

# Introduction



L'accroissement des échanges commerciaux a provoqué une profonde mutation du mode de fonctionnement des entreprises. La mondialisation des marchés conduit à la conclusion de transactions commerciales de plus en plus nombreuses, diversifiées, mais aussi de plus en plus rapides. Ainsi, la diversification comme l'accélération des opérations économiques, commerciales et financières imposent aux chefs d'entreprise et aux dirigeants de sociétés commerciales d'adapter constamment leurs décisions d'investissement. Ces dernières comportent, il est vrai, des prises de risques. Soumis à des situations où le futur n'est prévisible qu'avec des probabilités, les créateurs d'entreprise, les dirigeants d'entreprise et les responsables d'organisation tentent de limiter les risques financier, commercial, fiscal et social. Mais, si les risques financier, commercial, social et même fiscal recouvrent une part d'acceptabilité à travers les décisions d'investissement, il faut soulever un risque que les dirigeants ne peuvent ignorer sous peine d'accuser des conséquences très néfastes sur le fonctionnement des entreprises. Il s'agit du risque pénal débouchant sur la responsabilité pénale des chefs d'entreprise, mais aussi des entreprises lorsque celles-ci sont des sociétés commerciales dotées de la personnalité morale.

En effet, le risque pénal peut de moins en moins être ignoré par les dirigeants d'entreprise en ce qu'il débouche sur la caractérisation de la responsabilité pénale lourde de conséquences à la fois sur le plan de la vie des entreprises, la crédibilité de celles-ci, et sur le plan individuel.

La responsabilité pénale correspond à l'obligation de répondre ou de rendre compte de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi<sup>1</sup>. Dans le domaine qui nous intéresse, le risque pénal pris par les responsables d'entreprise, doit être compris comme la potentialité de pénétrer le périmètre répressif et de faire l'objet de sanctions pénales. La responsabilité pénale est matérialisée par la commission d'infractions pénales sanctionnées par des peines privatives de liberté à l'encontre des personnes physiques et par des peines d'amende à l'encontre des personnes morales. Les responsables dirigeants des sociétés commerciales, mais aussi les personnes morales peuvent payer un lourd tribut du fait d'actes commis par eux ou pour leur compte : détournements, malversations, recels, corruptions, blanchiments d'argent constituent autant d'actes susceptibles de produire des effets néfastes. Ces effets visent à la fois les citoyens, les entreprises et les responsables dirigeants.

Les citoyens peuvent, en effet, être victimes de détournements et être dépouillés de leur patrimoine, notamment par le biais des systèmes de traitement automatisé des données ou par Internet, faire l'objet de problèmes de sécurité

---

1 - Responsabilité vient du latin *Respondere* signifiant *Répondre de, se porter garant* ; Voir Not. P. Poitevin, *Dictionnaire de la langue française*, 1851, Paris. La première attestation du mot date de 1783 ; B. Pereira, *Encyclopédie-Répertoire Pénal*, Dalloz, V° Responsabilité

et de santé selon l'acquisition d'objets contrefaits, souscrire des crédits fictifs et faire l'objet d'escroqueries en chaîne.

Les entreprises peuvent être condamnées à des peines d'amende exponentielles et connaître des atteintes à leur notoriété suite à la publication des jugements de condamnations pénales pour escroquerie, recel d'escroquerie, présentations de comptes annuels inexacts, banqueroute, corruption, favoritisme, etc. La réputation des marques, objet même de l'identité des entreprises, est susceptible de connaître des atteintes graves. Les actionnaires peuvent également subir d'importants dommages du fait des agissements des dirigeants. Les entreprises sont susceptibles de faire l'objet de fermeture selon les circonstances de la commission des infractions.

Les responsables dirigeants, de même que leurs complices selon les cas (banquiers, analystes financiers, experts comptables, commissaires aux comptes, cadres commerciaux) peuvent se voir infliger des interdictions de gérer ou d'exercer certaines activités professionnelles et faire l'objet de peines privatives de liberté. C'est dire que le risque pénal dans le secteur des affaires comprend un intérêt grandissant compte tenu de ses conséquences sur les organisations et sur les libertés individuelles. Mais, par risque pénal, on doit aussi comprendre la probabilité d'être victime d'agissements frauduleux, ce qui conduit à la problématique de la sécurisation des investissements des entreprises sur le marché. En d'autres termes, la responsabilité pénale, découlant du risque pénal pris par les acteurs économiques, doit être vue dans deux sens, ces derniers étant complémentaires : celui consistant à prendre le risque de commettre un acte prohibé par la loi et à s'exposer aux sanctions pénales, mais encore celui consistant à être l'objet même de ces agissements frauduleux et à rechercher les moyens de réparation au profit des entreprises victimes.

Le terme « entreprise » comporte un sens plus économique que juridique. Il présente l'intérêt de viser à la fois l'entreprise individuelle, les sociétés commerciales en tant que personnes morales et les groupes de sociétés. L'appréhension de la responsabilité pénale ne sera donc pas la même selon la structure juridique et la taille des entreprises, même si la gestion du risque concerne toute entreprise quelle que soit sa forme.

Ainsi, quel que soit le type d'entreprise, il s'agit d'appréhender les infractions pénales d'affaires et leurs conséquences lorsque des risques ont été pris au delà de ce qui est permis par la loi. De la même manière, il est question de caractériser les comportements susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale : s'agit-il d'un abus de confiance, d'un faux, d'un abus de biens sociaux, d'un faux bilan, d'un délit d'initié, d'une contrefaçon, ou d'un blanchiment.

Aussi, le domaine répressif des affaires connaît-il une évolution remarquable tant il touche à un secteur en constante mutation : d'abord, dans le contexte de la mondialisation, le mode de commission des infractions est de plus en plus sophistiqué et étendu sur l'espace géographique posant alors des difficultés de

preuves face aux dommages subis par les entreprises; ensuite, et c'est le paradoxe, les acteurs économiques déplorent l'inflation législative qui conduit au « tout répressif » et empêche l'exercice optimal de la liberté d'entreprendre.

S'agissant du mode de commission des infractions, on ne peut que relever le fléau de l'internationalisation des infractions d'affaires procurant des profits illégitimes colossaux. Si l'économie s'internationalise, la criminalité d'affaires s'internationalise également. Or, le domaine répressif constitue l'une des expressions directes de la souveraineté de chaque Etat. Autrement dit, le droit criminel des affaires est un droit essentiellement national. Il en est ressorti de nombreuses difficultés pour lutter contre le fléau de la délinquance internationale. Aussi, a-t-on relevé que le produit criminel mondial brut dépasse les 1000 milliards de dollars, soit 20 % du commerce mondial. La dimension occulte de la levée des frontières ne trouve donc qu'une réponse nuancée compte tenu du caractère national du droit pénal. Ainsi, une escroquerie peut être définie différemment selon les Etats. Si l'escroquerie a été commise pour partie dans un Etat et pour partie dans un autre Etat, il devient délicat de procéder à des poursuites efficaces si les incriminations ne sont pas équivalentes dans les deux Etats. Dès lors, cette dimension internationale de la commission des infractions pose le problème de la disparité des preuves et de leur recevabilité constituant pourtant un préalable à la répression d'une délinquance de plus en plus ingénieuse.

Il est vrai qu'actuellement on assiste à une coopération interétatique de plus en plus étroite. L'exemple européen constitue à cet égard un modèle de coopération pénale progressif. Néanmoins, cette coopération demeure encadrée par l'impératif d'harmonisation des législations répressives nationales. Elle ne constitue qu'un instrument perfectible de lutte contre la délinquance d'affaires internationale en ce qu'elle n'aboutit pas à un droit autonome et uniforme destiné à enrayer le phénomène criminel d'affaires au-delà des frontières. Il est vrai encore que de nombreuses conventions internationales ont été ratifiées telles que celle de Palerme relative à la délinquance organisée, ou celle du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre le blanchiment. Ces conventions proposent de définir certaines infractions d'une certaine façon orientant les Etats membres à réformer leurs législations en conséquence. Un progrès est alors réalisé parce que les législations sont conduites à se rapprocher, ce qui favorise l'harmonisation des lois et le développement de la réciprocité des incriminations et autant de possibilités nationales de poursuites et de condamnations des actes illicites. Mais, il en ressort forcément des limites parce qu'à travers le principe d'harmonisation coexistent les souverainetés nationales, et la résurgence de leurs expressions sous forme de réserves étatiques. Cela revient au constat que si la délinquance internationale ne souffre d'aucune frontière, les moyens de poursuite et de répression sont conditionnés par des frontières juridiques et politiques tenant à l'une des expressions des souverainetés étatiques. Parce que la matière est répressive et relève du pouvoir régalién de l'Etat, la coopération pénale internationale n'aboutit

actuellement qu'à une forme de mise en compatibilité des lois des Etats, ces lois n'étant applicables que dans chacun des Etats concernés. Il s'agit alors de comprendre que si les infractions d'affaires et financières s'internationalisent, seules les lois nationales sont compétentes, même si elles sont conformes aux conventions internationales et européennes. Il en ressort encore des conflits de lois pour un acte illicite internationalisé. C'est dire que le risque pénal doit alors être entendu par les entreprises, non plus seulement à travers la crainte d'une condamnation pénale, mais également à travers celle de s'implanter sur des territoires peu réglementés. Tel est le cas de la corruption internationale conduisant les entreprises à ne pas conclure avec tel ou tel partenaire parce que le risque de corruption est important, ou au contraire à conclure par des versements de sommes occultes pour être certaines d'acquérir un nouveau marché.

Dans une autre expression, ce qui peut paraître contradictoire, on assiste également à des critiques relatives à l'inflation législative sur le plan national. En effet, si les acteurs économiques admettent volontier que la régulation pénale est une nécessité face aux agissements infractionnels rompant tout principe d'égalité sur le marché, ils déplorent dans le même temps une législation pénale trop abondante. Cette abondance normative serait même un frein à la liberté d'entreprendre. Certains vont même jusqu'à affirmer que la frontière entre le risque normal de gestion et le risque pénal tend à devenir de plus en plus ténue. En réalité, il faut se garder de certaines exagérations : le dirigeant de PME, victime d'agissements frauduleux, ne se plaindra pas que le système pénal existe et joue le rôle de rétablissement de l'Ordre public. Ainsi, la responsabilité pénale telle qu'envisagée par la législation est destinée à protéger également les intérêts des entreprises, et ceux des chefs d'entreprise contrairement à une image répandue selon laquelle cette responsabilité n'incombe qu'à ces derniers. En effet, la responsabilité pénale ne vise pas seulement les actes frauduleux développés par les dirigeants d'entreprise. Parce que le système économique comporte une multitude d'acteurs, il doit forcément comprendre à la fois le chef d'entreprise responsable pénalement, comme le chef d'entreprise victime et souhaitant engager la responsabilité pénale de partenaires commerciaux peu scrupuleux. Il en sera de même pour l'entreprise, si celle-ci est une société commerciale bénéficiant de la personnalité juridique. Cette dernière peut voir son patrimoine affecté par des agissements frauduleux émanant d'autres entités, ou d'autres sociétés commerciales, qu'il s'agisse d'un abus de position dominante, d'un acte de corruption, de contrefaçon rompant l'égalité sur le marché. L'enjeu, pour les responsables d'entreprise, est donc d'appréhender le déclenchement comme l'étendue de la responsabilité pénale dans les deux sens : soit, ils sont poursuivis pour des infractions, et il s'agira de comprendre la délimitation de cette responsabilité pénale et de connaître les moyens de l'écartier ; soit, ces mêmes dirigeants, mais encore les associés, les actionnaires souhaitent provoquer l'Action publique afin

de faire condamner les acteurs économiques dans leurs agissements frauduleux. Il sera alors question de faire reconnaître la responsabilité pénale de ces derniers.

Pour ces deux sens, le périmètre pénal comprend une délimitation légale et répond à un besoin impérieux de régulation. La dernière commission relative à la dépénalisation de la vie des affaires (Rapport Coulon, 2008) réaffirme même cette nécessité et propose de ne dépénaliser que les infractions devenues désuètes. Pour le professionnel de l'entreprise, la problématique réside davantage dans le fait de comprendre le mécanisme de reconnaissance de cette responsabilité selon le risque pénal pris, puis la mesure de cette responsabilité pénale suivant les circonstances. Or, cette mesure de la responsabilité pénale est fonction d'un principe fondamental, celui de la liberté ne devant souffrir de limite que par la loi.

En effet, le principe demeure la liberté sous réserve du respect de la loi. En d'autres termes, tout ce qui n'est pas interdit par la loi est permis : la liberté d'entreprendre est donc garantie. Les contours du risque pénal sont déterminés selon un principe fondamental consacré par les Etats : le principe de la légalité. Il s'agira alors de savoir jusqu'où ne pas aller trop loin. C'est l'application de ce principe qui permettra à l'intéressé de comprendre à partir de quel moment il engage sa responsabilité pénale et comment il peut exercer sa liberté d'entreprendre d'une manière acceptable. Une fois les contours du risque déterminés, l'intéressé pourra mieux appréhender la mesure de la responsabilité pénale selon les faits commis. Cette responsabilité doit être comprise à travers la caractérisation de l'acte : s'agit-il d'un abus de confiance, d'un abus de biens sociaux, d'un délit d'initié, d'une banqueroute. Il s'agit donc de l'étude de chacune des infractions d'affaires, de leurs spécificités et de leurs conséquences. On pourra alors d'autant mieux comprendre les moyens de lutte contre de tels agissements sur le plan international.

Dès lors, la responsabilité pénale des entreprises et celle des chefs d'entreprise peuvent être maîtrisées par la connaissance des principes directeurs visant à délimiter cette responsabilité. Les principes de détermination de la responsabilité pénale permettront alors d'appréhender l'engagement de la responsabilité pénale selon le type d'infraction pénale commise. Il s'agira alors de caractériser les infractions d'affaires. Mais, parce que l'internationalisation des échanges économiques a eu pour effet de mondialiser la commission de ces infractions, on doit d'abord comprendre le contexte mondial de la délinquance d'affaires ; ensuite, viser les principes de la responsabilité pénale, puis les infractions d'affaires, une par une, et enfin réaliser quels sont les moyens dont on dispose pour lutter contre de telles infractions d'affaires.