YVES GUYON

De l'inefficacité du droit pénal des affaires

1 / Le droit pénal des affaires est né à une époque récente sous l'empire d'une double nécessité[1]. D'une part, les infractions contre les biens incriminées par le code pénal, notamment l'abus de confiance et l'escroquerie, étaient définies de manière trop étroite pour permettre de poursuivre et de condamner tous les hommes d'affaires dont le comportement était moralement blâmable et socialement dangereux. D'autre part, les sanctions civiles traditionnelles, comme les annulations ou les dommages-intérêts, s'adaptaient difficilement à la violation de beaucoup de réglementations économiques. Au lieu de chercher à instaurer des sanctions civiles plus adéquates, la voie de la facilité conduisit à édicter des sanctions pénales, qui présentaient d'ailleurs l'avantage d'être plus dissuasives que les sanctions civiles et d'être prononcées plus facilement, notamment grâce au recours à une instruction pénale, conférant au juge des pouvoirs d'investigation considérables. La morale et la facilité se sont ainsi alliées pour donner au droit pénal français des affaires une importance que cette branche du droit ne connaît, semble-t-il, dans aucun autre Etat démocratique.

Par conséquent, alors que jusqu'à il y a une cinquantaine d'années le droit pénal des affaires se limitait aux banqueroutes, on a vu, à

1. Il semble que l'un des premiers manuels de droit pénal des affaires ait été publié par le Pr J. Larguier en 1970. Auparavant le droit pénal des affaires n'était enseigné que comme une branche particulière du droit pénal spécial. Depuis de nombreux manuels ont été consacrés au droit pénal des affaires. L'un des plus représentatifs est celui de Mme M. Delmas-Marty.

partir de 1935, se multiplier des infractions spécifiques dans les domaines les plus divers : sociétés commerciales, prix, concurrence, relations financières avec l'étranger, crédit, relations du travail, consommation, construction, fiscalité, informatique, environnement, etc. Rien pendant longtemps n'a paru arrêter ce développement, explicable en période de guerre et de pénurie, mais qui contrastait de plus en plus avec le renouveau du libéralisme et l'amorce d'une déréglementation qui avaient suivi le retour à la prospérité. L'équilibre n'avait pas pu être trouvé entre le laxisme à l'égard des hommes d'affaires qui dilapidaient l'argent des autres et le soupçon, systématique, qui faisait de tout chef d'entreprise un délinquant en puissance.

Pourtant l'ouverture des frontières a montré que l'hypertrophie du droit pénal des affaires désavantageait les commerçants français par rapport à leurs concurrents étrangers[2]. Un mouvement de reflux s'est donc amorcé, dont la manifestation la plus spectaculaire a été la dépénalisation quasi totale du droit de la concurrence opérée par l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Le moment semble donc venu de s'interroger sur l'opportunité du maintien d'un droit pénal des affaires. Les quelques réflexions ci-dessous, qui n'émanent pas d'un pénaliste mais d'un commercialiste, ne prétendent cependant pas faire le tour d'une question singulièrement complexe.

2 / On constate d'emblée qu'il n'existe pas de définition du droit pénal des affaires. Cette situation n'est que le reflet du flou qui entoure le concept même de droit des affaires, discipline dont l'existence précède l'essence et dont les limites sont mal tracées[3]. Néanmoins le droit pénal des affaires semble se définir davantage par les infractions qu'il incrimine que par les personnes qu'il permet de condamner. Il n'est pas le droit pénal des commerçants ou, plus généralement, de « ceux qui sont dans les affaires », expression d'ailleurs assez péjorative, qui vise ceux qui s'enrichissent rapidement et d'une manière pas toujours très honnête. Des hommes d'affaires commettent parfois des infractions de droit commun, à l'occasion et pour le développement desdites affaires. Le trafic de la drogue, le proxénétisme, l'exploitation de la pornographie sont des entreprises fructueuses, qui donnent lieu à des crimes de sang, que l'on ne considère pourtant pas comme faisant partie du droit pénal des affaires. A l'inverse de simples particuliers peuvent émettre des chèques sans provision ou violer la réglemen-

2. C. Gavalda, Le refus de vente en droit pénal international français, *D*, 1983, 97.

3. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. I, 5e éd., n° 2, Economica, 1988.

tation des relations financières avec l'étranger, matières qui relèvent du droit pénal des affaires.

Cette incertitude est aggravée par le fait que les infractions dites d'affaires, à la différence des infractions politiques, ne donnent pas lieu à des sanctions spécifiques. L'amende, l'emprisonnement, les peines accessoires ou complémentaires sont les mêmes qu'en droit commun. Aucune conséquence juridique précise ne s'attache à la qualification « infraction d'affaires » donnée à tel ou tel comportement délictueux. Par conséquent le droit pénal des affaires est un concept qui intéresse plus les universitaires que les juges... ou les délinquants. On peut, au gré de choix finalement assez subjectifs, y englober ou au contraire en exclure telle ou telle catégorie d'infractions[4]. Néanmoins, selon l'opinion dominante, le droit pénal des affaires concerne les infractions non violentes dirigées contre les biens et non contre les personnes. Ce droit pénal des affaires est incontestablement plus large que le droit pénal financier, même si ce dernier en constitue le noyau dur, car les affaires c'est trop souvent l'argent des autres. En revanche l'accord n'est pas fait sur le point de savoir si relèvent du droit pénal des affaires des infractions commises au détriment de l'Etat, comme les infractions fiscales ou douanières. Certains proposent de les englober dans un droit pénal économique, qui tendrait à la protection des intérêts généraux, alors que le droit des affaires supposerait une victime identifiable. Ces querelles de frontière n'ont qu'un intérêt limité.

3 / La véritable question est de savoir si et comment le droit pénal permet de lutter contre la criminalité en col blanc, dont les conséquences sont parfois aussi graves que celles d'infractions classiques même si les plaies d'argent ne sont pas mortelles et si la protection des personnes passe avant celle des patrimoines.

Or la réponse est loin d'être certaine. L'arme pénale n'est pas toujours la mieux à même d'éviter les abus. Sa brutalité en rend l'emploi difficile. Le droit pénal est toujours ou insuffisant, en ce qu'il laisse impunis certains comportements socialement inadmissibles, ou trop tatillon. Dans ce second cas, l'homme d'affaires se sachant menacé à tout moment et à tout propos d'une sanction pénale, ne distinguera plus ce qui est foncièrement malhonnête de ce qui n'est qu'imprudence ou légèreté.

L'expérience française est assez décevante. Elle invite à se tourner vers d'autres méthodes que celles employées jusqu'ici.

4. A. Vitu, La définition et le contenu du droit pénal économique, *Mélanges Hamel*, Paris, 1961, p. 71.

I. L'INADAPTATION DU DROIT PÉNAL CLASSIQUE

4 / L'inadaptation du droit pénal classique en matière de délinquance d'affaires résulte sans doute du fait que le législateur s'est borné à transposer, dans ce domaine particulier, les dispositions de droit commun. Or il aurait été préférable d'innover, car on ne réprime pas de la même manière les infractions classiques contre les biens et les infractions commises dans les relations d'affaires.

Cette inadaptation se manifeste de trois manières.

5 / Tout d'abord les infractions d'affaires sont de plus en plus différentes des infractions de droit commun. Certes, à l'origine, les délinquants d'affaires commettaient principalement des escroqueries, des abus de confiance, ou des délits très proches de ces infractions, comme les abus de biens sociaux ou la publication de faux bilans.

Mais le législateur a incriminé des infractions spéciales de plus en plus nombreuses et de plus en plus artificielles. Leur commission n'entraîne aucun sentiment de culpabilité de la part de leur auteur et ne soulève généralement pas la réprobation de l'opinion publique. Le mouvement a été particulièrement sensible dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui consacre 66 articles à la définition de 130 délits punis de peines d'emprisonnement et d'amende souvent sans commune mesure avec la gravité de la faute commise[5]. L'exemple le plus flagrant de cette disproportion est sans doute donné par l'article 441 qui punit d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 2 000 à 60 000 F le dirigeant d'une société anonyme qui n'a pas réuni l'assemblée générale ordinaire dans les six mois de la clôture de l'exercice. La gravité de la sanction est en outre aggravée par le fait que, selon les tribunaux, l'intention frauduleuse n'est pas un élément constitutif du délit[6].

Ces infractions artificielles sont souvent mal caractérisées, ce qui est contraire au principe de la définition stricte des incriminations. Ainsi la jurisprudence a longtemps hésité sur le point de savoir si le commissaire aux comptes commettait un délit en s'abstenant de révéler au procureur de la République une infraction commise au sein de la société qu'il contrôlait, mais dont il n'avait pas eu connaissance

5. M. Delmas-Marty, Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales, *D*, 1978, 87 ; A. Vitu, Regards sur le droit pénal des sociétés, *Etudes Roblot*, n° 247, Paris, 1984.

6. Crim., 11 mai 1981, *D*, 1982, 653 note Bouloc ; *Rev. soc.*, 1982, 162, note Sibon.

en raison de l'insuffisance de ses vérifications[7]. De même le délit d'entrave aux fonctions du comité d'entreprise a donné lieu à une interprétation tellement extensive que beaucoup de chefs d'entreprises se retrouvent en correctionnelle sans avoir eu conscience d'empêcher l'exercice normal de la représentation de leurs salariés[8].

Enfin ces infractions sont souvent complexes notamment dans le domaine boursier. Ainsi la répression des délits d'initiés, c'est-à-dire des opérations spéculatives faites par ceux qui détiennent des informations confidentielles sur la situation d'une société cotée, nécessite habituellement de remonter des filières opaques mettant en relation des sociétés d'un même groupe et de démonter des mécanismes financiers sophistiqués. Ces infractions ont souvent des implications internationales, qui compliquent leur preuve[9]. En outre les délinquants trouvent parfois un soutien inattendu dans le droit communautaire, qui leur permet d'échapper à une répression qui présente un caractère discriminatoire ou qui constitue un obstacle à l'établissement du marché unique[10]. On l'a vu notamment à propos de la « guerre du whisky », de la réglementation du prix de vente des carburants ou plus récemment de la loi Lang sur le prix des livres.

6 / La même impression de désordre et d'insatisfaction se rencontre si l'on passe de l'examen des infractions à celui des délinquants.

Tantôt le droit pénal des affaires aboutit à la condamnation d'une personne qui n'est pas le véritable auteur de l'infraction, ce qui revient à créer une responsabilité pénale du fait d'autrui, au mépris du principe de la personnalité des peines. Tel est le cas notamment des innombrables hypothèses où l'on retient la responsabilité pénale du chef d'entreprise pour une infraction qu'il n'a pas pu empêcher, et dont il n'a parfois même pas eu connaissance, parce qu'elle a été commise dans un centre d'exploitation éloigné[11]. Certes le chef d'entreprise peut déléguer sa responsabilité pénale à un chef de service pourvu de l'autorité et de la compétence nécessaires pour veiller efficacement à l'application de la loi. Ces délégations sont usuelles en

7. Crim., 21 mars 1983, *Bull. cons. nat. des com. aux comptes*, 1983, 238, note E. du Pontavice.

8. G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Droit du travail*, 14e éd., n° 649, Dalloz, 1988.

9. M. Delmas-Marty, La criminalité, le droit pénal et les multi-nationales, *JCP*, 1979, I, 2935 ; A. Tunc, La lutte contre les opérations d'initiés, neuf ans d'expérience, *Etudes Rodière*, Paris, 1982, p. 335.

10. R. Gassin, Infractions pénales et marché commun, *Mélanges Jauffret*, Aix, 1974, p. 321 ; Crim., 16 juin 1983, *JCP*, 1983, II, 20044, note Decocq ; V. cep. Crim., 20 avril 1988, *Rev. trim. dr. com.*, 1989, 567, note Bouzat.

11. M. Delmas-Marty, Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité du fait d'autrui ou du décideur, *JCP*, 1985, I, 3218.

matière d'hygiène et de sécurité. Mais elles ne peuvent pas être données dans les domaines qui relèvent par nature de l'administration générale, c'est-à-dire notamment le respect de la réglementation économique[12] ou des formalités imposées par le droit des sociétés[13]. On comprend, à la rigueur que dans le doute la responsabilité pénale remonte jusqu'au ehef d'entreprise. Mais les modalités d'application de ce principe ne paraissent pas constituer un modèle d'équité.

Tantôt au contraire le droit pénal ne permet pas d'atteindre le véritable responsable, parce que l'intéressé a pris la précaution de demeurer dans la coulisse ou d'agir de l'étranger. Cette impunité est relativement facile à obtenir puisque le droit pénal incrimine les dirigeants de sociétés et non les associés, fussent-ils largement majoritaires. On est donc généralement obligé de ne retenir dans les liens de la prévention que l'auteur juridique de l'acte délictueux, sans pouvoir remonter jusqu'au véritable centre de décision. Si la répression s'exerce, elle intervient parfois avec un retard qui la prive de tout effet dissuasif. Ainsi quatorze ans après la constatation de l'existence d'une entente illicite en matière de travaux publics, une affaire ne venait devant la cour de Paris que pour des préalables procéduraux[14]. Quelle valeur exemplaire peut avoir une condamnation prononcée contre des dirigeants vraisemblablement retirés depuis longtemps et pour des faits oubliés de tous.

Ces difficultés seraient en partie aplanies si, comme le prévoit le projet de réforme du code pénal, on admettait une responsabilité pénale des personnes morales[15]. En effet les personnes morales ont une volonté propre, distincte de celle de leurs membres. Elles peuvent donc être à l'origine de faits délictueux et il est relativement facile pour le législateur d'édicter des peines qui leur sont adaptées, notamment des amendes, des fermetures d'établissements, des interdictions d'exercer telle ou telle activité ou même une dissolution d'office dans les cas les plus graves. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé qu'aucun principe général ne s'opposait à ce qu'une sanction pécuniaire soit infligée à une personne morale[16]. Reste que la sanction appliquée à la société risque de causer un dommage à des associés qui

12. Crim., 25 juin 1979, *JCP*, 1980, II, 19476, note J.-H. Robert.
13. Crim., 15 mai 1974, *Rev. soc.*, 1974, 752, note B. Bouloc ; *D*, 1976, 226, note Vezian.
14. Paris, 18 févr. 1983, *JCP*, 1983, II, 20041, note V. Selinsky.
15. M. Rudloff, *Rapport Sénat 1988-1989*, n° 271, t. I, p. 61 ; P. Marchand, *Rapport Assemblée nationale 1989-1990*, n° 896, t. I, p. 118. — V. également les obs. de M. G. Roujou de Boubée, *D*, 1989, 204.
16. Cons. constit., 30 juill. 1982, *Gaz. Pal.*, 1982, législat., 475.

n'ont pas participé à la commission de l'infraction ce qui paraît aller à l'encontre du principe de la personnalité des peines. Mais l'atteinte à ce principe est indirecte et se produit aussi lorsqu'une peine infligée à une personne physique produit des conséquences à l'égard de ses proches, ce qui est presque toujours le cas. L'admission de la responsabilité pénale des personnes morales ne serait pas une révolution mais l'achèvement d'une évolution puisque le droit français reconnaît déjà leur responsabilité civile et disciplinaire et admet, dans le domaine de la concurrence et des activités boursières, qu'elles peuvent être frappées de sanctions pécuniaires de nature administrative.

7 / Enfin la procédure pénale et les sanctions paraissent inadaptées en matière de délinquance d'affaires.

Les parquets, qui ont pour mission traditionnelle la poursuite des délinquants, sont souvent dépassés par la technicité de certaines de ces infractions même s'il existe, auprès des grands tribunaux, des sections financières composées de magistrats hautement qualifiés. Les infractions spécifiques se multiplient non seulement dans des domaines relativement classiques comme le droit de la concurrence ou le droit boursier, mais dans des secteurs entièrement nouveaux comme l'informatique, l'audio-visuel, les télécommunications, etc. Elles ne peuvent être découvertes que par des organismes spécialisés, comme cela était déjà le cas des infractions fiscales et douanières. Le procureur de la République se trouve dès lors dans une situation inconfortable. S'il se borne à transmettre purement et simplement les dossiers au tribunal, il fait figure d'auxiliaire de ces organes. Si, au contraire, il entend exercer un contrôle, on voit mal comment il pourra faire face à ces organismes spécialisés. Si des divergences d'appréciation se manifestent et *a fortiori* si des erreurs judiciaires se produisent, les médias en prendront prétexte pour souligner les incohérences de la répression.

En outre beaucoup de ces infractions ont un caractère formel. Leur auteur comprend mal pourquoi il est traduit devant la même juridiction répressive que des délinquants de droit commun.

Enfin, malgré la gravité des peines encourues, le tribunal se limite presque toujours à une condamnation de principe, comme une amende, les peines privatives de liberté, surtout lorsqu'elles sont fermes, étant réservées au cas où les infractions commises s'apparentent à des escroqueries ou des abus de confiance[17]. De plus comme la sanction pénale est proportionnelle à la gravité de la faute et non à l'importance

17. B. Bouloc, La liberté et le droit pénal, *Rev. soc.*, 1989, 377 ; L. Lévy, Le droit pénal des affaires, du droit complexe au droit immergé, *JCP*, 1989, I, 3369.

du dommage, il arrive que les responsables de catastrophes, notamment en matière d'atteinte à l'environnement soient condamnés à des peines qui paraissent dérisoires et qui pourtant sont justifiées.

8 / La répression de la délinquance d'affaires donne ainsi trop souvent l'impression de ne pas remplir les fonctions que BECCARIA assignait à toute bonne politique criminelle, c'est-à-dire des peines modérées mais dont l'application est certaine et rapide.

L'application de la solution est aléatoire. Des pans entiers du droit pénal des affaires sont inappliqués, sinon inapplicables. La lourdeur de la peine prévue fait hésiter les tribunaux qui, de peur de commettre une injustice, s'abstiennent de toute condamnation. Le droit pénal est largement ineffectif[18].

Dans les cas où une peine est prononcée, la condamnation vient trop tard. Si le délinquant est de mauvaise foi, il a eu tout le temps de continuer ses activités illicites et d'organiser son insolvabilité. S'il est de bonne foi il comprend mal, et l'opinion publique avec lui pourquoi la justice s'acharne sur son cas, le conduisant parfois à la ruine, car une condamnation, même de principe, ou une inculpation nuit au crédit et à la réputation d'un chef d'entreprise.

Le droit pénal ne paraît jouer par conséquent ni son rôle de répression ni son rôle de prévention. Certes la jurisprudence tempère les inconvénients les plus manifestes des excès législatifs. On l'a vu notamment à propos des relations financières entre sociétés d'un même groupe où la Cour de cassation a écarté l'inculpation d'abus de biens sociaux, qui, à un moment, avait semblé pouvoir s'appliquer[19]. Néanmoins le bilan paraît suffisamment négatif pour inviter à s'interroger sur l'opportunité d'une réforme.

II. L'APPLICATION DE SOLUTIONS NOUVELLES

9 / L'ouverture des frontières et le retour au libéralisme, ou à tout le moins à un néo-libéralisme économique, ont entraîné un recul du droit pénal des affaires. En effet, la France ne pouvait pas maintenir une législation répressive dont l'hypertrophie entravait le développement des affaires, provoquait des discriminations à rebours au détriment des commerçants et des industriels français moins

18. Sur la question voisine de l'effectivité des décisions de justice en droit pénal général, v. les rapports de M. Puech et Roujou de Boubée, *Travaux Association H. Capitant*, t. 36 (1985), p. 243 et 285.

19. Crim., 4 févr. 1985, *D*, 1985, 478, note Ohl ; *JCP*, 1986, II, 20585, note Jeandidier ; *Rev. soc.*, 1985, 648, note Bouloc.

libres que leurs concurrents étrangers et risquait d'entraîner une délocalisation vers l'étranger d'activités qui auraient pourtant pu s'exercer sur le territoire national pour le profit de tous.

L'évolution s'est manifestée de trois manières. Tantôt les sanctions pénales ont été purement et simplement abrogées, sauf dans les cas les plus graves. Tantôt elles ont été adaptées. Tantôt enfin elles ont été remplacées par une sanction de nature administrative ou disciplinaire, dont l'application a été confiée à un organe spécialisé.

10 / Le mouvement de dépénalisation s'est produit surtout dans le domaine où on l'attendait le moins, celui des faillites. En effet cette branche du droit faisait traditionnellement une large place aux sanctions pénales, car le failli était présumé être un fraudeur qui, selon le code de commerce de 1807, devait être emprisonné, sauf décision contraire du tribunal. Certes ce régime rigoureux s'était peu à peu atténué depuis une loi du 28 mai 1838. Mais il avait fallu attendre 1958 pour que la banqueroute frauduleuse cesse d'être un crime, passible de la cour d'assises. De même, si la loi du 13 juillet 1967 avait déjà distingué le sort de l'entreprise de celui du débiteur, les cas de banqueroute demeuraient nombreux et sanctionnaient souvent des comportements relevant plus de la négligence ou de la maladresse que de la malhonnêteté. La loi du 25 janvier 1985 rompt avec cette tradition, car ses rédacteurs ont estimé que les sanctions pécuniaires, ainsi que les déchéances et interdictions attachées à la faillite personnelle, étaient suffisamment dissuasives et répressives, sans qu'il soit encore besoin d'accabler le débiteur ou le dirigeant social en lui infligeant une peine[20]. En outre la menace de sanctions pénales dissuadait souvent le chef d'entreprise de déposer son bilan, car il avait l'impression de déclencher un processus dont il mesurait mal les conséquences et qui risquait de conduire à son inculpation. Désormais les faits constitutifs de banqueroute sont uniquement des comportements qui s'apparentent à des faux, des détournements ou des escroqueries. Le dirigeant d'une entreprise en cessation des paiements s'il est de bonne foi ne court aucun risque, bien au contraire, en s'adressant à la justice pour lui demander de l'aider à résoudre ses difficultés. La dépénalisation permet des saisines plus rapides et peut-on l'espérer des procédures collectives plus efficaces car plus la procédure commence tôt plus elle a de chances d'aboutir au redressement de l'entreprise en difficulté, objectif prioritaire de la loi de 1985.

On regrette qu'une telle dépénalisation ne se soit pas accomplie

20. B. Bouloc, La réforme de la banqueroute, *Mélanges Vitu*, Paris, 1989, p. 65.

aussi dans le droit des sociétés où les infractions demeurent nombreuses et souvent artificielles. Certes elles sont rarement poursuivies, mis à part l'abus de biens et le faux bilan. Mais leur survivance même constitue une menace pour les dirigeants scrupuleux et une incitation au laxisme pour les autres, enclins à penser, du fait de cette inapplication partielle, que toutes les lois peuvent être tournées impunément. Comme l'avait déjà constaté Montesquieu, les lois inutiles affaiblissent celles qui sont nécessaires. Il faut par conséquent se féliciter de voir parfois les parquets préférer la voie civile de l'expertise de gestion au déclenchement d'une action pénale, comme cela a été le cas dans l'affaire Beghin-Say[21].

11 / Dans d'autres cas, le droit pénal a cherché à s'adapter. L'exemple le plus net est celui du refus de vente opposé par un professionnel à un particulier. En période de pénurie on pouvait comprendre que ce refus soit un délit. En période normale, cette sanction démesurée n'avait plus de raison d'être. Néanmoins l'absence de toute sanction pénale, acceptable dans les relations entre professionnels, aurait été regrettable lorsque la victime du refus est un simple particulier, car le préjudice qu'elle subit est généralement trop faible pour justifier une action civile en réparation[22]. L'ordonnance du 1er décembre 1986 a donc pris une solution à la fois moyenne et raisonnable. Le refus de vente entre professionnels est entièrement dépénalisé et sanctionné uniquement par une responsabilité civile élargie (ord. art. 36-2)[23]. En revanche le refus de vente opposé à un particulier reste une infraction, mais devient une simple contravention (décr. 29 déc. 1986, art. 33). La sanction est moins afflictive pour l'auteur du refus que la comparution personnelle en correctionnelle. Elle est tout aussi sinon plus dissuasive, car le principe du non-cumul des peines ne s'applique pas en matière de police. L'amende est donc encourue autant de fois qu'il y a eu de refus. Par conséquent bien que d'un montant légal modéré, elle peut atteindre un chiffre suffisamment élevé pour faire réfléchir les contrevenants.

On pourrait faire la même constatation à propos des chèques sans provision où la combinaison des sanctions pénales et de l'interdiction bancaire d'émettre des chèques semble moins inefficace qu'une politique purement répressive[24].

21. Trib. com., Paris, 9 juin 1989, *Rev. soc.*, 1990, Somm. 76.
22. G. Roujou de Boubée, La protection du consommateur en droit pénal, *Mélanges Hébraud*, Paris, 1981, p. 735.
23. Gavalda et Lucas de Leyssac, *Prix et concurrence*, n° 93.
24. Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, *Le droit pénal du chèque*, 1980.

12 / Enfin, de plus en plus souvent, un droit de nature quasi disciplinaire prend le relais du droit pénal défaillant. Les comportements anormaux et les violations de la loi ou des règlements ne sont plus sanctionnés par des peines, sauf cas exceptionnels. Ils donnent lieu à des amendes administratives, souvent élevées, ou à des injonctions prononcées par des autorités administratives indépendantes, spécialisées dans tel ou tel secteur d'activité. Ainsi les pratiques anticoncurrentielles du type ententes ou abus de position dominante sont appréciées et éventuellement sanctionnées par le Conseil de la concurrence qui, depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, a le pouvoir d'infliger directement des amendes aux entreprises[25]. De même la police de la bourse et de l'appel public à l'épargne est assurée par la Commission des Opérations de Bourse (COB), à qui la loi du 2 août 1989 a aussi donné le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires[26]. Ce glissement de la sanction pénale vers la sanction administrative devrait permettre une répression plus efficace et plus juste, puisque c'est l'entreprise elle-même qui serait atteinte dans son patrimoine et non plus son dirigeant. Néanmoins plusieurs questions se posent.

Tout d'abord est-il légitime et démocratique de conférer à une autorité administrative indépendante le droit de prononcer des sanctions[27] ? Le doute n'est-il pas renforcé lorsque, comme dans le cas de la COB, la même autorité cumule le pouvoir d'édicter la réglementation et d'en sanctionner la méconnaissance[28]. N'y a-t-il pas là une atteinte à la séparation des pouvoirs, même si le Conseil constitutionnel a finalement admis que ce cumul n'était pas contraire à la constitution[29].

En second lieu, bien que ces organismes ne soient pas des juridictions, les droits de la défense et le principe contradictoire doivent y être respectés. De ce point de vue, on peut être relativement optimiste, car les recours contre les décisions tant du Conseil de la concurrence que de la COB sont portés devant les juridictions judi-

25. R. Drago, Le Conseil de la concurrence, *JCP*, 1987, I, 3300. — Dans sa décision du 24 octobre 1989, le Conseil a prononcé plusieurs amendes dépassant 10 millions, dont l'une de 30 millions (*BOCC*, 1989, 257).

26. P. Bezard, Le nouveau visage de la COB, *Rev. int. dr. comp.*, 1989, 929 ; N. Decoopman, Le pouvoir de sanction administrative de la COB, *Rev. dr. bancaire*, 1990, 16.

27. Sur cette question en général, v. *Les autorités administratives indépendantes*, sous la direction de C.-A. Colliard et G. Timsit, Paris, 1988.

28. C. Gavalda, Commentaire de la loi du 2 août 1989 concernant l'amélioration de la transparence et de la sécurité du marché financier, *Rev. soc.*, 1990, 1.

29. Cons. constit., 28 juill. 1989, *Rev. fr. dr. adm.*, 1989, 671, note B. Genevois.

ciaires, particulièrement attachées au respect de ces règles fondamentales[30].

Enfin ces nouvelles techniques sont-elles plus efficaees que le droit pénal ? Il est difficile de répondre. Le bilan de l'action de la Commission puis du Conseil de la concurrence semble positif. On ne peut pas encore se prononcer sur le cas de la COB, la loi du 2 août 1989 commençant tout juste de s'appliquer. Néanmoins les autorités administratives indépendantes sont dans une position difficile, car elles ne bénéficient ni des moyens d'action des administrations classiques ni de l'autorité dont disposent les organes judiciaires. De plus elles sont limitées à des attributions précises, qui ne leur permettent pas toujours d'agir dans les meilleures conditions d'efficacité.

On peut par conséquent penser que la recrudescence récente des scandales financiers est due en partie à une période de transition où le droit pénal classique a perdu son efficacité, mais où les méthodes nouvelles de prévention et de répression n'ont pas encore trouvé la leur.

13 / Mais même s'il est assez largement inefficace, le droit pénal des affaires reste nécessaire. En effet les sanctions civiles du type dommages-intérêts, nullités ou injonctions, sont souvent inexistantes ou inapplicables. Une sanction pénale réservée aux comportements les plus blâmables demeure alors le dernier rempart opposé au pouvoir insolent, immoral et corrupteur de l'argent.

30. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 876. — Ch. mixte 15 déc. 1988, *D*, 1989, 189 concl. Jeol.

RÉSUMÉ. — *En raison de son hypertrophie, le droit pénal des affaires ne joue plus son rôle. Il incrimine des infractions trop souvent artificielles et ne permet pas la condamnation des véritables délinquants. On cherche depuis peu à le remplacer par le recours à des sanctions administratives ou disciplinaires. Mais la transition se fait difficilement.*