

Fiche 1

Pénalisation et dépenalisation de la vie des affaires

- I. Une pénalisation accrue de la vie des affaires
- II. Une dépenalisation idéalisée de la vie des affaires

📖 Définition

Droit pénal des affaires : ensemble de règles de droit relatives aux infractions susceptibles d'intervenir dans la vie des affaires.

Dépenalisation : procédé législatif ou jurisprudentiel consistant, pour un comportement incriminé par la loi pénale, soit à prévoir une désescalade dans l'échelle des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à son abrogation, soit à recourir à un autre réseau de sanctions, notamment administratives ou civiles.

I. Une pénalisation accrue de la vie des affaires

Depuis deux siècles, soit depuis relativement récemment, le droit des affaires subit les assauts du droit pénal. À un point tel que ces assauts ont donné naissance à une nouvelle matière au contenu extrêmement dense, le droit pénal des affaires.

A. La naissance du droit pénal des affaires

« *Vous le saviez, vous, que pour du commercial on allait en prison ?* ». Si la réponse à cette question confine aujourd'hui à l'évidence, tel n'a pas toujours été le cas. Pendant très longtemps le droit des affaires s'est en effet passé du droit pénal. Ce n'est qu'avec l'essor du capitalisme moderne, accompagné de nouvelles formes de malversations qui révélaient les insuffisances du droit civil et du droit pénal commun que la donne a commencé à changer. Comme le constatait déjà, en son temps, le doyen Carbonnier, « *la loi dirigiste qui impose des gênes ou des*

*obligations, ne p[ouvai]t pas se fier à la bonne volonté des intéressés, non plus qu'à des sanctions civiles (la nullité du contrat, une déchéance de droits) : la menace d'une punition opérera plus vite (en quoi l'on aperçoit les limites du libéralisme). [Aussi] une méthode législative s'est [...] instaurée : il n'est guère de loi, de droit public ou privé, qui ne traîne derrière elle un codicille de droit pénal» (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Forum Flammarion, 1996, pp. 143-144). Ne serait-ce qu'en droit pénal des sociétés, cette incursion est édifiante. À l'époque même où Zola contait, dans son œuvre *L'argent*, un capitalisme triomphant (É. Zola, *L'argent*, préf. Ch. Reffait, GF-Flammarion, 2009), la loi du 24 juillet 1867 ne dénombrait que huit incriminations. Un siècle plus tard, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (JO 26 juill.) en dénombrait près de 200 (M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, PUF, 4^e éd., 2000, p. 315)...*

Face à la recrudescence de nombreux scandales financiers dont le plus célèbre, l'affaire *Stavisky*, avait provoqué l'émeute sanglante du 6 février 1934, la réponse pénale est devenue le remède aux maux rencontrés au sein des relations d'affaires. Entre 1935 et 1938, pas moins d'une vingtaine de décrets-lois ont ainsi été adoptés, dont celui à l'origine du délit d'abus de biens sociaux.

Dans le même temps, éclatait aux États-Unis le grand mouvement de départ de la recherche scientifique sur les « *criminels de la haute* ». Edwin H. Sutherland, sociologue et criminologue américain, avait d'ailleurs profité de son allocution présidentielle devant la Société américaine de sociologie, en 1939, pour employer, pour la première fois, l'expression « *White Collar Criminality* », se traduisant comme la criminalité en col blanc, aux fins de désigner l'activité illégale des personnes de niveau socio-économique supérieur, en relation avec les pratiques normales de leurs affaires. Ainsi, selon un raisonnement désormais suivi, si un courtier tue l'amant de sa femme, ce n'est pas un crime en col blanc, car cette conduite n'est pas directement reliée aux activités professionnelles du violeur ; en revanche, s'il viole une loi et qu'il est condamné dans ses rapports d'affaires, ce courtier est un criminel en col blanc (E. H. Sutherland, *White Collar Criminality*, *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1-12, n° 3). L'idée selon laquelle la criminalité n'est pas faite que d'assassins, de violeurs ou de voleurs pénétrait doucement les esprits. Le droit pénal des affaires était né.

B. Le contenu du droit pénal des affaires

On le sait, la mode est aux affaires. Par conséquent, le droit pénal des affaires ne se contente pas d'être ; il occupe aussi et surtout une place privilégiée par la logique à laquelle il entend répondre (en ce sens, A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 4^e éd., 2015, n° 7).

Cette occupation résulte principalement du contenu de la matière, particulièrement dense ; contenu qui tient lui-même son importance de la multiplicité des infractions d'affaire. Aujourd'hui, l'accroissement général de la répression



du monde des affaires ne peut en effet qu'être constatée avec évidence (v. M. Delmas-Marty, *La criminalité d'affaires*, *Rev. sc. crim.* 1974, p. 45). Au nom de l'efficacité de la répression, nombre d'infractions spécifiques ont été créées, et ce dans nombre de domaines différents.

1) *Convergence de plusieurs matières*

Le droit pénal des affaires résulte d'une convergence de plusieurs matières, dont il est la synthèse. Bien que cette discipline soit avant tout pénale, elle s'étend bien au-delà de la seule sphère du Code pénal.

- **Le droit pénal**

Parce qu'il est question d'une discipline pénale, donc dépourvue d'autonomie, le droit pénal des affaires est nécessairement soumis aux **préceptes généraux** mis en place par le législateur criminel. Ainsi, toutes les dispositions générales incluses dans le Livre premier du Code pénal trouve application en droit pénal des affaires. S'impose dès lors la démonstration, aux fins de caractériser l'infraction (C. pén., art. 121-4) ou de sa tentative (C. pén., art. 121-5), la preuve d'un élément légal, d'un élément matériel et d'un élément moral.

Le droit pénal se singularise des autres matières par l'exigence d'un **élément légal**. Traduction de l'adage *Nullum crimen, nullum poena sine lege* dégagé au XVIII^e siècle par Beccaria (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, préf. R. Badinter, GF-Flammarion, 1991 [1764]), le principe de légalité des délits et des peines, codifié à l'article 111-3 du Code pénal requiert préalablement l'existence d'un texte d'incrimination, sans lequel toute poursuite resterait vouée à l'échec. Reposant sur ce principe, le droit pénal des affaires se doit donc de le respecter ainsi que son corollaire premier, l'interprétation stricte des textes incriminations (C. pén., art. 111-4), donnant ainsi au monde des affaires assise et rigidité. Autre corollaire indéfectible : le principe de non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère (C. pén., art. 112-1, al. 1^{er} et 2^e). Aussi, seule une loi pénale plus douce trouvera à s'appliquer immédiatement (C. pén., art. 112-1, al. 3).

Outre ce préalable, le droit pénal exige, aux fins de caractériser l'infraction, la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral. S'agissant en premier lieu de l'**élément matériel**. Ce dernier se traduit la plupart du temps par un fait positif de l'agent. Cette exigence se comprend aisément dans la mesure où il est plus facile de reprocher pénalement une action qu'une abstention. Cependant, le droit pénal des affaires, et plus particulièrement le droit pénal des sociétés, recouvre une part significative d'infractions commises par fait négatif (*cf.* fiches n^{os} 21 et 22). Le but de ces infractions d'omission est double. D'une part, elles incitent, par la menace de la sanction pénale, les chefs d'entreprise à une diligence constante. D'autre part, elles facilitent le travail de preuve de la partie

poursuivante qui peut, dans cette situation, se satisfaire d'une simple carence matérielle. Consciente de cet intérêt, la jurisprudence elle-même n'hésite d'ailleurs pas à se contenter d'une négligence de l'auteur, là où la loi exige pourtant une action (v. not. en mat. d'abus de biens sociaux, fiche n° 20). S'agissant en second lieu de **l'élément moral**. Si la majorité des infractions de droit pénal des affaires sont intentionnelles, que ce soit expressément ou à titre présomptif (C. pén., art. 121-3, al. 1^{er}), la démonstration d'une telle intention est grandement facilitée par de simples constatations matérielles. Au-delà, la spécificité de la matière conduit à déduire le dol général de la fonction occupée par l'auteur de l'infraction. De manière concrète, parce qu'en qualité de dirigeant social ou de commissaire aux comptes, ces derniers ne pouvaient que vouloir et savoir, leur intention de commettre de l'infraction se présume de cette qualité. Quant au dol spécial, lorsqu'il est exigé par le texte d'incrimination, il est, le plus souvent, dissout au sein du dol général. Le délit d'abus de biens sociaux est représentatif du détournement de ces deux exigences (cf. fiche n° 20).

Au-delà du droit pénal général duquel la partie poursuivie peut encore se prévaloir de causes d'irresponsabilité (C. pén., art. 122-1 et s.), aussi bien objectives ou que subjectives, le droit pénal des affaires puise également son existence dans une branche particulière du **droit pénal spécial**. Première manifestation de la diversité de la matière, le droit pénal spécial regroupe pêle-mêle, sans cohérence connue, les qualifications pénales contre les biens les plus courantes dont la très grande majorité sont encourues par le délinquant d'affaires. D'autres qualifications ayant trait aux personnes peuvent également interférer dans le monde des affaires, comme les délits d'homicides et de blessures involontaires, de harcèlement sexuel ou encore de harcèlement moral.

- **Les autres droits**

Si le droit pénal des affaires doit se soumettre aux principes fondamentaux du droit pénal et connaît certaines infractions du droit pénal spécial, cette branche du droit présente des particularismes marqués qu'elle tient d'autres matières. Comme son nom l'indique, le droit pénal se mêle ici aux affaires. Il implique donc de connaître en premier lieu le **droit des affaires** qui donnera la matière, la raison nécessaire au cantonnement de ses sentiments (v. G. Lagarde, *Le droit des affaires, droit sentimental?*, in *Mél. R. Savatier*, p. 491).

Plus spécifiquement, les infractions relevant du **droit des sociétés**, du **droit boursier**, du **droit de la consommation** ou encore du **droit du travail** envahissent le droit pénal des affaires dès lors qu'elles sont commises dans le cadre du fonctionnement d'une entreprise.



2) *Multitudes d'infractions*

Cet éclatement du droit pénal des affaires accroît indéniablement ses difficultés d'accessibilité et d'intelligibilité. Car, au-delà des nombreuses infractions de droit commun qui intéressent le monde des affaires, un nombre plus important encore d'infractions sont réparties au sein de divers codes – Code de commerce, code monétaire et financier, code de la consommation ou encore code du travail. Un travail de classification révèle sa nécessité, à la condition de rester on ne peut plus traditionnel : les infractions de droit commun applicables à la vie des affaires et les infractions propres à la vie des affaires.

Ce mouvement inflationniste doit d'autant plus être appréhendé qu'il est loin de se tarir. À titre d'exemple l'on peut évoquer les récents débats ayant conduit à l'instauration d'un véritable « *secret des affaires* ». Cela fait maintenant quelques années que les parlementaires s'interrogent sur la pertinence de la reconnaissance d'un tel secret, et plus spécifiquement de ses conséquences, dans la mesure où il ne fait l'objet d'une protection pénale que par le biais d'infractions dont ce n'est pas l'objet, à l'instar du vol, de l'abus de confiance ou encore du recel. Début 2015, Richard Ferrand, rapporteur général de la loi dite *Macron* pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques déposait encore un amendement ayant pour effet la « *création de la notion juridique de secret des affaires* » (Rapp. n° 2498, t. 1, vol. 2) au sein du Code de commerce (v. déjà, Rapport du groupe de travail présidé par Cl. Mathon, La protection du secret des affaires, 17 avr. 2009 ; AN n° 4159, 13^e lég., Prop. loi de B. Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires). Car, actuellement, aucun des textes qui en fait déjà mention (v. not. C. com, art. L. 430-10) n'en précise les contours, pas plus qu'ils n'en prévoient les sanctions en cas de violation.

Avec cet amendement, reprenant au mot près une proposition de loi enregistrée le 16 juillet 2014 (AN n° 2139, 16 juill. 2014), était prévu un régime étendu de protection de ce secret « *relev[ant] de l'activité commerciale générale et que les actifs immatériels constituent un élément du potentiel scientifique et techniques, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle justifiant que leur protection figure à la suite des dispositions relatives au fonds de commerce* ». À côté de sanctions civiles donnant lieu à des dommages et intérêts destinée à « *compense[r] les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner et la perte, subies par la personne lésée du fait de l'atteinte, ainsi que le préjudice moral qui lui a été causé par celle-ci* » (C. com., art. L. 151-5 futur), l'amendement prévoyait surtout « *Des mesures pénales de protection du secret des affaires* » comme la création, à l'article L. 152-1 futur du Code de commerce, d'un délit de violation du secret des affaires : « *Le fait pour quiconque de prendre connaissance ou de révéler sans autorisation, ou de détourner toute information protégée au titre du secret des affaires au sens de*

l'article L. 151-1 du Code de commerce, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende». En plus de porter la peine à sept ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France, la tentative du délit était punissable.

Face à la levée de boucliers que l'annonce de la consécration du secret des affaires avait suscité (v. not. *Le Monde*, le 28 janv. 2015, Secret des affaires: informer n'est pas un délit!), cet amendement, bien qu'adopté à l'unanimité, a été retiré du projet final de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (*JO* 7 août), de sorte que le secret des affaires, auquel la jurisprudence n'hésite plus à se référer (v. un récent arrêt portant sur le pouvoir d'appréciation du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence quant à la protection de certains documents au titre du secret des affaires, Com. 19 janv. 2016, n° 14-21.670, à paraître au Bulletin: *D. actualité*, 29 févr. 2016, obs. L. Constantin) existe sans vraiment exister.

Depuis, et même si les oppositions à la consécration d'un secret des affaires perdurent, particulièrement celle émanant des journalistes, y voyant un frein à leurs libertés d'expression et d'information, le Parlement européen a adopté, le 14 avril 2016, une directive protégeant le secret des affaires. Plus exactement, cette dernière vise à instaurer un cadre juridique européen harmonisé protégeant les entreprises du vol ou de la divulgation illicite de leurs données relevant du secret des affaires. Selon cette directive (UE) 2016/943, en date du 8 juin 2016 et publiée le 15 juin 2016, le secret d'affaires est constitué par des informations répondant aux trois conditions cumulatives suivantes (art. 2):

- secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- ayant une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes;
- ayant fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes.

De façon générale, les conséquences de ce texte pour les entreprises françaises devraient être significatives. Il va permettre de préserver de nombreuses données secrètes parfois stratégiques dont l'obtention, l'utilisation et la divulgation n'étaient protégées ni par les règles pénales compte tenu de la définition souvent trop restrictive du vol (*cf.* fiche n° 6) ni par les droits de propriété intellectuelle d'application limitée. Par ailleurs, il obligera notre législateur à rédiger un texte qui transposera et étendra le régime jurisprudentiel de la concurrence déloyale. En effet, comme le rappelle Mme le professeur Sophie Schiller, certains secrets étaient déjà protégés par le parasitisme défini comme «*l'ensemble des comportements*



par lesquels un agent économique s’immisce dans le sillage d’un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire» (Com. 26 janv. 1999, n° 96-22.457, inédit). La transposition de la directive ne pourra donc pas se limiter à une simple introduction à droit constant de cette jurisprudence (S. Schiller, *Secret des affaires : la directive est publiée*, *JCP G* 2016, n° 26, 746).

Si avec cette directive, en vigueur depuis le 5 juillet 2016, la violation du secret des affaires ne fait encourir à son auteur qu’une réparation au civil (art. 6), il reste à savoir si notre législateur cèdera aux appels du droit pénal.

II. Une dépenalisation idéalisée de la vie des affaires

Avec autant d’infractions, le droit pénal des affaires se donne indéniablement de l’importance. Et ce mouvement s’inscrit au-delà des seules incriminations, en atteste la récente création d’un procureur de la République financier, dédié à la poursuite d’infractions spécifique à la vie des affaires qui pourra venir contrarier cet état de fait (L. n° 2013-1115, 6 déc. 2013 (*JO* 7 déc.); cf. fiche n° 2).

Si l’intervention, dans le monde des affaires, du ministère public en général est soutenue par la doctrine, particulièrement lorsque, « *les protagonistes cessent de se battre à armes égales et que certains d’entre eux emploient des “coups interdits”* » (M. Haschke-Dournaux, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, Thèse Paris V, LGDJ, t. 439, 498 p., spéc. p. 23, n° 24), ce n’est qu’à la condition que la sanction pénale soit judicieuse et employée avec mesure. Ultime recours protectionniste des intérêts en jeu, le droit pénal permet en effet de sanctionner les audaces trop payantes pour être honnêtes.

Toutefois, comme beaucoup de spécialistes du droit commercial le pensent, il est préférable de se défendre avec des « *armes civiles et commerciales, sans faire intervenir l’appareil, toujours effrayant, du droit pénal* » (J. Hamel, préf. de l’ouvrage collectif, *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. Étude de droit commercial*, Dalloz, 1955, p. 12) sous peine de perturber l’esprit entrepreneurial, déjà malmené d’apprendre qu’il existe un « *droit des affaires* », soit un réseau de règles gênantes.

Aussi, ce qui fut très vite constaté comme un « *excès de sévérité* » (L. Constantin et A. Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de société*, éd. A. Rousseau, 1937, p. 51), fut très vite dénoncé pour ne jamais se tarir. Car, à mesure que le monde des affaires se développait, donc réclamait une protection plus accrue, le risque pénal freinait l’activisme nécessaire à ce monde. Comme l’affirmaient avec vigueur deux auteurs, « *passer des menottes aux dirigeants, c’est entraver l’entreprise et museler la croissance* » (P. Lombard et B. Bouloc, préf. in *Guide pénal de l’artisan, du commerçant et du chef d’entreprise*, Plon, 2004, p. 18). De là est née la volonté de dépenaliser le droit des affaires. Et cette volonté de dépenalisation a, très vite,

été partagée par la classe politique, en atteste les propos tenus par le président de la République, le 31 août 2007, lors de l'université d'été du Medef: « *la pénalisation de notre droit des affaires est une grave erreur, je veux y mettre un terme [...] je veux rendre aux Français le goût du risque [et] le goût d'entreprendre [mais] comment y parvenir si au risque financier s'ajoute systématiquement le risque pénal? Si la moindre erreur de gestion peut vous conduire en prison?* » (<http://discours.vie-publique.fr/texte/077002582.html>).

Cette dépénalisation prend deux formes: la première, une désescalade des sanctions pénales, la seconde, un recours à des sanctions autres que pénales, sachant qu'en parallèle, un mouvement de déjudiciarisation prend forme.

A. La désescalade des sanctions pénales

La manifestation la plus probante de dépénalisation de sanctions pénales reste, à n'en pas douter, celle du délit d'émission de chèque sans provision (L. n° 91-1383, 30 déc. 1991 (*JO* 1^{er} janv. 1992)). Mais, en la matière, le droit des sociétés demeure le plus actif. Car, bien qu'à l'initiative de la pénalisation de la vie des affaires, cette matière lance régulièrement un appel à sa dépénalisation, ce qui a notamment permis, aux balbutiements du mouvement, d'obtenir la dépénalisation de certains cas de banqueroute (L. n° 85-98, 25 janv. 1985 (*JO* 26 janv.); v. fiche n° 23). Dès le début de ce nouveau siècle, le législateur s'est montré plus qu'actif en matière de dépénalisation du droit des sociétés, intervenant pas moins de quatre fois en l'espace de trois ans (L. n° 2001-420, 15 mai 2001 (*JO* 16 mai); L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003 (*JO* 2 août); ord. n° 2004-279, 25 mai 2004 (*JO* 27 mai); ord. n° 2004-604, 24 juin 2004 (*JO* 26 juin)). Et aujourd'hui encore, cette attitude perdure (L. n° 2014-344, 17 mars 2014 (*JO* 18 mars)), même sous couvert de prétextes simplificateurs (L. n° 2011-525, 17 mai 2011 (*JO* 18 mai); L. n° 2012-387, 22 mars 2012 (*JO* 23 mars); v. nos propos, La simplification du droit pénal ou la difficile appréhension de la définition de la simplification par le législateur criminel, *in La simplification du droit. Recherches à la confluence de la logistique et de la pratique*, Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015, p. 147).

La dépénalisation du droit des affaires n'est cependant pas toujours à la hauteur des espérances fondées. Pis, elle se révèle très souvent illusoire (v. not. s'agissant de la loi du 17 mars 2014, V. Valette-Ercole, La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation: entre dépénalisation et pénalisation, *Dr. pén.* 2014, étude n° 13) voire un véritable trompe-l'œil. Les exemples ne manquent d'ailleurs pas: le chèque sans provision peut être poursuivi sous la qualification d'escroquerie, les cas particuliers de banqueroute se trouvent désormais englobés par l'actuelle unique qualification de banqueroute et les infractions sociétaires tombent, très souvent, sous le coup de qualifications plus communes tels que le faux ou l'escroquerie.