
JEAN-MARIE COULON

LES NOUVEAUX CHAMPS DE PÉNALISATION, EXCÈS ET LACUNES

5

La plupart des dictionnaires ignorent le mot « dépenalisation ». Le discours public cependant s'en est emparé depuis longtemps, cédant le plus souvent à la passion, aux affirmations péremptoires et aux seules imprécations pour remèdes. S'il est un domaine où le ton du pamphlet devrait être écarté, c'est bien naturellement celui de la vie des affaires et donc de l'économie. La moralisation de la vie des affaires doit irriguer l'économie et non la paralyser.

C'est un problème de société constant que la démocratie française d'émotion impulsive accentue. Notre culture pénale, édifiée au rang d'une haute valeur, permet difficilement une juste expression de la règle juridique. La pénalisation et la dépenalisation renvoient le plus souvent à la judiciarisation et à la déjudiciarisation. Tous les autres moyens de régulation sociale ont fait défaut et l'image de la justice s'est brouillée, car on lui demande de jouer tous les rôles avec des repères incertains.

La problématique du droit pénal des affaires est équivoque alors que les enjeux contemporains de ce droit ont renforcé son actualité et la nécessité d'une réponse appropriée. L'encadrement de la vie pénale des affaires, c'est l'histoire d'un paradoxe qui gouverne nos soubresauts législatifs et judiciaires, une absence de cohérence globale.

Le discours public préconise une forte dépenalisation législative et judiciaire, et soutient que le tout judiciaire pénal est source de paralysie de l'activité économique. Mais la réalité est bien différente. Tout texte nouveau comprend son volet pénal ; la jurisprudence est le plus souvent irriguée dans son appréhension des normes par une interprétation extensive ; la justice pénale dans son quotidien du droit des affaires est

fréquemment instrumentalisée en raison de la recherche d'une personnalisation systématique de la responsabilité.

Les excès de la pénalisation se confondent avec ses lacunes. Une pénalisation excessive, où le tout judiciaire pénal l'emporte, ne permet pas l'édification d'une pénalisation où le droit retrouverait tout son sens d'une valeur véritable.

Sans doute est-il préférable de s'en tenir au contenu d'une dépenalisation à venir si l'on veut bien s'attacher à ses enjeux contemporains. Le droit pénal des affaires d'aujourd'hui a montré ses impasses, ses excès et ses imperfections. Son lien avec une morale de la discussion a provoqué les dérèglements d'un droit, selon l'expression fulgurante du doyen Jean Carbonnier.

6 Les avancées d'un droit pénal des affaires moderne et en mouvement ne doivent pas flotter dans le sens du vent. Elles doivent intégrer l'idée directrice qu'est la recherche constante d'équilibre des mesures proposées avec le triple souci d'une sécurité juridique renforcée, d'une confiance légitime dans la norme et les institutions chargées de la créer ou de l'appliquer, et enfin d'une symbiose avec les normes européennes.

C'est dans cet esprit que le groupe de travail mis en place par le garde des Sceaux en octobre 2007 a réfléchi et formulé dans son rapport, achevé en février 2008, trente propositions¹.

Notre réflexion portera sur certains points essentiels de ce rapport. Un projet de loi est certes en préparation qui devrait ouvrir de nouveaux horizons mais insuffisamment finalisés pour en évoquer dans cette étude les traits importants. La reconfiguration du champ pénal a consisté également à déterminer les infractions dépenalisables, c'est-à-dire à supprimer des infractions, à limiter le périmètre des incriminations ou à réduire les pénalités encourues, le tout avec, le plus souvent, des mécanismes de substitution de nature civile comme, par exemple, des injonctions de faire accompagnées d'une astreinte.

Cette reconfiguration du champ pénal s'inscrit dans le mouvement amorcé par les lois NRE du 15 mai 2001, du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière et sur la sécurité économique, et des ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises.

Mais la correction des imperfections de la pénalisation implique un champ pénal ordonné et, parallèlement, un champ civil attractif. C'est

1. «La dépenalisation de la vie des affaires», rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008.

l'équilibre de deux notions à la recherche de leur effectivité qui est la clef d'une dépenalisation réussie et reconnue.

UN CHAMP PÉNAL ORDONNÉ

Il convient d'aborder le périmètre de certaines libertés économiques fondamentales et de certaines valeurs sociales non moins fondamentales pour ordonner le champ pénal.

Le droit pénal ne doit pas, en droit des affaires, être un droit subsidiaire, un droit attrape-tout. La libre concurrence, la liberté d'entreprendre, l'exercice même de l'activité économique ne peuvent que s'épanouir dans un contexte de régulation naturelle sans toutefois mettre en danger des valeurs comme la transparence, l'égalité ou la loyauté : la voie pénale consiste à réprimer efficacement les comportements les plus graves. Cette voie permettra de retrouver ainsi une hiérarchie des infractions, des quanta des peines d'emprisonnement et naturellement des poursuites. Deux exemples, même si bien d'autres seraient susceptibles d'être retenus, illustrent cette nécessité de l'ordonnement du champ pénal, soit la limitation du cumul des instruments répressifs et la recherche d'un régime unifié des prescriptions de l'action publique.

7

La limitation du cumul des instruments répressifs

C'est un point essentiel du rapport du groupe de travail qui a trait à cette limitation du cumul des sanctions pénales et administratives. Nous nous attacherons aux propositions qui tendent à éviter le cumul des sanctions pénales et des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Le débat public sur ce sujet est vif et n'est pas exempt d'affirmations tranchantes et de pétitions de principe.

Quels sont les points essentiels mis en avant par le rapport ? L'idée directrice est de mieux coordonner les procédures pénales et administratives, et d'assurer, si l'infraction est évidente, l'immédiateté de la prédominance pénale. C'est la voie choisie, selon des procédures appropriées, par nos voisins européens. Elle concerne essentiellement une délinquance de personnes physiques à la recherche d'un enrichissement personnel, avec des comportements qui constituent à la fois un manquement et une infraction. Il s'agit dès lors de concilier impartialité – compte tenu des critiques justifiées adressées à la commission des sanctions de l'AMF –, célérité et compétence de la justice pénale – compte tenu des critiques non moins justifiées qui sont adressées à cette dernière.

C'est pour ces raisons qu'est préconisée l'obligation d'une dénonciation

« au plus vite » par l'AMF au ministère public des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale sans attendre la notification de griefs. L'enquête serait conduite en parallèle par les deux institutions avec des échanges d'informations, dans la perspective d'équipes communes sous l'autorité du procureur qui, selon la nature des faits, saisirait l'AMF ou la juridiction. Dans cette hypothèse l'AMF serait tenue de surseoir à l'engagement de sanctions pour éviter un éventuel cumul. Ce processus trouverait son prolongement naturel, pour la préservation des droits d'une victime potentielle, dans une action civile uniquement par voie d'intervention. Elle aurait la faculté de disposer d'un droit d'accès à l'enquête de l'AMF lui permettant d'avoir des éléments de preuve pour saisir la juridiction civile. Est enfin proposé un système d'échevinage généralisé puisque la juridiction spécialisée comprendrait deux assesseurs nommés par décision conjointe des ministres de la Justice et des Finances. La chambre civile de la cour d'appel de Paris qui statue sur les appels des sanctions prononcées par l'AMF bénéficierait également de ce système.

La globalité de la réforme proposée tend donc au rapprochement de deux institutions qui ne peuvent ni suivre des voies parallèles, ni exiger que l'autre soit son miroir connivent. Personne ne peut contester le soin qu'a toujours porté l'AMF à la surveillance de la bonne tenue des marchés. La réforme proposée vise au contraire à donner les moyens à l'institution judiciaire de jouer son rôle premier quand un comportement frauduleux relève de l'évidence. Il s'agit de préserver le noyau dur du droit pénal des affaires. Est ainsi souhaitée une pénalité plus forte du délit d'initié, soit trois ans d'emprisonnement au lieu de deux actuellement. Dès lors, face à cette lacune, il s'agit non pas de dépenaliser mais de mieux pénaliser.

Cette meilleure appréhension du temps pénal par l'institution judiciaire est une valeur essentielle même si elle est trop souvent un alibi à une action débridée ou à l'inaction pure et simple. C'est ce que l'on peut constater à l'examen du régime actuel de la prescription des délits financiers, lequel mérite une réforme globale.

Vers une réforme des régimes de la prescription de l'action publique

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la prescription tend à favoriser l'oubli. Le temps passé le justifie car la sécurité juridique et le trouble à l'ordre public s'estompent.

Le désaccord apparaît sur les remèdes. Le droit pénal financier a consacré

au fil du temps une interprétation extensive par la jurisprudence des notions de découverte, de dissimulation, de présentation des comptes. L'abus de confiance et l'abus de biens sociaux sont ainsi devenus, dans un souci louable de préservation de l'ordre public, des infractions virtuellement imprescriptibles alors que la loi persistait à retenir la commission des faits comme point de départ.

La question est délicate à tous égards. Les multiples réformes envisagées ont sans doute échoué car il s'agissait de proposer une réponse partielle en officialisant la jurisprudence sur l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux. Or l'on constate que cette solution n'est pas retenue par les grandes démocraties européennes et qu'elle consacrerait en outre une inégalité contestable des citoyens devant la loi.

C'est donc le régime général des prescriptions qui est en cause avec un système objectif de référence afin de clarifier, de simplifier et donc de mieux sécuriser les règles. Les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Espagne et la Suisse ont adopté un tel système qui consiste à arrêter des délais en fonction de la pénalité encourue.

Encore faut-il que les délais soient suffisamment longs pour justifier une fixation du point de départ de la prescription correspondant à la date des faits. Ces délais – soit quinze ans pour les crimes, sept ans si le délit est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement ou plus et cinq ans si la peine est inférieure à trois ans – se situent dans la moyenne des pays européens et pourraient être reconnus comme le socle d'un droit commun des prescriptions irrigué par les principes de proportionnalité, de lisibilité et de clarté. La justice serait à la hauteur des valeurs que sont la sécurité juridique et la confiance des citoyens, son versant subjectif dans l'institution. La régulation économique se trouverait renforcée. Encore faut-il promouvoir l'attractivité de la justice civile.

UN CHAMP CIVIL ATTRACTIF

Il convient de recentrer la justice pénale financière, laquelle doit occuper un espace moins large mais être plus rapide et plus efficace. Pour ce faire, il convient d'adopter des mesures de nature ou à effet civil opérantes qui corrigeront « un excès pénal » ou se substitueront à un processus pénal classique largement vain car sans portée réelle. Notre droit ne cultive-t-il pas une pénalisation excessive essentiellement par l'usage de certaines règles procédurales ? La culture pénale est fondamentalement de nature procédurale même si la victime est souvent la première à en subir les méfaits. Cette valeur enracinée dans les esprits peut-elle laisser place à

une réponse juridique dont le but est de limiter l'instrumentalisation de la justice pénale et de développer en contrepartie une justice civile attractive pour la régulation économique ? C'est, à n'en pas douter, la différence de coût entre une action civile que les parties doivent supporter et une action pénale peu onéreuse qui incite les parties à saisir le juge pénal. Nous retiendrons deux exemples qui font débat. Ils tendent certes à limiter l'instrumentalisation de la justice pénale créée par un usage abusif de la plainte avec constitution de partie civile, mais aussi à promouvoir à travers l'action de groupe, en droit de la consommation, un mécanisme de substitution à la voie pénale efficace en raison de la facilité de son accès et de l'intérêt économique qu'il présente. Il s'agit de corriger un excès et de combler des lacunes.

10 *L'instrumentalisation de la justice pénale
et la constitution de partie civile*

La plainte avec constitution de partie civile est une liberté absolue. Elle sert à corriger l'inaction réelle ou supposée du ministère public. Son exercice en droit pénal financier s'apparente à une privatisation de la justice. Ses dérives sont bien connues : déstabilisation d'un adversaire dans le cadre d'une négociation, frein au déroulement d'un procès civil, social ou commercial, refus d'exposer les frais qu'implique un procès civil... Les statistiques en la matière sont explicites lorsque l'on compare le nombre d'ordonnances de non-lieu rendues par les juges d'instruction par rapport à celui des dépôts de plaintes. Le doyen Jean Carbonnier a souvent souligné cette objection fondamentale qui est de voir un ministère public de droit privé se substituer à un ministère public de droit public.

Le législateur est conscient du problème mais reste timide pour le résoudre. La dernière réforme est la loi du 5 mars 2007 qui a imposé, avec un délai de trois mois pour la réponse, une plainte préalable devant le procureur comme condition de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile. De nouvelles orientations ont été retenues par le groupe de travail : extension du délai de trois mois à six mois, motivation des classements sans suite par le ministère public, production pour les personnes morales des pièces justificatives statutaires et comptables accompagnant la plainte pour fixer la consignation, conversion automatique en amende civile de la consignation en cas d'ordonnance de non-lieu, sauf décision contraire du juge.

Ce sont certes des mécanismes de pure technique procédurale, mais ils

tendent pour le moins à limiter l'instrumentalisation d'une justice pénale souvent qualifiée de virtuelle. Ces mécanismes seront encore plus effectifs s'ils sont accompagnés de mesures de nature civile efficaces. L'action de groupe est ainsi analysée comme un corollaire à la dépenalisation du droit de la consommation. La réduction du coût de la justice civile est naturellement un but plus large à mener. Elle implique de poursuivre le mouvement d'amélioration des frais de justice en posant le postulat du remboursement des parties en fonction des sommes réellement dépensées. C'est une dépenalisation par une incitation économique forte pour les parties.

L'action de groupe tend, quant à elle, à une effectivité à caractère collectif de la dépenalisation.

L'effectivité de la dépenalisation et l'action de groupe

11

Il s'agit là d'un sujet qui fait l'objet d'un débat passionné en France depuis une vingtaine d'années. Colloques, rapports de commissions, propositions de lois se succèdent. Le recours collectif des consommateurs, inspiré des *class actions*² américaines et des propositions de la Commission européenne, serait un droit intangible pour le consommateur lésé mais une institution susceptible d'entraîner des conséquences économiques imprévisibles pour les entreprises. Leur compétitivité serait menacée et les répercussions économiques, notamment sur les assurances et sur les prix, inéluctables. La réponse est dans la mesure et l'équilibre des intérêts légitimes des uns et des autres. Le processus de l'action de groupe doit assurer une protection judiciaire efficace au consommateur lésé afin de compenser la gratuité d'une procédure pénale sans portée réelle et de contrebalancer la limitation des constitutions de partie civile. L'action de groupe mutualise les frais de procédure.

Le groupe de travail a souhaité mettre en place un système équilibré et a formulé des propositions en ce sens. Participent à l'action de groupe tous les consommateurs qui ont choisi d'engager une procédure. Est rejetée la thèse extrême qui veut que tous les consommateurs situés dans une même position sont présumés inclus dans l'action. Les autres conditions posées sont connues : associations agréées, juridictions spécialisées, décision sur la responsabilité du professionnel, modalités de la demande d'indemnisation, homologation des transactions... Le point

2. Recours entrepris pour le compte de personnes identifiées ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune.

majeur consisterait à fermer pour le consommateur la voie pénale jusqu'à l'extinction de l'action civile. C'est l'affirmation claire du principe *electa una via*, garant de l'articulation des voies civiles et pénales.

Le débat reste ouvert. La loi du 18 janvier 1992 a créé une action en représentation conjointe. Elle ne se révéla pas un succès, car elle prévoyait un mandat entre le consommateur et l'association avec le risque de la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle en cas d'échec.

Le succès de l'action de groupe réside dans sa souplesse procédurale, dans le champ limité du droit de la consommation dans un premier temps. Son caractère expérimental devrait permettre en cas de succès une extension à d'autres secteurs du droit et de l'économie. Encore faut-il que les différents protagonistes analysent l'action de groupe non plus comme une contrainte insupportable, mais comme une vertu tant sur le plan économique que sur le plan social.

12

Le droit obéit le plus souvent à l'idéologie ambiante, laquelle est nourrie de mouvements contradictoires. Le droit pénal des affaires est à la recherche de valeurs qui contribuent à libérer l'économie de carcans inutiles, à réprimer sévèrement les comportements frauduleux et à protéger ceux qui font confiance à l'entreprise ou qui la servent quotidiennement à tous ses échelons. C'est donc essentiellement une évolution culturelle qui est en cause. C'est pour toutes ces raisons que figure en exergue du rapport du groupe de travail cette phrase de Paul Ricœur : « Les valeurs ne sont pas des essences éternelles. »

R É S U M É

La pénalisation de la vie des affaires pêche par ses excès et ses lacunes. Cet article s'inspire du rapport remis au garde des Sceaux en février 2008 et s'attache à analyser certains thèmes qui font débat : cumul des sanctions pénales et administratives, prescription, instrumentalisation de la justice pénale, action de groupe.