en plus avancé de la procédure, sans que l'information de la réalité de la condamnation, de la relaxe ou du non-lieu ne puisse effacer celle d'une garde à vue ou d'une mise en examen. L'intérêt médiatique se détache de la réalité judiciaire.

⁴³ . Le principe de l'échevinage ou plus généralement de la participation aux formations de jugement existe déjà, par exemple, pour la Cour d'assises, le tribunal pour enfants, le tribunal correctionnel en Nouvelle-Calédonie. En outre, les avocats sont amenés à compléter ponctuellement les formations de jugement.

⁴⁴ . Les recours disciplinaires devant le Conseil d'Etat ne seraient pas modifiés

L'ensemble des justiciables dans cette situation, au nombre desquels les acteurs économiques, dénoncent ainsi une véritable stigmatisation de la mise en examen, du fait de la médiatisation, alors que le jugement au fond est beaucoup moins exposé dans les media. Cette médiatisation est d'ailleurs le plus souvent vécue comme une double sanction, s'ajoutant à la sanction pénale à proprement parler. Cette stigmatisation médiatique est dénoncée non seulement par les personnes physiques, mais également par les personnes morales, qui font état de dommages en termes d'image souvent supérieurs aux sanctions pénales parfois limitées qui peuvent être prononcées. C'est donc moins la réalité pénale que la mise en scène de la procédure qui est mise en avant par les acteurs de l'entreprise.

C'est fréquemment au préjudice du justiciable, personne physique ou morale, que cette médiatisation est susceptible d'intervenir, notamment celui qui bénéficiera d'un non lieu ou d'une relaxe qui passera souvent inaperçue par rapport à la médiatisation de la mise en cause. C'est en fait l'effectivité de la présomption d'innocence qui est en jeu, tant la médiatisation utilise des formules qui n'invitent pas à la prudence. L'utilisation régulière du vocable « coupable présumé », « auteur présumé », ou du « présumé délinquant » dans les media renforce l'idée d'une sanction en quelque sorte « pré-pénale, » qui s'ajoute le cas échéant à la sanction pénale.

C'est d'ailleurs sur ce point que la médiatisation est réellement problématique: elle constitue une sanction en soi, alors que certaines personnes mises en cause n'ont en réalité commis aucune infraction pénale. Cette publicité de la procédure contribue ainsi à développer un sentiment de pénalisation, compte tenu de la sanction médiatique qu'elle constitue, alors que le champ de la pénalisation est parfois plus restreint, comme en témoignent les ordonnances de non-lieu ou les relaxes dont certaines personnes ont pu faire l'objet. Nombre de chefs d'entreprises dénoncent ainsi une sanction autonome, celle de la procédure pénale en elle-même, distincte de la sanction pénale au sens strict.

Cette médiatisation est parfois encore plus dommageable pour le justiciable dans le cas où il n'a pas encore accès au dossier. Certaines personnes sont ainsi stigmatisées alors qu'elles ne savent même pas ce qui leur est reproché, n'ayant pas encore de statut dans la procédure, en l'absence de toute mise en examen ou d'une poursuite devant le tribunal correctionnel. Certains n'hésitent ainsi pas à instrumentaliser la justice pénale pour attaquer un concurrent qui ne peut se défendre car n'ayant pas d'élément sur ce qui lui est reproché. Derrière le dirigeant, c'est ainsi souvent la réputation de l'entreprise qui est visée.

En outre, il faut préciser que même si l'information est parfois communiquée par les pouvoirs publics, compte tenu de la pression des media, cette exposition médiatique n'est pas souhaitée par les enquêteurs eux-mêmes, car elle nuit le plus souvent à leurs investigations. Elle provoque également fréquemment une disparition des preuves, certaines personnes procédant à la destruction de certains documents après la médiatisation. L'intérêt public n'a donc rien à y gagner.

Plusieurs pistes ont été avancées pour remédier à cette surexposition médiatique, en ce qu'elle constitue un cumul de sanction avec la sanction pénale, sans pour autant remettre en cause la liberté de l'information. Il peut ainsi tout d'abord être recherché d'éviter l'ouverture d'une information judiciaire, l'instruction étant souvent considérée comme la procédure la plus stigmatisante. L'utilisation de la procédure de citation directe a ainsi été présentée comme une possibilité, car permettant d'éviter l'impact médiatique d'une mise en examen, souvent supérieur à celui d'une condamnation.

Toutefois, une telle procédure présente l'inconvénient de restreindre le champ du contradictoire. En effet, les pièces ne peuvent être débattues qu'à l'audience, ce qui allonge les débats et exige souvent des suppléments d'enquête pour répondre aux arguments de la défense. Elle ne peut donc être utilisée que pour des affaires ne présentant pas de complexité, et doit s'appuyer sur de véritables bureaux des enquêtes au sein des parquets, qui doivent être en mesure de suivre les dossiers comme le fait un juge d'instruction. La citation directe ne saurait donc constituer un outil pertinent pour éviter des formes de surmédiation.

S'agissant de l'information judiciaire, c'est toute la question du secret de l'instruction qui est à nouveau posée. Si beaucoup font valoir que ce dernier n'existe plus en pratique, un certain nombre d'acteurs souhaitent qu'il retrouve une certaine vitalité. Quelque souhaitable qu'il soit, le retour à un secret total paraît illusoire en pratique.

Certaines personnes auditionnées ont avancé à cet égard qu'un nouveau régime du secret pourrait être élaboré en modulant selon les phases de la procédure. Il a été ainsi soutenu qu'il fallait distinguer :

- *« la période où on rassemble les preuves et où on porte atteinte à la présomption d'innocence, car la personne visée n'est pas partie à la procédure; il y a un déséquilibre réel. Cette période est une période pendant laquelle il faudrait restituer du secret ;*
- *la période où la personne a été mise en examen : elle a donc beaucoup de droits et est en mesure de se défendre. Cela pose donc moins de problème d'ouvrir le secret de l'instruction ;*
- *la fin de l'instruction, où tout pourrait devenir public. »*

Aussi séduisante que paraisse cette solution, elle se heurte à plusieurs objections. D'une part, tous les acteurs du procès pénal ne sont pas soumis au secret. C'est le cas de la partie civile, des témoins, et de la personne mise en examen elle-même. Or, en matière de contentieux pénal des affaires entre concurrents, il est peu probable que tous les acteurs acceptent de renoncer à leur droit de communiquer, ne serait-ce que pour répondre aux arguments avancés par les media.

D'autre part, le temps journalistique est différent du temps pénal : la valeur d'une information est d'autant plus importante qu'elle est nouvelle et qu'elle précède les autres acteurs médiatiques. C'est une des raisons des processus de médiatisation de plus en plus précoces des mises en cause ; d'une publicité de la mise en examen, on est passé à une médiatisation de la garde à vue, voire de la convocation au commissariat ou de la simple mise en cause.

Ensuite, une telle solution ne manquerait pas juridiquement de s'opposer au principe du secret des sources, défendu par la Cour européenne des droits de l'homme comme l'un des instruments juridiques essentiels permettant de garantir la liberté d'information. Faire respecter le secret de l'instruction, même dans une phase très courte, implique pour garantir son effectivité de sanctionner la publicité des informations, et donc de déterminer comment ces informations ont été obtenues. C'est donc risquer une condamnation de la France sur le fondement du droit européen.

Par ailleurs, dans le cas des justiciables mis en cause dans les media mais n'étant pas encore partie à la procédure, le groupe de travail a réfléchi à la possibilité d'un accès volontaire au dossier, sur le fondement de cette médiatisation. Si cette solution présente l'avantage de donner la possibilité aux personnes mises en cause d'exercer pleinement leurs droits de la défense, elle risque d'être instrumentalisée par certains, qui volontairement pourraient organiser leur mise en cause dans les media pour avoir accès à un dossier d'instruction. On peut ainsi imaginer un trafiquant de

stupéfiants volontairement se livrer aux media pour pouvoir avoir accès à la procédure et prévenir des complices. En outre, sur le plan des principes, une telle solution reviendrait à permettre à toute personne d'avoir accès au dossier pénal non pas en fonction de son implication réelle, mais de son implication supposée par des tiers à la procédure pénale, ce qui serait aussi injustifié que préjudiciable à la manifestation de la vérité.

Enfin, le principe d'égalité devant la loi ne saurait permettre des solutions dégagées spécifiquement pour le droit pénal des affaires, d'autant que la médiatisation de certains comportements est souvent avancée comme une garantie démocratique contre un pouvoir qui pourrait être enclin à intervenir pour ne pas dénoncer certains actes. C'est le principe d'égalité devant la loi qui est ici en cause, et qu'il convient de préserver. Le cumul de la sanction pénale et de la stigmatisation publique ne saurait donc trouver d'autres réponses que dans l'éthique des acteurs et les mécanismes du droit de la presse, afin de sanctionner les abus dans l'exercice du droit d'information. La poursuite en diffamation reste ainsi l'arme des innocents face à des détracteurs peu scrupuleux.

Section 3 : Favoriser les mécanismes transactionnels

Le législateur a, ces dernières années, considérablement élargi le champ des alternatives aux poursuites mises à la disposition du ministère public, dans un souci d'amélioration de la réponse pénale. Apportant plus de souplesse aux poursuites, ces nouvelles mesures ont permis de disposer de réponses adaptées à chaque type de comportement, et de mettre fin à cette situation peu satisfaisante qui consistait à n'avoir de choix qu'entre le classement et la poursuite devant le tribunal correctionnel.

Mais ces mécanismes de règlement du litige préalablement aux poursuites peuvent également être efficacement utilisés devant les autorités administratives, avec cependant dans ce cas la difficulté de la valeur du mécanisme transactionnel au regard d'une procédure pénale parallèle.

1. Etendre les mécanismes alternatifs et transactionnels

La plupart des intervenants, mais également l'ensemble du groupe de travail, ont plébiscité le développement de ces modes alternatifs de poursuite dans le domaine économique et financier.

Ils permettent en effet une meilleure gestion du contentieux pénal, en réservant l'audience aux cas les plus graves ou à ceux pour lesquels la culpabilité n'est pas reconnue, et ainsi d'économiser un temps précieux dans ces affaires complexes.

Ils sont accueillis avec faveur par les entrepreneurs concernés, car il s'agit de procédures rapides et confidentielles.

Enfin, ils peuvent contribuer à une indemnisation plus rapide des victimes.

L'utilisation de l'ensemble des dispositifs existants mériterait d'être généralisée par les parquets. Une circulaire en ce sens pourrait les inciter à utiliser ces modes alternatifs. De plus

certains modes de solution des litiges, comme la transaction, doivent être élargis.

> *Dispositifs prévus par l'article 41-1 du code pénal*

Le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, procéder ou faire procéder à différentes mesures, dont :

- un rappel à la loi
- un classement sous condition de régularisation
- un classement sous condition de réparation
- une médiation pénale

Ces trois dernières mesures sont particulièrement indiquées dans le cas où la violation de la règle est due à une négligence ou à une mauvaise organisation de l'entreprise et est donc particulièrement adaptée au domaine économique et financier pour des infractions de faible importance et lorsque le mis en cause n'est pas réitérant.

Le recrutement de délégués du Procureur spécialisés en matière économique et financière apparaît particulièrement indiqué pour garantir l'efficacité de ce mode alternatif.

> *Composition pénale (41-2 du code de procédure pénale)*

La composition pénale est prévue pour les délits punis, à titre principal, d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de 5 ans.

Elle est particulièrement adaptée dans les cas simples où la matérialité de l'infraction n'est pas contestée, et permet le paiement d'une amende ainsi que la réparation du préjudice subi.

Elle mériterait d'être ouverte aux personnes morales dans les mêmes conditions que pour les personnes physiques.

Cette évolution s'inscrirait dans la suite logique de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, ces procédures alternatives devant également pouvoir leur être applicables.

> *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art. 495-7 et s. du code de procédure pénale)*

Une utilisation plus fréquente de cette procédure dans les domaines économiques et financiers a également été sollicitée par de nombreux intervenants. Le caractère négocié de la peine, favorisant son acceptation et permettant d'éviter l'aléa de l'audience est très apprécié.

Cette procédure ne peut cependant être utilisée selon les termes de la circulaire du 2 septembre 2004, que pour :

- une affaire simple en état d'être jugée ;
- une affaire dans laquelle il existe une certaine prévisibilité de la sanction ;
- une affaire ne justifiant pas une audience devant le tribunal correctionnel.

Elle permet un traitement rapide de certains contentieux, avec des peines aussi, voire plus significatives que celles rendues par les juridictions correctionnelles, dont l'intervention est trop souvent tardive.

> *Transaction pénale (art. 6 al.3 du code de procédure pénale)*

Ce mode d'extinction de l'action publique est prévu depuis de nombreuses années en matière douanière et a été récemment étendu à certaines infractions constatées par les agents de la DGCCRF.

Pour être applicable, elle suppose :

- l'existence d'une infraction pénale ;
- une synergie entre le parquet et l'administration compétente ;
- la nécessité que le parquet reste maître de sa mise en oeuvre et en conserve l'initiative, car elle reste un mode d'exercice de l'action pénale⁴⁵.

L'article 1er de l'ordonnance n° 2005-1086 du 1er septembre 2005 a instauré un règlement transactionnel pour les contraventions au code de commerce (article L. 470-4-1) et au code de la consommation (articles L 141-2 et L 216-11). La DGCCRF peut ainsi adresser à l'auteur d'une infraction, après accord du Parquet, une recommandation de payer volontairement une amende dans un délai imparti en contrepartie de l'extinction de l'action publique à son encontre pour ces mêmes faits.

Parallèlement, l'article 44 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des moyennes et petites entreprises, codifié à l'article L 470-4-1 du code du commerce, a mis en place la transaction pénale pour les délits non punis d'une peine d'emprisonnement du titre IV du livre IV de ce même code en matière de pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées.

Enfin, à l'occasion de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, a été prévue la possibilité de transiger s'agissant des infractions relatives aux pratiques commerciales déloyales.

Le règlement transactionnel des infractions, même s'il ne constitue pas une forme de dépenalisation stricto sensu présente plusieurs avantages non négligeables, tout en apportant les garanties à travers le contrôle du parquet permet :

- d'apporter une solution définitive au conflit pénal dans un délai rapide ;
- d'appliquer des sanctions à la fois dissuasives pour l'auteur des faits et plus efficaces que certaines amendes pénales dont le taux de recouvrement demeure faible en pratique ;

⁴⁵ . En pratique, la transaction pourra être proposée suite à un avis demandé, après enquête par les services de police judiciaire, par le parquet à l'administration compétente, ou sera suggérée au parquet par l'administration ayant été à l'origine de la constatation de l'infraction et ayant réalisé une enquête.

- d'éviter la publicité de l'audience correctionnelle notamment en ce qui concerne certaines infractions dont la gravité est limitée et qui ne justifient pas, dès lors, que des mesures de publication particulièrement préjudiciables aux professionnels soient ordonnées ;
- de ne pas inscrire de condamnation au casier judiciaire.

Le directeur de la DGCCRF a indiqué au groupe de travail que, sur le premier semestre de l'année 2007, la transaction, représentant 1 088 dossiers, était devenue la deuxième réponse (soit presque 20 %) aux procès verbaux de la DGCCRF, son développement ayant essentiellement consisté en une augmentation globale des suites et une diminution des classements, des poursuites et des suites alternatives.

Cette mesure a fait l'objet d'un accueil favorable par les parquets. La DGCCRF sollicite son extension.

Cette demande mérite d'être prise en compte, car elle permet de concilier le caractère dissuasif du maintien de la sanction pénale, l'efficacité d'une procédure alternative rapide, et la garantie d'une procédure contrôlée par le parquet.

Cependant, afin d'éviter les écueils propres à cette voie de réponse pénale, il conviendrait d'encadrer cette possibilité en la limitant :

- aux délits non punis d'une peine d'emprisonnement, dans un souci de graduation de la réponse pénale : en effet, le démarchage et l'abus de faiblesse sont deux délits punis de ce type de peine ;
- aux procédures sans victimes, ou en prévoyant spécifiquement une obligation d'indemnisation du préjudice subi par les éventuelles victimes, dans la mesure où la voie de la transaction n'autorise pas de constitution de partie civile et ne doit pas pour autant aboutir à un recul de la protection des consommateurs victimes ;
- aux délits matériels, aisément caractérisables, sans difficulté ni latitude d'interprétation, ce qui manifestement n'est pas le cas de l'abus de faiblesse.

Enfin, il pourrait être opportun de prévoir une obligation de régularisation dans le cadre du règlement transactionnel, afin de garantir qu'il soit mis fin à la pratique portant atteinte à la protection du consommateur.

La transaction pourrait être ainsi étendue aux délits non punis d'une peine d'emprisonnement prévus par le code de la consommation, ainsi que pour les délits réprimant les pratiques figurant aux articles L. 310-1 et s. du code de commerce, relatives aux liquidations, ventes au déballage et aux soldes qui ont, semble-t-il, été oubliées par la réforme de 2005.

2. Etendre la transaction en dehors du champ pénal

La création d'un mécanisme transactionnel pourrait également être envisagée s'agissant des procédures conduites devant certaines autorités administratives indépendantes, car la transaction devant ces instances offre les mêmes avantages de célérité.

Cependant, dans le cas où ces transactions portent sur des faits susceptibles de recouvrir également une qualification pénale, l'organisation d'une homologation par l'autorité judiciaire apparaît nécessaire.

C'est ainsi que l'AMF avait engagé des discussions avec la Chancellerie afin de voir instaurer un système permettant à la Commission des sanctions de transiger avec toute personne à l'encontre de laquelle une procédure en manquement était ouverte, avec pour effet de mettre un terme à ladite procédure, ainsi qu'à d'éventuelles poursuites pénales.

Cette transaction pouvait notamment consister dans le paiement d'une amende versée au Trésor public, le remboursement des dommages causés par l'infraction ou la suspension, à titre temporaire, de l'exercice de tout ou partie des activités du mis en cause.

Cependant, l'AMF avait d'une part souhaité ne pas prévoir que la signature de cette transaction valait reconnaissance de culpabilité, et d'autre part émis des réserves sur la nécessité d'une intervention de l'autorité judiciaire pour valider la transaction.

Qu'elle soit explicite, comme dans la composition pénale ou la CRPC, ou implicite, comme dans la nouvelle procédure transactionnelle DGCCRF, la transaction pénale ne se conçoit que sous réserve d'une reconnaissance, sinon de l'infraction, du moins a minima de la commission des faits. Seule cette reconnaissance est la contrepartie de l'extinction de l'action publique.

De plus, l'absence de reconnaissance de culpabilité, jointe à l'extinction de l'action publique, constituerait une atteinte aux droits des victimes qui se verraient refuser l'indemnisation de leur préjudice devant les juridictions civiles.

L'intervention du juge judiciaire est, quant à elle, indispensable dès lors que sont prévues des sanctions de nature à porter atteinte à la liberté individuelle, comme l'est l'interdiction temporaire d'exercer une activité professionnelle. Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs prononcé en ce sens dans une décision n° 95-360 du 2 février 1995.

Et même dans le cas où toute sanction de nature à porter atteinte à la liberté individuelle serait écartée, la proposition d'une homologation par la commission des sanctions de l'AMF ne pourrait avoir pour conséquence d'entraîner l'extinction de l'action publique, car elle aboutirait à faire dépendre cette extinction de l'accord d'une autorité administrative, situation difficilement acceptable d'un point de vue constitutionnel.

Cette difficulté résolue, un tel projet aurait de nombreux avantages. Il permettrait à l'AMF de jouer efficacement son rôle de régulateur en transigeant dans les cas les plus simples, procédure souple, rapide, et garantissant un désintéressement des victimes pour lesquelles une procédure pénale parallèle n'aurait pas forcément été opportune. Serait conservée la procédure habituelle uniquement dans les cas les plus litigieux, et sous réserve de la compétence du juge pénal selon les propositions exposées (cf II. B.)

L'AMF élabore actuellement un dispositif dit de « composition pénale », reprenant l'idée de la transaction, et ce sans faire référence à la notion d'une reconnaissance de culpabilité. Ce projet n'aurait donc aucune influence sur les éventuelles poursuites pénales.

Il pourrait être envisageable, s'agissant des manquements susceptibles de constituer également une infraction pénale, de prévoir dans ce cas une transaction homologuée par l'autorité judiciaire, qui impliquerait cependant reconnaissance de culpabilité. Cette procédure aurait

l'avantage pour le mis en cause de garantir l'extinction de l'action publique, et donc d'accroître sa sécurité juridique.

Néanmoins, il convient de souligner que plusieurs intervenants et membres du groupe de travail ont évoqué la possibilité d'une transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité, avec la possibilité en contrepartie pour la partie civile d'obtenir communication des pièces de l'enquête AMF afin de les produire devant le juge civil en vue de l'indemnisation éventuelle de son préjudice.

A également été soulevée la nécessité de mener une réflexion sur l'articulation entre la procédure de clémence utilisée par le Conseil de la concurrence, dont l'attractivité pourrait être assurée en protégeant les déclarations faites par le demandeur de clémence afin que celui-ci ne renonce pas à venir trouver l'autorité administrative indépendante. Une intervention de l'autorité judiciaire sous forme d' « homologation » de la clémence pourrait être étudiée.

* * *

Chapitre III : Développer l'effectivité des réponses

La mise en place d'un appareil de régulation cohérent et moderne suppose donc une régulation du risque pénal. Mais pour que les acteurs économiques retrouvent une pleine confiance dans le système judiciaire, la justice doit être en mesure de réprimer de manière efficace les comportements frauduleux et d'assurer une régulation des rapports économiques, le tout en réduisant le temps et le coût pour les parties, qui sont les deux obstacles majeurs à l'effectivité des réponses.

Il faut ainsi renforcer l'efficacité de la justice pénale pour la sanction des comportements frauduleux (section 1), tout en développant l'attractivité de la justice civile (section 2). Réduire le temps pénal, c'est enfin repenser le régime de la prescription des délits, non pas pour limiter les poursuites, mais pour poser des règles claires et communes à tout le contentieux pénal (section 3).

Section 1 : Renforcer l'efficacité de la justice pénale pour la sanction des comportements frauduleux

Le mouvement de dépénalisation du droit des affaires n'a pas vocation à désarmer la justice pénale face aux comportements frauduleux des acteurs économiques, bien au contraire. Il s'agit de promouvoir une justice pénale occupant un espace moins large, mais une justice pénale plus rapide et plus efficace. Deux pistes semblent devoir être explorées dans cette optique : recentrer la justice pénale financière sur les véritables affaires pénales, en limitant l'instrumentalisation des acteurs judiciaires (1), et améliorer la formation des magistrats, en développant une gestion plus ambitieuse des ressources humaines (2).

1) Limiter l'instrumentalisation de la justice pénale

La justice pénale financière souffre aujourd'hui d'un problème récurrent, celui de la coexistence, à côté de véritables infractions financières qui doivent être sanctionnées, d'un contentieux pénal virtuel, artificiellement créé par les acteurs économiques dans un but de déstabilisation concurrentielle. C'est essentiellement dans les cabinets d'instruction financiers que cette prolifération d'affaires prétendument pénales est la plus importante, entretenue par un nombre considérable de plaintes avec constitution de partie civile infondées. Mais les citations directes abusives peuvent également entretenir ce sentiment de pénalisation.

Le besoin de dépénalisation du droit des affaires de la part des personnes physiques ou des personnes morales concerne en réalité au premier chef ce « faux » contentieux pénal, entretenu par des plaideurs, personnes physiques ou personnes morales, utilisant une justice pénale très bon marché pour forcer à une transaction ou déstabiliser des adversaires. C'est avant tout cette fausse pénalisation qui doit être combattue, à travers une meilleure régulation des plaintes avec constitution de partie civile, par la loi.

Si la plainte avec constitution de partie civile se justifie pleinement en tant que correctif à l'inaction réelle ou supposée du parquet, cette procédure est aujourd'hui trop fréquemment instrumentalisée dans un grand nombre de domaines : les contentieux du droit de la famille, du droit

du travail, et du droit des affaires sont ainsi pollués par des plaintes abusives et dilatoires, qui encombrant les cabinets d'instruction, et provoquent des enquêtes inutiles et par conséquent potentiellement des atteintes injustifiées aux libertés. En effet, chacune de ces plaintes est susceptible de déboucher sur une garde-à-vue, voire sur une mise en examen, pendant les investigations. Ces statuts, pourtant à l'origine protecteurs, ont toutefois un impact médiatique important et contribuent à une perception d'une forme abusive et injustifiée de pénalisation.

Ces plaintes conduisent à développer un sentiment de pénalisation excessive, notamment chez les chefs d'entreprises et les cadres, car elles provoquent souvent une perception disproportionnée d'un risque pénal dont l'appréhension est supérieure à la réalité des condamnations devant les tribunaux et au delà de ce que la loi dispose. Ce n'est donc pas une dépénalisation par désincrimination qui est ici la solution, mais un encadrement de l'accès à la justice pénale par les parties privées.

Le législateur a, à plusieurs reprises, tenté de remédier à cette endémie. La loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a ainsi imposé une plainte préalable devant le procureur comme condition de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile⁴⁶. Elle a en outre posé le principe du complément de consignation en cas de frais d'expertise réclamée par cette dernière⁴⁷. Mais force est de constater qu'il est nécessaire d'aller plus loin dans cette direction.

Il convient cependant de ne pas remettre en cause le principe même de la plainte avec constitution de partie civile, qu'il est légitime de préserver. En effet, le principe de la liberté de la plainte avec constitution de partie civile doit être conservé car il est le corollaire de la règle de l'opportunité des poursuites. Remettre en cause ce principe irait en outre à contre-courant du mouvement de reconnaissance du statut de la victime, conforté par l'évolution législative des dix dernières années. Il est donc nécessaire de privilégier son principe et ses modalités mais d'en sanctionner les abus.

Un certain nombre de pistes de réformes ont été étudiées. Certaines, malgré leur efficacité, ont été écartées, car considérées comme susceptibles de revenir sur l'évolution législative des vingt dernières années. C'est le cas de la recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile des associations mentionnées aux articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale. En effet, empêcher ces dernières de se constituer partie civile par voie d'action s'inscrirait à contre-courant du mouvement plus global en faveur de la reconnaissance du droit des victimes. En outre, ce mouvement supposerait de faire une distinction entre associations qui conserveraient ce droit et

⁴⁶ Article 85 alinéa 2 : « Toutefois, la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire. Cette condition de recevabilité n'est pas requise s'il s'agit d'un crime ou s'il s'agit d'un délit prévu par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou par les articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du code électoral. La prescription de l'action publique est suspendue, au profit de la victime, du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois. »

⁴⁷ Article 88-2: « Le juge d'instruction peut, en cours de procédure, ordonner à la partie civile qui demande la réalisation d'une expertise de verser préalablement un complément de la consignation prévue par l'article 88 afin de garantir le paiement des frais susceptibles d'être mis à sa charge en application du second alinéa de l'article 800-1. Cette décision est prise par ordonnance motivée susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction. Elle peut également être prise par la chambre de l'instruction saisie après que le juge d'instruction a refusé d'ordonner l'expertise demandée. »

celles qui le perdraient.

Toutefois, toutes les personnes entendues par le groupe de travail ont insisté sur la nécessité de trouver des solutions. Plusieurs voies peuvent être suggérées, afin de rendre le dispositif de filtre plus efficace. Il s'agit d'affirmer le rôle du parquet comme garant de l'intérêt général, en rejetant l'idée d'un ministère public de droit privé, qui aboutit à un un taux de non-lieu considérable. Les juges d'instruction du pôle financier de Paris rendent ainsi environ 80 % d'ordonnances de non-lieu à la suite des plaintes avec constitution de partie civile, qui représentent environ 75 % de leur saisine.

> *Allonger le délai de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile de 3 à 6 mois après la plainte devant le procureur de la République*

En premier lieu, s'agissant du dépôt de la plainte, le délai prévu par la loi du 5 mars 2007 pourrait être allongé à six mois au lieu de trois mois actuellement prévus⁴⁸. En effet, la matière économique ne se prête pas toujours à des enquêtes rapides, compte tenu des délais de réponse aux réquisitions et de la charge de travail des services enquêteurs. Un tel délai permettrait de voir aboutir plus d'enquêtes préliminaires et donc pour le parquet d'exercer l'action publique, sans saisine du juge d'instruction s'il estime l'infraction juridiquement fondée, mais sans qu'elle ne justifie d'ouverture d'information. L'idée principale de ce dispositif est de rappeler que l'acteur principal des poursuites est le ministère public, et non les parties privées.

En outre, cet allongement permettrait d'affiner la décision sur l'action publique, dans la mesure où l'enquête diligentée serait plus conséquente, les enquêteurs ayant le temps d'effectuer un plus grand nombre d'actes d'enquête. C'est donc par conséquent les décisions de classement sans suite qui seraient confortées, ce qui pourrait être susceptible de limiter certaines velléités « jusqu'aboutistes » de la part des plaignants.

> *Motiver les classements sans suite*

Le prolongement du délai permettrait en second lieu au parquet de motiver ses classements sans suite, en droit et en fait. Cette motivation serait de nature, d'une part à justifier pourquoi l'infraction ne doit pas être poursuivie, et aurait une vocation pédagogique pour le plaignant ; d'autre part à limiter la marge de manoeuvre du plaignant pour déposer une plainte, sauf à contester devant le doyen des juges d'instruction un certain nombre d'arguments factuels ou juridiques.

Sans aller jusqu'à une véritable juridictionnalisation de la décision de classement, qui ne saurait avoir autorité de la chose jugée, il s'agit d'inciter le ministère public à démontrer au plaignant, si tel est bien le cas, que l'infraction n'est juridiquement pas établie, par exemple pour une question d'application de compétence territoriale ou de prescription, ou que les éléments de preuves démontrent que les faits avancés ne sont pas établis. Il s'agit donc de dissuader par une argumentation appropriée le dépôt infondé de plaintes avec constitution de partie civile, en évitant au maximum le recours inapproprié au juge.

⁴⁸ C'est la position exprimée notamment par Jean-Claude MARIN, Procureur de la République de Paris.

> *Produire les pièces comptables pour fixer la consignation*

En outre, il serait souhaitable d'utiliser le levier financier pour limiter au maximum les plaintes abusives. Ainsi, il pourrait être exigé dans le code de procédure pénale que les personnes morales justifient de leur chiffre d'affaire en joignant leur bilan et leurs comptes de résultats avec leur plainte avec constitution de partie civile, en maintenant le principe d'une fixation de consignation proportionnelle en conséquence.

Une telle disposition aurait l'avantage, d'une part, de favoriser des consignations en adéquation avec les capacités financières des entreprises et, d'autre part d'éviter certaines plaintes infondées contre des concurrents, certains déposants ne souhaitant pas potentiellement communiquer leurs bilans ou tout autre document comptable à ces derniers, surtout lorsqu'il s'agit justement de plainte visant à déstabiliser un concurrent.

Ce mécanisme pourrait, en outre, être étendu à la procédure de citation directe. En effet, il permettrait à la juridiction de fixer une consignation en rapport avec le patrimoine et les revenus du demandeur, afin de garantir le paiement de l'amende civile, prévue par l'article 392-1 du code de procédure pénale. Il s'agit ici d'éviter que les plaignants se reportent sur cette procédure à la place de la plainte avec constitution de partie civile.

> *Convertir par principe la consignation en amende civile en cas de non lieu, sauf décision contraire du juge*

Enfin, ce dispositif pourrait être complété par un mécanisme permettant de convertir de manière automatique la consignation en amende civile en cas de prononcé d'une ordonnance de non lieu par le juge, sauf décision contraire de ce dernier. Il s'agit, en l'espèce, d'inverser le principe actuel, qui est celui de la restitution de la consignation, et l'exception, l'amende civile, qui est en pratique très peu prononcée. Seule la démonstration de l'impossibilité pour le plaignant de savoir que sa plainte était infondée au moment de son dépôt lui permettrait de récupérer le montant de la consignation.

Il s'agit donc en fait de renverser le principe et l'exception. En effet, actuellement, l'amende civile théoriquement encourue en cas de non-lieu est très peu prononcée, notamment du fait de la complexité procédurale liée à son prononcé, qui impose un contradictoire très encadré en fin de procédure. Il s'agirait donc de poser le principe inverse : sauf pour le juge à motiver dans son ordonnance de non-lieu qu'au moment du dépôt de la plainte, le plaignant ne pouvait pas savoir que l'infraction n'était pas constituée, la consignation serait attribuée automatiquement au Trésor public. En outre, cette mesure serait neutre en termes de coûts de recouvrement, les sommes ayant déjà été encaissées par l'Etat au moment du dépôt de la consignation.

Ainsi, en pratique, les instrumentalisations seraient diminuées, surtout si ce mécanisme est cumulé avec une meilleure évaluation des consignations. Il s'agit ainsi de diminuer l'écart entre la gratuité de la procédure pénale et le coût de la procédure civile pour les parties. On passerait ainsi d'un principe de gratuité de la justice pénale lorsque les plaintes sont fondées, à un principe de sanction financière, lorsque la plainte initiale était infondée. C'est une forme de responsabilisation des acteurs du procès pénal qui serait mise en place à l'issue de la procédure. Le principe de gratuité serait maintenu pour les plaideurs de bonne foi, mais écarté pour les autres.

Par ailleurs, une telle mesure aurait également un intérêt pour l'Etat, puisque les frais engagés, notamment les frais de justice pénale, tout comme le temps consacré par ses agents à l'étude du dossier, auraient vocation à être compensés par l'attribution automatique de la consignation. Il s'agit pour l'Etat d'améliorer la productivité administrative en évitant les dépenses inutiles.

Ce mécanisme pourrait également être étendu à la procédure de citation directe, afin de limiter les citations abusives de la même façon que les plaintes avec constitution de partie civile. Il s'agirait donc de transposer le principe de la conversion automatique de la consignation en amende civile en cas de relaxe, sauf pour le tribunal à motiver le contraire dans son jugement.

Enfin, ce mécanisme n'aurait pas vocation à supprimer totalement le système de l'amende civile. Il devrait être maintenu la possibilité pour le juge d'instruction de prononcer une amende civile, dont le montant pourrait par ailleurs être réévalué pour tenir compte de la réalité des frais de justice pénale, notamment les frais d'expertise. En définitive, il faut poser le principe du recouvrement intégral par l'Etat des dépenses injustifiées qui ont été la conséquence d'une dénonciation abusive ou dilatoire.

Ces mécanismes techniques devraient permettre de limiter les plaintes et d'engager un mouvement de désinstrumentalisation de la justice pénale, très largement souhaité par les acteurs économiques et judiciaires. Ces réformes devraient ainsi permettre d'une part de limiter le droit pénal des affaires « virtuel », et d'autre part de limiter le volume du contentieux et donc de permettre aux acteurs de disposer de plus de temps pour traiter les dossiers qui le méritent. Ce gain aurait tout intérêt à être complété par une amélioration de la formation des magistrats.

2) Améliorer la spécialisation des magistrats et des juridictions

La formation des magistrats en charge de la régulation économique est une des clés pour améliorer la qualité et la rapidité des procédures. D'un point de vue quantitatif, elle permet des gains de productivité et donc une amélioration de la rapidité de traitement des procédures, qui est une des critiques majeures du contentieux pénal des affaires, trop souvent décalé par rapport au temps économique. D'un point de vue qualitatif également, elle permet, par une meilleure connaissance du monde de l'entreprise et du droit économique, de cibler la répression et de limiter les ordonnances de non-lieu et les jugements de relaxe. La formation des acteurs est donc un gage de qualité et d'efficacité. Elle nécessite à l'évidence à l'instar de nombreux pays européens un effort budgétaire significatif.

En outre, beaucoup d'acteurs économiques ont mis en avant la difficulté de communiquer avec le monde judiciaire du fait de la méconnaissance mutuelle des mondes respectifs des chefs d'entreprise et des magistrats. Cette amélioration de la formation doit donc être l'occasion de favoriser un dialogue, essentiel pour renforcer à la fois la confiance des chefs d'entreprise dans la justice, mais également une meilleure perception des magistrats de la matière économique.

> Mieux former les magistrats à la matière financière et au monde de l'entreprise

Actuellement, la plupart des magistrats n'ont pas de formation particulière pour exercer des fonctions juridictionnelles dans le domaine économique. Leur formation se fait le plus souvent au fur et à mesure des dossiers, et c'est l'ancienneté dans le service qui constitue la plupart du temps leur meilleure formation et leur légitimité dans la matière économique. Il n'existe ainsi pas de stages en entreprise, ni de formation particulière, hormis quelques jours de formation continue facultatifs, avant la prise d'un poste dans le domaine économique et financier. A l'inverse, d'autres administrations ont mis en place de véritables processus de spécialisation depuis quelques années. C'est le cas de la gendarmerie nationale, qui investit de manière importante dans la formation, en faisant dispenser à ses officiers de police judiciaire des cours en master dans le domaine financier.

La mise en place de formations d'une durée plus longue, en comptabilité ou en analyse financière, en partenariat avec des écoles ou des institutions spécialisées pourrait être envisagée.

Ce mouvement de spécialisation est d'ailleurs commun aux Etats européens, sur lesquels nous sommes en retrait sur ce point. Ainsi, aux Pays-Bas, le ministère public dispose d'un parquet spécialisé à compétence nationale pour les affaires économiques et financières, composé de cinquante procureurs spécialisés et deux cent cinquante collaborateurs. Les juridictions de jugement sont également différentes des juridictions de droit commun. En Espagne, une division spécialisée du parquet de Madrid a également une compétence nationale pour certaines infractions économiques ou lorsque l'affaire présente une grande complexité. En Allemagne, des procureurs bénéficient de formations spécifiques dans le domaine comptable et économique. Au Royaume-Uni, enfin, le service des poursuites de la Couronne (*Office of Public Prosecution*) dispose d'une branche indépendante et spécialisée, le bureau des fraudes graves (*Serious Fraud Office*).

Une plus grande spécialisation des acteurs du monde judiciaire français est donc souhaitable. Elle ne doit toutefois pas être un obstacle à la carrière des magistrats et doit donc être valorisée. C'est une gestion des carrières par profil, souhaitée d'ailleurs non seulement dans la matière financière mais dans d'autres domaines qui est nécessaire. Ainsi, les contentieux de la propriété intellectuelle ou de l'environnement font également l'objet de demandes de meilleure prise en compte de la technicité des matières et donc de besoin de spécialisation.

Mieux former les magistrats à la matière financière et au monde de l'entreprise implique en réalité une rupture avec la gestion de la carrière actuelle des magistrats. Il faut changer les mentalités et mettre en place une véritable gestion des ressources humaines, qui ne s'appuie plus uniquement sur l'ancienneté dans le grade mais aussi sur les compétences dans une matière spécifique et sur la formation dans ce domaine. Si de nombreux rapports ont plaidé pour cette spécialisation, il devient urgent que cette dernière devienne une réalité, à travers une meilleure utilisation des compétences des magistrats.

> *Poursuivre la spécialisation des juridictions*

Pour être effective et se justifier dans une perspective de gestion des carrières, une meilleure formation des magistrats doit s'appuyer sur une véritable politique de filières, donc sur des juridictions spécialisées. En effet, spécialiser des magistrats pour qu'ils n'exercent pas à plein temps dans la matière économique ne présenterait pas beaucoup de rentabilité. En outre, cette spécialisation doit être réalisée en coordination avec les services d'enquêtes, notamment en ce qui concerne le nombre d'enquêteurs spécialisés, trop peu nombreux par rapport au contentieux. Nombre d'enquêtes sont en effet très longues, du fait du temps de réponse aux réquisitions, mais également du manque d'enquêteurs.

Si une spécialisation existe depuis 1975 s'agissant de la délinquance financière complexe, et depuis 2004 pour les affaires financières d'une très grande complexité, il convient de poursuivre cet effort par un renforcement et une clarification des pôles. La réforme de la carte judiciaire et la spécialisation de certains contentieux devraient être l'occasion de poursuivre ce mouvement. Si la question de l'échelon adapté est essentielle, il ne semble pas, pour que ces pôles soient efficaces, que le niveau de la Cour d'appel permette une spécialisation suffisante. Le niveau inter-régional, sur le modèle des JIRS, apparaît à plusieurs acteurs de terrain comme étant plus adapté.

Cette spécialisation doit également être mise en place pour toute la chaîne pénale, donc du parquet, initiateur de l'enquête jusqu'à la juridiction de jugement, y compris en renforçant le recrutement et le nombre des assistants spécialisés. Ces derniers sont essentiels afin d'assurer une perception optimale de la réalité économique, et pour décharger le magistrat d'une partie des tâches d'analyse des dossiers. Le statut de ces assistants spécialisés doit par ailleurs être amélioré, pour éviter que nombre d'entre eux, venant notamment du ministère de l'Economie et des Finances, ne perdent leurs avantages statutaires en travaillant en détachement au ministère de la Justice. C'est l'attractivité des postes qu'il faut valoriser.

En définitive, c'est probablement à la fois en nombre et en formation et en qualification de ses acteurs que la justice financière doit être améliorée. Il faut d'une part donner aux magistrats des équipes plus importantes, le couple juge d'instruction - greffier n'étant plus suffisant pour traiter des affaires les plus complexes, et d'autre part ouvrir le monde de l'entreprise aux acteurs judiciaires. C'est la confiance des entreprises dans le système judiciaire qui est ici en jeu.

Section 2 : Promouvoir l'attractivité de la justice civile pour la régulation économique

La justice civile est souvent présentée comme moins efficace que la justice pénale. En effet, le recours au juge pénal est souvent privilégié car ce dernier constitue lui-même le dossier, sans que les parties aient à fournir la totalité des pièces. En outre, certaines raisons poussant les plaideurs à saisir le juge pénal pourront difficilement être combattues, tant elles dépassent le seul intérêt patrimonial. C'est le cas du besoin de punir dans une enceinte solennelle et de la recherche de publicité.

Cependant, la justice civile a des atouts qu'il convient de rappeler. Elle est entre les mains des parties, qui peuvent donc à tout moment transiger, ce qui n'est pas possible devant le juge pénal. De plus, le référé *in futurum* comme les pouvoirs actuels du juge de la mise en état sont des armes procédurales très efficaces pour obtenir les pièces nécessaires à la réussite de l'action. Ainsi, il peut inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu et à fournir les explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige. Il peut également inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence est nécessaire à la solution du litige, et il déclare l'instruction close.

Les pouvoirs du juge civil ont par ailleurs été complétés par une plus grande autonomie en matière juridique, la loi du 3 janvier 2008 prévoyant que le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du code de la consommation dans les litiges nés de son application.

C'est donc moins l'absence de « juge d'instruction civil » que d'autres raisons qui limitent

l'attractivité de la justice civile, le juge de la mise en état permettant déjà aux parties d'obtenir la plupart des pièces nécessaires. C'est en fait essentiellement la différence de coût entre une action civile, souvent chère pour les parties, et une action pénale, peu onéreuse, qui pousse les parties à agir au pénal.

Plusieurs pistes peuvent cependant être mises en avant pour renforcer l'attractivité économique de la justice civile. La première, surtout destinée aux entreprises, concerne les frais de justice d'une manière générale (1). La seconde, surtout destinée aux consommateurs, concerne la mutualisation des coûts de procédures pour des actions spécifiques qu'il serait utile de mettre en place : les actions de groupe (2).

1) Les frais de justice civile

Le coût du procès civil est souvent avancé comme un des arguments en faveur de la voie pénale par les acteurs économiques. En effet, en matière pénale, la recherche des preuves est confiée au ministère public ou au magistrat instructeur : les frais pour les parties sont donc limités aux honoraires d'avocat. De plus, ces derniers sont moins importants au pénal que devant le juge civil car le travail du conseil est moindre, n'ayant pas à rassembler lui même toutes les preuves mais s'appuyant sur les pièces rassemblées lors de l'enquête pénale.

En outre, le remboursement des frais exposés par les parties est bien souvent en décalage avec les frais réellement dépensés. Des raisons culturelles expliquent cette faiblesse des montants alloués au titre de l'article 700 du code de procédure civile. S'agissant des avocats, tout d'abord, ces derniers ne souhaitent pas que les juges deviennent les contrôleurs de leurs honoraires. Ils ne souhaitent pas de contrôle juridictionnel des honoraires, c'est à dire que l'évaluation de leur travail soit dans la cause. S'agissant des juges ensuite, ces **derniers (et non :deniers)** peuvent hésiter à condamner sur le fondement de l'article 700 s'ils ont eux-mêmes hésité sur la solution à donner au litige. L'incertitude constitue alors un frein au remboursement.

Promouvoir la justice civile implique donc au premier chef de la rendre économiquement plus attractive pour les parties. Cette promotion est de nature à permettre non pas une désincrimination de certaines qualifications pénales, mais de favoriser le recours volontaire à la voie civile, lorsqu'une faute au sens du droit commun de la responsabilité extra-contractuelle est elle-même constitutive d'une infraction pénale. C'est donc une dépénalisation par incitation, incitation ici économique pour les parties, qui peut être mise en place. Cette incitation s'inscrit d'ailleurs dans un mouvement plus général depuis plusieurs décennies de meilleur remboursement des frais de justice.

> *Poursuivre le mouvement d'amélioration du remboursement des frais de justice*

Les frais de justice civile sont divisés en deux grandes catégories: les dépens et les frais engagés pour les avocats. Les dépens, en premier lieu, regroupent selon l'article 695 du code de procédure civile :

- les droits, taxes et redevances perçues par les juridictions et l'administration fiscale ;
- les frais de traduction des actes nécessaires en application d'un engagement international de la France ou du règlement communautaire n°1206/2001 sur l'obtention de preuves civiles et

- commerciales ;
- les indemnités des témoins ;
- la rémunération des techniciens ;
- les débours tarifés ;
- les émoluments des officiers publics et ministériels.
- la rémunération des avocats si elle est réglementée.

L'article 700 du code de procédure civile, en second lieu, recouvre au principal les honoraires d'avocat, mais son champ a été étendu par la jurisprudence :

- aux frais de déplacement, de voyage ou de séjour des parties pour l'instance ;
- aux frais engagés pour obtenir certaines pièces ;
- aux honoraires versés à certains conseils divers (en brevet notamment) ou experts amiables.

C'est un décret du 5 décembre 1975 qui a créé la possibilité d'obtenir le remboursement des frais d'avocat au titre des « honoraires et autres frais », formule qui fut critiquée par les avocats et remplacée par la formule « sommes exposées par la partie et non comprises dans les dépens » dans un décret du 29 juillet 1976. Ces dispositions furent ensuite codifiées dans le nouveau code de procédure civile.

Toutefois, si ces textes permettaient au juge d'allouer une somme à la partie gagnante, il n'en posait pas le principe et n'en faisait qu'une faculté, à titre d'exception. C'est pourquoi la loi du 10 juillet 1991 puis le décret du 19 décembre 1991 ont à l'inverse posé le principe du remboursement des frais comme étant la normalité, et l'absence de remboursement l'exception. On passe d'un système où il était inéquitable de laisser à la partie gagnante la totalité des frais irrépétibles, à un système où la partie gagnante a un véritable droit au remboursement de ses frais irrépétibles, sauf si l'équité justifie une dérogation à ce principe.

Ainsi, l'évolution normative du droit des frais de justice civile depuis 1975 s'inscrit dans un mouvement vers une meilleure indemnisation, de plus en plus proche des frais réels de la partie gagnante : c'est ce mouvement qui pourrait être poursuivi en modifiant l'article 700 pour garantir une meilleure indemnisation de la partie gagnante.

> *Rembourser les parties en fonction des sommes réellement dépensées*

La réforme proposée consiste à prévoir une indemnisation correspondant aux frais réellement engagés par la partie gagnante. Il s'agit en fait d'éviter les montants en complet décalage avec la réalité des frais auxquels la partie a été exposée, dans le but de permettre une indemnisation totale et une meilleure rentabilité de la voie civile. La voie pénale ne doit pas avoir un intérêt économique pour la partie qui triomphe : la voie civile en deviendra d'autant plus attractive.

Il est ainsi envisagé, sans remettre en cause la possibilité pour le juge de prendre en compte l'équité ou la situation économique de la partie condamnée, de poser le principe du remboursement intégral des sommes exposées si celles-ci sont justifiées par les parties. En clair, il s'agit de poser le principe de la fixation du montant de l'article 700 à partir de la production des notes d'honoraires de l'avocat. Il s'agit donc de poser dans le code le principe du remboursement intégral des frais de justice.

Toutefois, il est évident qu'une telle réforme serait susceptible d'engendrer des abus, certains conseils n'hésitant pas à augmenter leur note d'honoraires en cas de succès très prévisible de

l'action. Afin d'éviter ce type de pratiques abusives, il pourrait être prévu une disposition permettant à la partie qui succombe de saisir le bâtonnier, dans l'hypothèse où elle estime que le montant de la note d'honoraires lui semble manifestement abusif par rapport aux usages dans ce type de litiges. Cette saisine devrait se faire en parallèle de l'instance en cours, pour que ce litige soit tranché avant la fin de la mise en état. Le bâtonnier statuerait ainsi à bref délai, avant la mise en délibéré, et pourrait « libérer » en quelque sorte le juge de son obligation de fixer les dommages-intérêts en fonction de la note d'honoraires de l'avocat.

Une telle réforme poserait le principe du calcul des frais irrépétibles aux frais réels déboursés par la partie qui gagne l'instance. Si certains conseils décident de ne pas produire leur note d'honoraires, ils assumeront dans ce cas leur décision par un remboursement probablement nettement moins important que leurs frais réels, comme en témoigne la situation actuelle.

2) L'action de groupe

Dépénaliser le droit de la consommation est un exercice complexe car contraire au mouvement général de renforcement du droit des victimes, qui a guidé le législateur depuis plusieurs années dans un certain nombre de textes, en procédure pénale notamment. Il paraît ainsi difficile de dépénaliser des infractions susceptibles de créer des préjudices individuels si une autre voie d'action n'est pas proposée aux victimes en alternative à la procédure pénale. Une action civile de substitution est donc nécessaire pour assurer aux consommateurs la protection la plus effective. L'action de groupe est en ce domaine la piste qu'il convient d'exploiter, afin de contrebalancer la limitation des constitutions de parties civiles. Ces deux mesures sont en fait liées, l'action de groupe ayant vocation à permettre une nouvelle voie d'accès à la justice à la place de certaines plaintes avec constitution de partie civile.

L'action de groupe est un modèle d'action en justice qui permet à une association, avec ou sans mandat, d'exercer une demande en justice au nom d'un groupe de personnes ayant subi, du fait d'un même acteur économique, des préjudices similaires. Cette action aboutit au prononcé d'une décision ayant autorité de la chose jugée à l'égard de l'ensemble des membres du groupe et du professionnel concerné.

> Positionner la mise en place d'une action de groupe comme corollaire à la dépénalisation

Cette action de groupe est une des conditions de l'attractivité et de l'effectivité de la voie civile comme mode de substitution à la voie pénale en droit de la consommation. En effet, les litiges auxquels sont confrontés les consommateurs concernent le plus souvent des montants peu importants, ce qui pose un problème de rentabilité de l'action en justice. Pour que des mécanismes de substitution à la voie pénale soient efficaces, le demandeur doit avoir un intérêt économique à l'action, et cette dernière doit lui être économiquement accessible.

Ainsi, les frais de justice, incluant les frais d'avocat, ne doivent pas être rédhibitoires, notamment pour les justiciables qui n'ont pas le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Le demandeur doit pouvoir agir sans que des frais trop importants l'en dissuadent. C'est véritablement le principe de l'accès au juge, consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, qui est en jeu. L'action de groupe, en mutualisant les frais de procédure, permet mécaniquement une réduction des coûts, de nature à permettre aux consommateurs d'engager une action qu'ils n'auraient pas pu

engager individuellement. Elle permet donc de compenser la gratuité de la procédure pénale par une baisse du coût de la procédure civile pour chacune des parties.

Par ailleurs, les frais de justice ne doivent pas être disproportionnés par rapport au montant du préjudice, donc par rapport à l'enjeu du litige. En effet, dans une telle hypothèse, même si le demandeur gagne son procès, ce dernier est forcément économiquement perdant, car dans une situation économique moins intéressante que s'il n'avait pas engagé d'action. L'action de groupe, en réduisant les frais de procédure, et en faisant intervenir un tiers qui prendra en charge en pratique une partie importante des coûts, rend l'action rentable pour le consommateur. En effet, l'association de consommateurs qui pilotera l'action prendra vraisemblablement en charge certains frais de procédure, le surplus étant mutualisé entre tous les consommateurs qui participent à l'action.

L'action de groupe est donc bien ici un mécanisme qui est la contrepartie de la dépénalisation et qui doit permettre une dépénalisation effective. D'une part, elle permet de compenser la désincrimination de certains comportements en maintenant un équilibre dans les relations entre consommateurs et professionnels. D'autre part, et à défaut d'une désincrimination dans les textes, elle permet une dépénalisation par la pratique, en renforçant l'attractivité de la voie civile pour les parties qui auraient le choix entre la voie civile et la voie pénale.

Par ailleurs, certains ont souligné que la mise en place d'une action de groupe risquait d'augmenter le contentieux et donc d'augmenter les dépenses publiques. Cependant, d'autres ont mis en avant le fait qu'elle permettait d'éviter une prise en charge plus onéreuse des coûts par l'Etat des frais de procédure pénale qui auraient été engagés. En réalité, on peut raisonnablement penser que ces deux mouvements se conjugueront et feront une opération neutre pour l'Etat d'un point de vue financier.

> *Tenir compte des exemples étrangers et s'inspirer des projets français successifs*

L'introduction d'une action de groupe en droit français n'est pas une proposition totalement nouvelle. La loi du 18 janvier 1992 a ainsi créé l'action en représentation conjointe, qui permettait une forme de représentation des consommateurs par les associations⁴⁹. Mais cette procédure n'a été que très peu utilisée, cinq tentatives seulement ayant eu lieu depuis sa création. Cet échec est souvent expliqué par le fait que cette action prévoit un mandat entre le consommateur et l'association qui agit, ce qui implique un risque de mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle de l'association en cas d'échec de l'action. Il est donc nécessaire de rendre une telle action plus accessible.

Plusieurs pays américains et européens ont déjà mis en place une action de groupe. Au delà du modèle américain, très critiqué, le cas du Québec est intéressant en ce qu'il montre certaines dispositions qui sont rejetées par les professionnels. Ce recours collectif est une voie procédurale qu'une personne physique peut utiliser devant la Cour supérieure afin de faire valoir un droit qui lui est propre, mais également les droits des membres d'un groupe qui lui sont identiques, similaires ou

⁴⁹ Art L 422-1 du code de la consommation: « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs.
Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur. »

connexes. La personne qui désire exercer un recours collectif doit obtenir l'autorisation préalable du tribunal et obtenir le statut de représentant pour les membres du groupe.

Elle doit démontrer que les recours des membres du groupe soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes. La particularité du recours collectif en droit québécois réside dans le fait que les membres du groupe n'ont pas à s'inscrire pour bénéficier éventuellement des effets du jugement. Toutefois un membre peut s'exclure du groupe et ne sera alors lié d'aucune façon par le jugement sur la demande formulée par le représentant. C'est donc un système *d'opt out*.

Une fois l'autorisation obtenue, un juge est spécialement désigné pour entendre le recours collectif. Le représentant forme sa demande selon les règles d'une action ordinaire et il doit le faire dans les trois mois de l'autorisation. Le jugement final qui condamne à des dommages intérêts ou au remboursement d'une somme d'argent, ordonne que les réclamations des membres du groupe soient recouvrées collectivement ou fassent l'objet de réclamations individuelles.

L'Allemagne a également mis en place une forme d'action de groupe, en instaurant des « procédures modèles dans les litiges de droit financier », entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2005. Elles ont pour vocation de faciliter la réparation des préjudices subis collectivement par les investisseurs. Le législateur a fixé une période expérimentale de cinq années et a limité le domaine de compétence aux demandes en réparation d'un préjudice consécutif à la diffusion d'une information fautive ou trompeuse, ou à la dissimulation d'une information pertinente au marché. Cette action n'est pas strictement une action collective mais elle en est proche. Son objet est de faire trancher par une décision unique les questions dont dépend l'issue d'un grand nombre de litiges présentant entre eux un lien de connexité.

Techniquement, le demandeur ou le défendeur, à une instance qui révèle l'existence d'un préjudice collectif, peut demander la mise en œuvre de la procédure modèle. En cas d'admission par le tribunal, l'action est publiée sur un registre spécial accessible via internet. Si dans les quatre mois qui suivent cette publication, au moins neuf autres demandes similaires sont déposées, le Tribunal saisit la cour d'appel qui met en œuvre la procédure collective. La cour désigne un demandeur modèle et les autres demandeurs deviennent des intervenants forcés. Le litige reprend son cours devant le tribunal qui statue au fond. La doctrine allemande était mitigée lors de l'introduction de cette loi, tout en lui reconnaissant le mérite de poser les fondements vers une future action de classe.

Un autre exemple peut être donné avec la Suède, qui a introduit dans sa législation une action de groupe, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003.

La loi du 30 mai 2002 définit l'action de groupe comme une action menée par une personne ou un groupement agissant sans mandat particulier, pour le compte d'un groupe donné. Les membres du groupe ne sont pas parties à l'action, mais le jugement produit ses effets à l'égard de l'ensemble des membres de ce groupe. L'action de groupe peut être introduite par une *personne physique ou une personne morale appartenant au groupe* et qui a donc subi le même préjudice que les autres membres du groupe, certaines associations ou une autorité publique qui, au regard du type de préjudice invoqué, est compétente pour représenter le groupe.

Le groupe se constitue selon le modèle de l'*opt-in*. Il est donc nécessaire à chaque demandeur d'informer par écrit la juridiction concernée de sa volonté d'être membre du groupe.

L'action de groupe ne peut être admise que lorsque l'action ne peut être efficacement mise en œuvre par une autre voie. Aucune procédure de certification n'est prévue. Pour être recevables,

les recours des membres doivent soulever des questions de droit ou de fait identiques ou similaires. Par ailleurs, la représentativité du demandeur par rapport au reste du groupe doit être établie. Tout accord conclu par le représentant du groupe avec les défendeurs doit être soumis à l'approbation du juge pour être opposable aux membres du groupe.

La partie ayant succombé à l'instance doit supporter les frais de justice exposés par l'autre partie. Cette règle suppose donc que le représentant du groupe est susceptible de supporter les frais de justice exposés par la partie adverse en cas d'échec de l'action.

Ces exemples étrangers montrent que la mise en place d'une régulation des relations économiques par la justice civile est un mouvement naissant en Europe et déjà bien établi en Amérique du nord. La France n'est d'ailleurs pas étrangère à ce mouvement, plusieurs acteurs politiques ou commissions ayant depuis deux ans proposé l'introduction en droit français d'une action de groupe.

Ainsi, le projet de loi en faveur des consommateurs déposé le 8 novembre 2006 à l'Assemblée Nationale prévoyait une action de ce type. Son champ était limité aux litiges de consommation et à la réparation du préjudice matériel. Dans une première phase, le juge statuait sur le principe de la responsabilité du professionnel. L'action devait être introduite par une association de consommateurs représentative et agréée, avec le concours d'un avocat. La prescription était interrompue pour les consommateurs victimes. En cas de jugement déclarant la responsabilité, il était diffusé aux frais du professionnel une information sur le jugement avec indication du délai pendant lequel il pouvait être demandé réparation. Puis, dans une deuxième phase, il était procédé à l'indemnisation des consommateurs. La demande était adressée au professionnel. Le consommateur pouvait saisir la juridiction en cas de refus ou d'absence d'offre d'indemnité. Le juge pouvait condamner le professionnel à verser une somme allant jusqu'à 50 % de l'indemnité, à titre de pénalité.

La Commission pour la libération de la croissance française dite « commission Attali » propose quant à elle de réserver l'introduction des actions de groupe à des associations de consommateurs agréées à cette fin pour une période déterminée par le ministre de l'Economie et des Finances et de prévoir, en cas de procédure abusive, l'indemnisation par les demandeurs des dommages subis par la défense. Elle préconise de désigner de manière limitative les juridictions compétentes pour traiter ces contentieux. Par ailleurs, elle plaide pour le principe selon lequel seuls les consommateurs ayant choisi d'adhérer à l'action de groupe pourront y participer (système « d'opt-in »). Enfin, elle souhaite s'assurer que toute transaction soit homologuée après examen par le tribunal compétent.

D'autres acteurs politiques sont également en faveur de l'instauration d'une action de groupe: c'est le cas du secrétaire d'état à la consommation et de certains parlementaires, qui ont préparé des projets de texte. En définitive, derrière cette grande majorité en faveur de la mise en place de l'action de groupe, la problématique centrale est de savoir comment elle peut être encadrée, afin d'éviter les dérives de certains modèles étrangers, sans pour autant empêcher qu'elle devienne un mode de régulation substitutif à la justice pénale.

> *Encadrer l'action de groupe pour éviter une instrumentalisation à des fins étrangères à l'indemnisation d'un préjudice collectif*

Si un nombre important de personnes entendues s'est montré favorable à l'introduction d'une

action de groupe ou action collective en droit français, une grande majorité a insisté sur le besoin d'encadrer une telle procédure par des garanties quant à la recevabilité des actions intentées. Il convient en effet de se prémunir contre une évolution possible vers le régime des *class actions* américaines qui contribuent à développer l'hyper juridictionnalisation des rapports économiques. En effet, ce système amène des avocats spécialisés à mettre en péril la santé de certains secteurs économiques, en instaurant un système de chantage qui amène les entreprises à payer une indemnisation plutôt que de subir un procès médiatique dégradant leur image.

Pour éviter ces dérives, outre l'encadrement de l'action, il est préférable de ne pas importer les institutions qui amènent à produire ces dérives : d'une part les dommages-intérêts punitifs⁵⁰, qui risquent de créer une confusion entre réparation et sanction, et d'autre part la procédure de *discovery*⁵¹, dont l'utilisation abusive conduit à une instrumentalisation à des fins de déstabilisation d'une entreprise ou d'espionnage d'un concurrent. En deuxième lieu, il est nécessaire de veiller à l'articulation des actions de groupe avec la voie pénale, afin d'éviter la possibilité d'un cumul entre les deux procédures. Il convient de ne pas reprendre en troisième lieu les dérives américaines en matière d'honoraires d'avocat. Ces dérives proviennent en partie des règles de déontologie des avocats, qui d'une part acceptent le pacte de *quota litis*, d'autre part ne limitent pas le montant des honoraires, et permettent leur fixation sur la base des dommages-intérêts perçus par le client, ce qui encourage certains conseils à engager de véritables croisades pour obtenir les indemnités les plus élevées. Enfin, ces règles de déontologie autorisent le démarchage, ce qui permet aux avocats de faire de la publicité pour constituer le groupe. Ces deux mécanismes ne sont pas possibles en droit français.

L'encadrement de l'action de groupe doit également porter sur son champ. Il convient ainsi de limiter son application aux domaines pour lesquels elle est économiquement justifiée, c'est à dire aux litiges pour lesquels les justiciables n'auraient pas d'intérêt économique à agir. C'est donc au droit de la consommation qu'il convient de limiter cette action.

L'opportunité d'une action de groupe dans d'autres branches du droit a pu être discutée, mais n'a pas été retenue en l'état. Ainsi, en droit des sociétés, elle se heurte à la définition du préjudice de l'actionnaire, au delà de la baisse de l'action. En outre, elle n'a pas la même justification économique, l'actionnaire prenant par définition un risque en achetant des actions cotées, alors que le consommateur est en droit d'attendre une prestation conforme à un contrat.

Enfin, à la différence de l'action en représentation conjointe, possible devant toutes les juridictions, il y a lieu de limiter l'action de groupe aux actions devant le juge civil, à l'exclusion de la voie pénale, sans quoi cette dernière ne répondrait bien évidemment pas à l'objectif de dépénalisation⁵².

⁵⁰ Les dommages intérêts punitifs permettent au juge d'aller au delà de la réparation du préjudice et de sanctionner un comportement fautif, procédure connue du droit anglo-saxon.

⁵¹ La procédure de *discovery*, connue du droit anglo-saxon, consiste à demander au juge la production forcée de tous documents, sans examen de l'utilité de ces pièces pour la procédure au fond.

⁵² L'article L 422-2 du code de la consommation dispose que l'action en représentation conjointe est recevable devant les juridictions pénales: « Tout consommateur ayant donné son accord, dans les conditions prévues à l'article L. 422-1, à l'exercice d'une action devant une juridiction pénale est considéré en ce cas comme exerçant les droits reconnus à la partie civile en application du code de procédure pénale. Toutefois, les significations et notifications qui concernent le consommateur sont adressées à l'association. »

> *Assurer l'action de groupe dans son rôle de régulateur des relations économiques alternatif à la voie pénale*

S'il est essentiel d'encadrer l'action, il convient de s'assurer de l'effectivité du système mis en place. Ainsi, certains intervenants ont souligné le besoin d'un plafond s'agissant du préjudice qui pouvait être réparé dans le cadre d'une action de groupe. Le projet de loi Breton prévoyait ainsi un montant maximum de dommages-intérêts de 2.000 euros par personne agissant dans le cadre de l'action de groupe. Sans remettre en cause ce besoin de limitation, dans la mesure où l'argument de la mutualisation des coûts n'a plus de sens lorsque le préjudice réclamé rend l'action rentable en dehors de toute action collective, il semble que la mise en place d'un seuil pose un certain nombre de difficultés.

En effet, un tel seuil serait difficile à fixer. Un montant de 200 euros a par exemple été avancé, mais il pourrait être perçu comme un mécanisme visant à empêcher la mise en place d'action de groupe, et donc rendre l'action inutile. Un tel montant risque de provoquer des effets de seuils, certaines entreprises prévoyant dans leur stratégie économique de créer des préjudices supérieurs aux seuils pour ne pas être indemnisables par le biais d'une action de groupe. Par conséquent, si le groupe de travail estime que la mise en place d'un seuil à la discrétion du juge serait utile, il considère qu'il est difficile de fixer ce montant dans les textes.

La fixation du nombre minimum de consommateurs regroupés dans l'action a également été débattue, comme condition de sa recevabilité. A nouveau, s'il paraît cohérent de confier au juge un contrôle juridictionnel de la réalité du groupe, afin d'écarter les coalitions de quelques particuliers, il paraît difficile de fixer un nombre minimum, au risque de donner une impression de trop grande limitation de l'action. En outre, ce nombre minimum est difficile à apprécier *in abstracto*, les situations économiques étant différentes selon qu'un acteur économique a causé un préjudice à un nombre modéré de consommateurs ou à plusieurs millions.

Enfin, il a également été proposé de réglementer la communication des associations de consommateurs pendant l'action de groupe, et notamment l'appel à participer à l'action en justice. Sans remettre en cause la nécessité d'une certaine prudence, pour éviter que les entreprises ne soient obligées de transiger en amont uniquement pour éviter une mauvaise publicité, il paraît difficile d'établir une régulation spécifique, tant les modes de communication peuvent être indirects. En outre, c'est la sanction de l'irrespect de ces règles qui est difficile à mettre en place ; en l'absence de déchéance de l'action, il paraît nécessaire d'instituer un dispositif de sanction, probablement pénal, ce qui serait pour le moins paradoxal pour un groupe de travail chargé de proposer des pistes de dépénalisation.

> *Mettre en place un système équilibré*

Le groupe de travail estime que la mise en place d'une action de groupe pourrait s'articuler en huit points :

1. Réserver l'action de groupe à une association agréée et confier au juge le contrôle préalable de la recevabilité de l'action. Il s'agit de limiter les demandeurs potentiels afin d'éviter les risques d'instrumentalisation de l'action à des fins autres que l'indemnisation des victimes. L'agrément a

donc vocation à garantir le sérieux et la compétence des associations qui auront la responsabilité de l'action de groupe. La procédure d'agrément pourrait être spécifique pour ce genre d'action, compte tenu de sa particularité. Il serait ainsi possible d'imaginer un agrément conjoint du ministère de l'Economie et des Finances, et du ministère de la Justice, compte tenu du caractère juridictionnel des actions permises par cette décision d'agrément.

2. Désigner de manière limitative les juridictions compétentes pour traiter le contentieux. Compte tenu de la spécificité de la nouvelle procédure et de l'importance du contentieux qu'elle risque de provoquer, il est nécessaire de prévoir une spécialisation des juridictions, afin d'une part que les magistrats soient formés à ce type de procédure, et d'autre part qu'ils disposent des moyens nécessaires, en terme de greffe notamment, compte tenu du nombre de parties et de la multiplicité des courriers qui en découlera. Un échelon régional ou inter-régional pourrait être envisagé.

3. Enoncer le principe selon lequel seuls les consommateurs participant à l'action de groupe peuvent adhérer. Une action de groupe peut être organisée selon deux principes, appelés couramment *opt in* et *opt out*. Selon la première conception, participent à l'action de groupe tous les consommateurs qui ont choisi d'engager une procédure. Selon la seconde, tous les consommateurs situés dans une même situation sont présumés inclus dans l'action, sauf décision contraire.

D'un point de vue constitutionnel, il faut préciser au préalable que le modèle de l'*opt out*, qui est celui en place aux Etats-Unis, risque de poser un certain nombre de difficultés. En effet, dans sa décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel a considéré que des organisations syndicales pouvaient introduire pour le compte de salariés une action collective à la condition que celui pour le compte duquel est exercée l'action en justice ait été mis à même de « donner son assentiment en pleine connaissance de cause, qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ». Le modèle de l'*opt out* créant une présomption de participation, sa constitutionnalité est incertaine.

En tout état de cause, l'*opt in* apparaît de loin préférable, dans la mesure où il donne à l'entreprise défenderesse une plus grande visibilité sur le contentieux, et donc une plus grande prévisibilité quant aux dommages éventuels qui pourraient en résulter pour elle. L'*opt in* peut être un moyen de favoriser la transaction dans des conditions d'appréciation réaliste de part et d'autre.

4. La décision sur la responsabilité. Le juge statuerait d'abord sur la responsabilité du professionnel, et ordonnerait la publication du jugement déclaratoire, selon les modalités qu'il détermine. Il fixerait ensuite un délai durant lequel tout consommateur peut formuler une demande d'indemnisation auprès du professionnel.

5. La demande d'indemnisation. En cas de refus d'indemnisation, ou d'absence de réponse du professionnel, le consommateur pourra adresser une demande d'indemnisation à la juridiction, qui aura la possibilité en sus de condamner le professionnel au paiement d'une astreinte. Il s'agit ici de donner aux juges les instruments juridiques lui permettant de s'assurer de l'effectivité de sa décision.

6. Les procédures abusives. Il faut prévoir, en cas de procédure abusive, le remboursement par le demandeur des dommages subis par les défendeurs. Il s'agit ici de rappeler au demandeur qu'il ne saurait agir sans risques. Une telle mesure a pour but d'encadrer la procédure et d'éviter une multiplication des actions de groupes manifestement abusives, dans le seul but de déstabilisation des entreprises.

7. S'assurer que toute transaction soit homologuée après examen par le tribunal compétent. Il s'agit ici de prévoir que toute transaction entre le professionnel concerné et l'une des parties doit être homologuée par le juge. Il s'agit en fait d'éviter que le représentant ne puisse obtenir des avantages personnels au détriment des intérêts du groupe. Que ce soit aux Etats-Unis ou au Québec, cette homologation juridictionnelle est également obligatoire.

8. Fermer la voie pénale jusqu'à l'extinction de l'action civile, hormis le cas où l'action publique serait mise en oeuvre par le parquet. Il s'agit ici d'affirmer clairement le principe *electa una via*, garant de l'articulation des voies civiles et pénales. Ce mécanisme de choix exclusif a vocation à rappeler que la mise en place de l'action de groupe constitue bien à la fois une contrepartie à la désincrimination de certaines infractions pénales, mais également une alternative à la voie pénale.

Ainsi, en permettant une mutualisation des moyens, l'action de groupe est un outil efficace pour permettre une dépenalisation effective de certaines infractions, et pour développer l'efficacité des réponses. Elle doit ainsi s'inscrire pleinement dans un mouvement croisé consistant à limiter les plaintes dans le champ pénal, tout en ouvrant davantage la voie civile. Mais cette efficacité de la justice civile doit également être recherchée à travers une meilleure appréhension du temps pénal par le juge.

Section 3 : Repenser le régime de la prescription des délits

1) L'absence de sécurité juridique de la situation actuelle

Une des critiques les plus fréquemment formulées au sujet des conditions de répression des infractions économiques et financières tient aux règles jurisprudentielles spécifiques en matière de prescription s'agissant des délits qualifiés d'occultes, qui ont amené certains à parler de l'abus de biens sociaux comme étant une infraction virtuellement imprescriptible.

Avec le souci, certes louable, d'appréhender des faits délictueux qui n'avaient pu être constatés dans le délai de trois ans du fait de la dissimulation des éléments matériels constitutifs de l'infraction (essentiellement la dissimulation des manoeuvres comptables), la jurisprudence a ainsi interprété de manière très extensive les articles 7 et suivants du code de procédure pénale⁵³, dès les

⁵³ . article 7 CPP : En matière de crime et sous réserve des dispositions de l'article 213-5 du code pénal, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite.

S'il en a été effectué dans cet intervalle, elle ne se prescrit qu'après dix années révolues à compter du dernier acte. Il en est ainsi même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte d'instruction ou de poursuite.

Le délai de prescription de l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code et le crime prévu par l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, est de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers.

Article 8 CPP : En matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois années révolues ; elle s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article précédent.

Le délai de prescription de l'action publique des délits mentionnés à l'article 706-47 et commis contre des mineurs est de dix ans ; celui des délits prévus par les articles 222-12, 222-30 et 227-26 du code pénal est de vingt ans ; ces délais ne commencent à courir qu'à partir de la majorité de la victime.

années 1930 pour l'abus de confiance⁵⁴ et en 1967 pour l'abus de biens sociaux⁵⁵, admettant que le point de départ de la prescription ne coure qu'à compter de la fin de la dissimulation, plus précisément à compter de la date à laquelle « *ces faits ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »⁵⁶.

Or, si la Cour de cassation ne revient pas sur la théorie de la dissimulation, force est de constater que la jurisprudence varie sur le moment où la dissimulation est réputée ne plus exister.

Certes, depuis un arrêt de la chambre criminelle du 5 mai 1997⁵⁷, « *la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises à la charge de la société* ».

Mais le point de savoir si le contrôle de la caractérisation de la dissimulation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond fait l'objet de décisions divergentes⁵⁸.

Cette dissimulation consistera le plus souvent en une manipulation des éléments comptables évitant que soient décelés lors de l'examen des comptes les abus de biens sociaux commis.

Cependant, dans certains cas, la considération de la date de présentation des comptes sociaux est écartée pour déterminer le point de départ de la prescription, notamment lorsque dans de petites sociétés, les associés n'attendent pas l'assemblée générale ordinaire pour s'informer des affaires sociales. Des conséquences variées ont été tirées de ce constat par la Cour de cassation.

Dans un premier arrêt⁵⁹, elle a considéré que la présentation des comptes sociaux n'avait pas fait courir la prescription, et ce malgré l'absence de dissimulation. Il s'agissait d'une société familiale qui versait un salaire fictif à l'un des salariés, salaire figurant dans les comptes, et dont tous les associés avaient connaissance. Les juges du fond ont considéré que la présentation des comptes n'avait pas fait courir la prescription au motif « qu'aucun des actionnaires connaissant l'usage abusif des biens sociaux n'avait intérêt à en faire la révélation à l'autorité judiciaire ou policière ». Cette interprétation s'inscrit dans la jurisprudence retenant que l'abus de biens sociaux préjudicie à la personne morale et non aux actionnaires ou associés.

Dans un second arrêt, un associé avait confié des chèques destinés à abonder le patrimoine social au gérant de la société, que ce dernier détournait sans faire mention de ces fonds dans les comptes sociaux. La Chambre criminelle considérait ici que le défaut de traduction en comptabilité révélait la possibilité du détournement et mettait ainsi la partie civile en mesure d'exercer l'action publique.

Enfin, cette jurisprudence relative à l'arrêté des comptes sociaux se cumule à celle repoussant le point de départ de la prescription des infractions continues ou à exécution successive à la fin de l'exécution des actes répréhensibles. Tel est le cas par exemple des emplois fictifs, qui commencent à se prescrire à la date de perception du dernier salaire indûment versé⁶⁰.

Comme on le voit, cette incertitude jurisprudentielle est source d'insécurité, toutes les

⁵⁴ . Cass. Crim. 13 janv. 1934, Gaz. Pal. 1934, 1, p.447

⁵⁵ . Cass. Crim. 7 déc. 1967, Bull. n° 321

⁵⁶ . Cass. Crim. 27 juil. 1993, n° 92-85.146

⁵⁷ . Cass. Crim., 5 mai 1997, Bull. n°159

⁵⁸ . Dans le sens d'un contrôle par la C.Cass., v. Cass. Crim. 14 et 28 juin 2006, contra. Cass. Crim 25 oct. 2006

⁵⁹ . Cass. Crim. 8 mars 2006

⁶⁰ . Crim. 28 mai 2003, 8 octobre 2003, 16 juin 2004

personnalités auditionnées ainsi que la majorité des membres du groupe de travail appelant à une nécessaire clarification.

L'intérêt d'une telle élasticité de ce délai est en outre relatif au regard de l'efficacité de la répression. En effet, la découverte, dix ans après les faits, d'une infraction économique et financière, pose de nombreuses difficultés, comme le soulignent les enquêteurs, en terme d'établissement de la preuve (disparition des pièces comptables, dont le délai légal de conservation est de dix ans) mais également en terme de sens de la répression, pour des procédures qui, après instruction, première instance puis appel, seront rendues, compte tenu notamment de la faiblesse des moyens alloués à la répression de la délinquance économique et financière, quinze ou vingt ans après les faits, la peine prononcée perdant une grande partie de son sens. Comme l'ont rappelé certains intervenants, il n'est ni pertinent, ni utile de juger après un tel délai.

Il convient donc de s'interroger plus avant sur la notion même de prescription et d'imaginer quelles pourraient être les réponses adaptées à cette situation insatisfaisante.

2) Vers un nouveau droit commun des prescriptions

Qu'est ce que la prescription ?

La prescription vise classiquement à un objectif principal qui est de favoriser l'oubli après un délai raisonnable, pour deux raisons principales:

- la sécurité juridique et le constat d'une diminution du trouble à l'ordre public;
- passé ce laps de temps, l'action publique perd de son efficacité, en raison du dépérissement des preuves.

Or, que constate-t-on ?

Les principes du code de procédure pénale sont détournés, souvent pour des délais longs, incertains, incompatibles avec toutes les facettes du temps, notamment le temps « économique », donc déraisonnables au sens de l'esprit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le système actuel est « intenable » selon certains intervenants, qui ont souligné le caractère artificiel et contra legem des notions de découverte et de dissimulation.

L'application prétorienne des règles de prescription, résultat aujourd'hui de la société d'émotion, heurte en droit pénal des affaires stricto sensu, comme en droit pénal général, les principes de proportionnalité, de lisibilité, de stabilité, source de sécurité juridique et de confiance dans la loi et les institutions.

Si la justice veut être à la hauteur de ses valeurs et de son propre concept, il lui faut trouver un principe global et modéré, qui consacre des délais plus longs, mais insusceptibles de variation au cas d'espèce.

Deux positions sont théoriquement possibles :

- apporter une réponse s'agissant uniquement des délits d'abus de biens sociaux et d'abus de confiance, en intégrant dans notre corpus législatif la jurisprudence sur la découverte et la dissimulation. Cette solution n'est pas privilégiée en Europe, et elle consacre l'inégalité des citoyens devant la loi ;
- proposer une réponse globale qui consiste à adopter un système objectif de référence à la pénalité encourue et qui affirme ainsi la supériorité de la norme du fait des aléas de la jurisprudence et consacrer l'égalité des citoyens devant la loi, sauf disposition contraire expresse de celle-ci.

De nombreux intervenants et membres du groupe de travail se sont prononcés en faveur de cette option, même si certains se sont interrogés sur l'opportunité d'une augmentation des délais de prescription. La conservation du concept de dissimulation est de plus, comme cela a été rappelé, source d'un contentieux insusceptible de se tarir.

Elle permettra en outre de revenir à une application adaptée de chaque incrimination au cas d'espèce. En effet, le délit d'abus de biens sociaux était par exemple utilisé pour réprimer des faits de corruption, faits qui étaient prescrits, la corruption ne bénéficiant pas du régime prétorien de report de la prescription.

La comparaison avec la durée de prescription des autres pays européens est éclairante, et montre que nos partenaires prévoient des délais de prescription plus longs, qui sont cependant impératifs.

En voici quelques exemples, outre la Suisse :

Pays-Bas

- Six ans pour les infractions punies de peines inférieures à trois ans d'emprisonnement ;
- Douze ans pour les infractions punies de peines comprises entre trois et dix ans d'emprisonnement ;
- Vingt ans pour les infractions punies de peines supérieures à dix ans d'emprisonnement.
- Imprescriptible pour les infractions punies de la réclusion criminelle à perpétuité.

Allemagne

- Trois ans pour les infractions punies de peines inférieures à un an d'emprisonnement ;
- Cinq ans pour les infractions punies de peines comprises entre un et cinq ans d'emprisonnement ;
- Dix ans pour les infractions punies de peines comprises entre cinq et dix ans d'emprisonnement ;
- Vingt ans pour les infractions punies de peines de plus de 10 ans ;
- Trente ans pour les infractions punies de la réclusion criminelle à vie.

Espagne

- Trois ans pour les infractions punies de peines inférieures à trois ans d'emprisonnement ;
- Cinq ans pour les infractions punies de peines comprises entre trois et cinq ans d'emprisonnement ;
- Dix ans pour les infractions punies de peines comprises entre cinq et dix ans d'emprisonnement ;
- Quinze ans pour les infractions punies de peines comprises entre dix et quinze ans d'emprisonnement ;
- Vingt ans pour les infractions punies de peines de plus de 15 ans d'emprisonnement.

Royaume-Uni

Il n'existe pas de prescription pénale. Néanmoins, certaines dispositions particulières prévues par les lois spéciales fixent des délais (ex : trois ans pour les infractions mineures en droit des sociétés commerciales).

3) Solution retenue

La sécurisation des règles de la prescription peut être obtenue en :

- fixant un point de départ de la prescription fixe, correspondant à la date des faits ;
- augmentant en contrepartie le délai de prescription, en fonction de la pénalité encourue ;
- maintenant les règles actuelles de suspension et d'interruption de la prescription ;
- appliquant à l'ensemble des infractions ces règles, rien ne justifiant un régime dérogatoire en matière économique et financière.

Une harmonisation avec les autres pays de l'Union apparaît en outre nécessaire, à l'heure où se généralise la pratique du mandat d'arrêt européen.

A été en revanche écartée l'idée d'un délai-butoir ; il peut être contourné par des disjonctions, il présente des risques du fait de la lourdeur de la coopération judiciaire internationale et plus généralement, l'institution judiciaire ne maîtrise pas la durée de la procédure (avec notamment le risque de demandes dilatoires). L'exemple de l'Italie, où nombre de procédures atteignent la prescription du fait de ces pratiques dilatoires et de la multiplicité des recours, est à cet égard instructif.

La proposition de fixer le point de départ de la prescription au jour de la commission des faits, sans modification possible du point de départ, avec des délais dans la norme des autres pays européens, pourrait donc être la suivante⁶¹ :

⁶¹ . Une proposition complémentaire extraite du rapport d'information de la Commission des lois du Sénat sur le régime des prescriptions civiles et pénales de juin 2007 (proposition n°7), a fait l'objet d'un débat, mais n'a finalement pas été retenue : elle prévoyait de fixer l'acquisition de la prescription au 31 décembre de l'année au cours de laquelle expirent les délais de prescription.

	<i>Situation actuelle</i>	<i>Proposition de réforme</i>
Crimes	10 ans	15 ans
Délits	3 ans	7 ans si délit puni d'une peine \geq à 3 ans d'emprisonnement
		5 ans si délit puni d'une peine $<$ à 3 ans d'emprisonnement
Contraventions	1 an	1 an (inchangé)

Les délais ici proposés paraissent répondre à la crainte de certains membres du groupe de voir fixer des délais de prescription trop longs qui rendraient ce mode d'extinction de l'action publique illusoire.

Cette réforme impliquerait une modification des articles 7 et suivants du code de procédure pénale, en précisant que le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où l'infraction a été commise, quelle que soit la date à laquelle elle a été constatée, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement. (cf annexe 2)

Enfin, cette nouvelle règle ne modifierait pas l'appréciation du jour de commission de l'infraction, notamment s'agissant des infractions continues où le point de départ est traditionnellement fixé au jour de la dernière remise.

* * *

Conclusion

La dépenalisation de la vie des affaires est une entreprise à facettes multiples, tant elle ne saurait être réduite à un catalogue de suppressions et de modifications des incriminations pénales. Dépenaliser la vie des affaires, c'est ainsi réduire non seulement l'espace pénal, mais également le risque anormal et le temps. C'est retrouver une cohérence, une plus grande sécurité juridique, une confiance des acteurs dans la norme et la capacité à l'appliquer par les acteurs et les opérateurs juridiques. Il s'agit pour cela de limiter l'instrumentalisation d'une justice pénale qui doit rester accessible à tous, de promouvoir une justice civile qui doit être rapide et efficace, en affirmant toujours le principe d'égalité des citoyens devant la loi comme le socle intangible sur lequel est bâti notre droit, donc notre contrat social.

Dépenaliser, c'est aussi amener les acteurs de la production du droit à toujours faire primer l'intelligence de la norme pénale sur la stratification conjoncturelle des textes répressifs, pour que le droit soit plus sûr pour les acteurs économiques. Cette soif de sécurité juridique, qui transparaît en filigrane chez toutes les personnes auditionnées par le groupe de travail, pourrait aussi se traduire par une clarification de l'organisation de la responsabilité dans l'entreprise. La notion de délégation de pouvoirs, théorie jurisprudentielle née il y a plus d'un siècle, est ainsi un outil qui pourrait être modernisé pour optimiser la gestion du risque pénal dans l'entreprise, sans pour autant désarmer les victimes.

La délégation de pouvoir est en effet le mécanisme par lequel un chef d'entreprise confie à un de ses salariés une partie de ses fonctions et les responsabilités subséquentes. Ainsi, le chef d'entreprise peut être exonéré de sa responsabilité pénale "s'il est expressément constaté qu'il a délégué la direction du chantier à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur"⁶².

En posant le principe du caractère relatif de la présomption de responsabilité qui pèse sur le chef d'entreprise, la jurisprudence a déjà ouvert la porte à une organisation de la responsabilité. Ce mouvement pourrait être poursuivi par le législateur, de manière à permettre à chaque acteur de l'entreprise de savoir quelles sont ses responsabilités, de préciser simplement « qui doit être responsable de quoi ». Il ne s'agit plus alors de dépenaliser, mais de mieux pénaliser. Il ne s'agit pas de déresponsabiliser, mais d'anticiper les responsabilités.

Une telle réforme dépasse toutefois le champ du droit des affaires, car elle concerne autant le droit des sociétés que le droit du travail ou le droit de l'environnement, sur lesquels beaucoup d'acteurs économiques ont appelé à débattre. Sans ouvrir la discussion sur ces branches du droit qui posent des questions sans doute à la fois communes mais également autonomes par rapport au droit des affaires, une solidification de la jurisprudence sur la délégation ne pourrait que renforcer la clarté du droit, et donc sa lisibilité pour les acteurs économiques. Ces deux branches du droit méritent à l'évidence une réflexion appropriée.

Mais au delà, c'est d'une manière plus générale toujours vers un droit commun, cohérent et harmonisé qu'il faut tendre, en France et en Europe. Il faut garantir la prévisibilité, l'accessibilité et la clarté de la norme pénale. C'est en fait le principe de légalité qu'il faut retrouver, tel qu'il est défini par la Cour européenne des droits de l'Homme⁶³. Plus que jamais, nous devons suivre ces

⁶² Cass Crim, 24 janvier 1902, Bull n°37.

⁶³ CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*.

principes, dégagés par une institution qui, jour après jour, montre qu'elle est plus qu'une cour suprême, mais un véritable « *guide moral pour l'Europe*⁶⁴ ».

⁶⁴ Jean-Paul Costa, colloque, cour administrative d'appel de Paris, « la Cour européenne des droits de l'homme, future cour suprême européenne ? », 18 décembre 2007, Gazette du Palais, 13/15 janvier 2008, page 22.

30 PROPOSITIONS

Suppression et modification d'infractions pénales :

- 1) supprimer les infractions tombées en désuétude, obsolètes, ou pour lesquelles un dispositif civil efficace est déjà prévu
- 2) limiter les concours de qualifications pénales en supprimant les infractions redondantes
- 3) harmoniser les peines principales et complémentaires pour les infractions de même nature
- 4) augmenter le quantum de certaines peines d'amende lorsque la gravité de l'infraction le justifie

Substitution au droit pénal de dispositifs civils ou utilisation de modes alternatifs de poursuite :

- 5) mettre en place des mécanismes civils efficaces de substitution à certaines incriminations : injonctions de faire, nullités relatives, sanctions contractuelles
- 6) supprimer les infractions prévues au titre IV du livre IV du code de commerce en leur substituant des sanctions administratives prononcées par le Conseil de la concurrence
- 7) développer le recours aux alternatives aux poursuites, dont la transaction

Mise en oeuvre de la norme :

- 8) conférer au ministère de la justice le monopole de l'élaboration des textes pénaux pour améliorer la qualité et la cohérence du dispositif normatif
- 9) développer la cohérence et l'harmonisation des politiques pénales menées par les parquets en matière économique et financière, notamment par voie de circulaires
- 10) améliorer la formation juridique des entrepreneurs et favoriser l'élaboration de codes de déontologie
- 11) favoriser la spécialisation des juridictions et les moyens matériels et humains alloués pour leur fonctionnement (assistants spécialisés notamment)
- 12) améliorer la formation et la professionnalisation des magistrats en matière économique et financière

Articulation entre l'Autorité des marchés financiers et le droit pénal boursier :

- 13) supprimer le cumul sanction pénale / sanction administrative en réformant l'articulation des procédures de l'Autorité des marchés financiers et des procédures pénales
- 14) développer les synergies entre enquêtes administratives de l'AMF et enquêtes pénales
- 15) mettre en place un échevinage des juridictions judiciaires appelées à connaître des contentieux boursiers
- 16) prévoir une procédure de réhabilitation pour les personnes sanctionnées par l'AMF
- 17) augmenter la peine encourue pour le délit d'initié de 2 à 3 ans d'emprisonnement

Articulation entre le Conseil de la Concurrence et le droit pénal de la concurrence :

- 18) supprimer le cumul entre sanctions pénales et sanctions du conseil de la concurrence en mettant fin à la responsabilité des personnes morales pour l'infraction prévue à l'article L. 420-6 du code de commerce
- 19) prévoir l'homologation de la procédure de clémence devant le Conseil de la concurrence par le parquet
- 20) prévoir la compétence exclusive des juridictions inter régionales spécialisées pour les infractions à l'article L. 420-6 du code de commerce

Les plaintes avec constitution de partie civile :

- 21) augmenter le délai entre la plainte préalable et le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile (passage de 3 à 6 mois)
- 22) instaurer une motivation détaillée des décisions de classement sans suite en matière économique et financière
- 23) instaurer une obligation de production des pièces comptables pour les personnes morales, afin de fixer la consignation
- 24) convertir, sauf ordonnance motivée du juge d'instruction, le montant de la consignation en amende civile, lorsque la constitution de partie civile aboutit à une décision de non-lieu

La prescription :

25) modifier les règles de la prescription de l'action publique en posant comme point de départ intangible la date des faits et en allongeant les délais de prescription

Attractivité de la voie civile :

26) créer une action de groupe avec un système d'opt-in

27) améliorer l'attractivité économique de la voie civile en favorisant le remboursement des frais avancés par les parties

Amélioration des règles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales :

28) clarifier les règles relatives aux peines encourues par les personnes morales

29) prendre en compte la spécificité des personnes morales s'agissant de la récidive

30) réduire les délais de réhabilitation judiciaire pour les personnes morales

Personnalités auditionnées ou consultées par le groupe de travail

- **Association des Avocats Conseils d'Entreprise, (ACE)**
- **M. Vincent BAILLOT**, président de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC)
- **M. Emmanuel BARBE**, chef du service des affaires européennes et internationales (SAEI)
- **M. Claude BEBEAR**, président de l'institut Montaigne
- **M. Pierre BEZARD**, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation
- **M. Antoine BRUGERE**, vice-président chargé de l'instruction, TGI de Dijon
- **M. Didier DUVAL**, pôle lutte contre la délinquance financière et la protection du patrimoine, direction centrale de la police judiciaire (DCPJ)
- **Mme Pascale FOMBEUR**, directrice des affaires civiles et du sceau (DACS)
- **Général David GALTIER**, sous-directeur de la police judiciaire, direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN)
- **M. François GARNIER**, président du cercle Montesquieu
- **M. Marc GUILLAUME**, secrétaire général du Conseil Constitutionnel
- **M. Patrick HEFNER**, sous-directeur chargé des affaires économiques et financières à la préfecture de police de Paris
- **Me Patrick HUBERT**, avocat, ancien directeur de cabinet du Garde des sceaux
- **M. Jean-Marie HUET**, directeur des affaires criminelles et des grâces (DACG)
- **M. Jean-Jacques HYEST**, président de la commission des lois du Sénat
- **Me Frédéric LANDON**, président de la commission « Textes » du Conseil national des barreaux
- **M. Bruno LASSERRE**, président du Conseil de la concurrence
- **M. Philippe LEGER**, ancien avocat général à la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)
- **M. Laurent LE MESLE**, procureur général près la cour d'appel Paris
- **M. Bertrand LOUVEL**, premier président de la cour d'appel de Bordeaux, président de la conférence des premiers présidents

- **M. Jean-Claude MARIN**, procureur de la République de Paris
- **M. Philippe MARINI**, sénateur de l'Oise, rapporteur général de la commission des finances du Sénat
- **M. Henri NALLET**, ancien Garde des Sceaux, directeur de la communication et des relations institutionnelles des laboratoires Servier.
- **Mme Colette NEUVILLE**, présidente de l'Association de défense des actionnaires minoritaires (ADAM)
- **Mme Anne OUTIN-ADAM**, directeur du pôle de politique législative et juridique, chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)
- **M. Bruno PARENT**, directeur général de la concurrence, la consommation et la répression des fraudes (DGCCRF)
- **M. Michel PEBEREAU**, président du conseil d'administration de BNP Paribas
- **M. Michel PRADA**, président de l'Autorité des marchés financiers (AMF)
- **Me Yves REPIQUET**, bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris
- **M. Jacques-Henri ROBERT**, professeur des Universités
- **M. Jean-François ROUBAUD**, président de la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME)
- **Mme Joëlle SIMON**, directrice juridique du Mouvement des entreprises de France (MEDEF)
- **Syndicat de la Magistrature (SM)**
- **Me Jérôme THEETTEN**, mandataire judiciaire, président d'honneur du Conseil national des administrateurs et mandataires judiciaires (CNAJMJ)
- **UFC Que choisir ?**
- **M. Michel VERON**, professeur des Universités
- **M. Jean Luc WARSMANN**, président de la commission des lois à l'Assemblée Nationale

Table des matières

Lettre de mission	2
Sommaire	4
Liste des membres du groupe de travail	5
<u>Introduction</u>	8
I. L'évolution du droit pénal des affaires	8
II. Les enjeux contemporains de la dépenalisation	10
III. Perspectives	11
IV. Orientations à privilégier	12
<u>Chapitre I : Reconfigurer le champ pénal</u>	13
<u>Section 1 : Les modèles de désincrimination</u>	13
1) Les facettes de la désincrimination	13
2) Les mécanismes de substitution	18
<u>Section 2 : Les infractions dépenalisables</u>	24
1) La dépenalisation du droit des sociétés	24
2) La dépenalisation du droit de la consommation	32
3) La dépenalisation du droit de la concurrence	
<u>Section 3 : Désincrimination par la modification des incriminations pénales et par l'amélioration du régime applicable aux personnes morales</u>	38
1) La modification des éléments constitutifs des infractions et des peines	38
2) Améliorer les règles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales	39
<u>Chapitre II: Construire un appareil cohérent et adapté de régulation</u>	42
<u>Section 1 : Harmoniser les sanctions pénales</u>	42

1) Harmoniser les peines	42
2) Harmoniser les pratiques répressives et la cohérence de la production de la norme pénale	46
<u>Section 2 : Limiter le cumul d'instruments répressifs</u>	49
1) Limiter le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives	49
2) La question du cumul entre sanction pénale et stigmatisation publique	56
<u>Section 3 : Favoriser les mécanismes transactionnels</u>	59
1) Etendre les mécanismes alternatifs et transactionnels	59
2) Etendre la transaction en dehors du champ pénal	62
<u>Chapitre III. Développer l'effectivité des réponses</u>	65
<u>Section 1 : Renforcer l'efficacité de la justice pénale pour la sanction des comportements frauduleux</u>	65
1) Limiter l'instrumentalisation de la justice pénale	65
2) Améliorer la spécialisation des magistrats et des juridictions	69
<u>Section 2 : Promouvoir l'attractivité de la justice civile pour la régulation économique</u>	71
1) Les frais de justice civile	72
2) L'action de groupe	74
<u>Section 3 : Repenser le régime de la prescription</u>	81
1) L'absence de sécurité juridique de la situation actuelle	81
2) Vers un nouveau droit commun des prescriptions	83
3) Solution retenue	85
Conclusion	87
Propositions	89
Personnalités auditionnées ou consultées par le groupe de travail	92

Table des matières	94
Annexes	
1. Statistiques	97
2. Tableau de droit comparé	104
3. Proposition de rédaction des articles 7 et suivants du code de procédure pénale (prescription)	108