

OBSERVATIONS FINALES

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social*

Les enjeux de la pénalisation de la vie économique sont trop consistants et sérieux pour être traités à la légère. Le sujet est trop complexe et délicat pour n'être l'objet que d'un discours de plus. Il est fondamental et la sensation que nous vivons un tournant dans les rapports entre le droit pénal et la vie économique est trop partagée pour que nous en parlions sans prudence, c'est-à-dire sans le souci permanent de distinguer les choses au fur et à mesure que l'on avance.

Sur le fond, il ne s'agit pas ici de tenter une nouvelle explication des phénomènes qui nous les rendrait transparents, de dresser une théorie révolutionnaire qui les mettrait en lumière et au passage nous éblouirait, de brandir des remèdes miracles, vite éventés. La mode en est passée. Nous ne vivons plus dans l'illusion de la Raison qui nous éclaire au crépuscule. Mais nous avons encore un espoir dans le raisonnable, c'est-à-dire dans l'ajustement des discours traduisant des intérêts certes particuliers mais légitimes pour l'auteur qui les émet. Ces discours, du législateur, des juges, des responsables économiques ou politiques, de l'actionnaire, du salarié, de l'avocat, du conseil, doivent s'articuler les uns avec les autres. Ce qui est raisonnable réside dans l'ajustement de ces discours et non dans la suprématie d'un discours sur un autre car la Vérité et la Raison ne peuvent être d'un seul et même côté.

L'intérêt général est dans l'équilibre. Équilibre des intérêts privés, tout d'abord, comme l'a rappelé le Président Pierre Bézard ; équilibre des ordres publics en cause, ensuite, comme l'a souligné le Procureur général Pierre Truche, cet équilibre si complexe à établir et dans lequel se fait l'art de la politique de l'action publique ; équilibre des pouvoirs, encore, des pouvoirs au sein de la société commerciale, auquel Dominique Schmidt consacre le cœur de ses réflexions, équilibre au sein de l'entreprise entre les syndicats et les employeurs, rappelé par Jean-Emmanuel Ray ; mais aussi équilibre des pouvoirs au sein de la société globale, entre le pouvoir de l'argent et le pouvoir du droit, comme le rappelait Dany Cohen, équilibre entre le pouvoir de la presse et le pouvoir du droit, comme nous l'évoquions tous dans les discussions. Car c'est de ces équilibres particuliers et généraux, qui se balancent eux-mêmes les uns les autres, que le droit est chargé. Si les organes en charge de rendre effectives les règles du droit, tels l'administration ou le juge, sortaient de cette mission décisive de maintien ou de restauration des équilibres, s'ils voulaient dépasser cette fonction centrale d'ajustement pour investir précieusement un discours particulier, si justifié soit-il par ailleurs pour ses auteurs, alors

proposer des réponses, il faut formuler des questions. Mais pour formuler des questions, il faut pouvoir clairement analyser la situation. Or, le flou règne.

Ainsi, avant toute chose, il faut dissiper les confusions et lutter contre les incompréhensions. Les intervenants l'ont fait. Une fois éloignées les incompréhensions, apparaissent plus nettement les contradictions dont le droit pénal économique souffre par endroits et la nécessité corrélative d'opérer des choix. Si l'on peut éviter de choisir, le dépassement dialectique réside sans doute dans la régulation interne des sociétés.

I. — LES INCOMPRÉHENSIONS QUI TRAVERSENT LA PÉNALISATION DU DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

L'incompréhension est l'ennemi du droit pénal en général. Il en va de l'effectivité de la légalité des délits et des peines, car comment respecter ce dont on ne comprend pas le sens ? Il doit y avoir de l'immédiateté dans le droit pénal, puisque que, contrairement à d'autres branches, nous en sommes tous les destinataires obligés.

Mais l'incompréhension est l'ennemi du droit pénal économique en particulier. En effet, lui faisant ainsi un excès d'honneur, les juges semblent adhérer tacitement à la théorie de la pleine rationalité économique du dirigeant d'entreprise. Dany Cohen nous l'a dit : il y a toujours de la préméditation présumée dans l'appréciation de l'action du chef d'entreprise. Celui-ci a tout prévu lorsqu'il a décidé, a analysé exhaustivement et exactement son environnement, a anticipé les suites, et du contexte, et de sa décision dans ce contexte. Là encore, Dany Cohen nous l'a montré : il y a assimilation entre intérêt du dirigeant d'entreprise et calcul. Cet excès d'honneur porte en germe l'excès d'indignité puisqu'il semble peu efficace pour le chef d'entreprise d'affirmer qu'il a pris une décision sans en mesurer tous les risques et les conséquences. Passer pour un idiot pour éviter la figure du calculateur sardonique est une piètre alternative rhétorique...

Toujours est-il qu'on estime que les prescriptions juridiques doivent agir en amont sur la rationalité économique de celui qui décide. La perspective de la condamnation pénale doit influencer, et empêcher l'acte. Dès lors, si l'infraction est néanmoins consommée, c'est en connaissance de cause : la sanction se justifie par le seul fait de la commission. La multiplication des présomptions de culpabilité, si bien décrites, voire dénoncées, par Bernard Bouloc tient certes à des facteurs techniques liés à des difficultés probatoires nouvelles mais aussi, d'une façon plus intuitive, à une définition de la rationalité économique qui prête au dirigeant d'entreprise une capacité à tout savoir et à tout considérer. Cela est déjà fort douteux sur le terrain de la théorie économique. D'ailleurs, le Directeur général Christian Babusiaux a souligné le rôle de l'incertitude dans l'économie de marché et Christian de Boissieux a évoqué des situations d'imprévisibilité totale ! Dès lors, il y a comme de la magie dans un tel postulat.

Cela est en tout cas très contestable sur le terrain de la réalité juridique. En effet, comment le responsable économique prendrait-il en compte la masse de textes répressifs, qu'il ne connaît pas et auxquels il ne comprend guère ? Ainsi l'opacité des textes répressifs, les difficultés liées à l'existence d'une jurisprudence qui s'autorise à être créatrice sans pour autant faire l'objet d'une publication officielle la rendant opposable, contredisent trop souvent ce calcul de rationalité dont

on crédite le chef d'entreprise pour mieux le sanctionner. D'ailleurs, la jurisprudence par nature est marquée d'une incertitude et Jean-François Prat a par exemple évoqué les hésitations quant à la validité du procédé des fusions rapides. Qu'advient-il si les conseils rassurants prodigués par certains actuellement butent, des années plus tard, sur une appréciation sévère du juge répressif ? Cette contradiction est déraisonnable.

D'ailleurs, pour prendre en considération la loi pénale dans son acte, encore faut-il que le dirigeant connaisse l'acte. Or, le droit a organisé des sortes de responsabilités pénales pour autrui. Le dirigeant doit répondre d'actes commis par des salariés de son entreprise ou de son groupe, actes dont il n'a pas la moindre idée. Le Président Claude Heurteux nous a parfaitement éclairés sur cette situation possible. Le mécanisme de la délégation, loin d'être une exception bizarre, est plutôt un retour au principe de la personnalité des délits et des peines. Mais l'on sait que les conditions de la délégation sont très restrictives ; il arrive même qu'elle soit exclue, en matière financière notamment.

Dès lors, la rationalité ne s'exerce plus dans la commission de l'acte mais dans le préalable de l'organisation de l'entreprise, qui doit être conçue par le dirigeant de telle façon que celui à qui il ne peut dicter ses actes utilise son pouvoir de telle sorte que l'intérêt de l'entreprise soit satisfait, et l'intérêt particulier du dirigeant préservé. C'est la rationalité au carré. La théorie financière de l'agence s'y est attaquée. Quelle que soit l'ambition du projet, on relèvera ensemble que la solution réside dans l'organisation et la régulation interne des entreprises, puis dans l'efficacité du juge civil. Le garde des Sceaux l'a souligné : les limites aux excès que l'on est parfois tenté de relever en droit pénal économique se trouvent dans l'institution judiciaire civile, dans sa rapidité, dans son efficacité. Les solutions aux problèmes posés par le droit pénal économique sont dans le droit des sociétés et dans l'institution civile.

Enfin, l'incompréhension est l'ennemie jurée du procès, procès qui doit être la seule voie par laquelle le droit pénal se réalise. Le premier des droits de la défense, celui qui porte tous les autres, c'est le droit de comprendre. Comprendre pour réagir, comprendre pour convaincre à son tour, comprendre pour accepter le jugement qui vient. Que les dirigeants d'entreprises aient été très décontenancés par les gardes à vue, mise en examen, etc., cela est finalement question d'acclimatation de la part d'un groupe social peu habitué à son aptitude pénale. L'on pourrait même poser que le fait de faire subir aux responsables économiques les mêmes affres kafkaïens que les autres justiciables est une manifestation du principe d'égalité, consistant à traiter aussi mal les uns que les autres. La consolation est médiocre, comme l'a montré perspicacement Dany Cohen, avant de souhaiter des lendemains qui grincent moins, au bénéfice de tout le monde.

Mais il y a une spécificité dans la poursuite des responsables économiques et politiques : c'est la rapidité de la condamnation. Les droits de la défense et le principe du contradictoire exigent certes que le procès se cantonne dans un délai raisonnable (3), parfois mis en danger par la tendance des juges à vouloir tout comprendre dans sa globalité, la tentation décrite comme celle du « dossier Baobab ». Mais il faut que soit aussi ménagé le temps de l'argument. Or, si certains des responsables politiques et économiques sont l'objet de procès-éclairs, sont pris complètement de vitesse, c'est que le procès pénal aujourd'hui se réalise hors de la procédure pénale : le journal télévisé tient lieu d'instruction et le plateau de

(3) *Le temps dans la procédure*, Dalloz, à paraître.

prétoire. Dany Cohen évoquait à ce titre un déplacement du procès pénal, mais faut-il aller encore plus loin dans l'analyse en soutenant que nous en sommes mêmes radicalement sortis ?

En tout cas, le temps des médias est celui de l'instant et il est foudroyant pour les personnes en cause. Comme cela a été dit dans la discussion, c'est la presse quotidienne qui fait le plus mal, et ce parce qu'elle paraît tous les matins, ou tous les soirs. Et quand la parution est faite, comme le souligne le Président Claude Heurteux, le mal est fait. Là, il ne s'agit plus de dire que les dirigeants d'entreprises sont aussi maltraités que les autres : ils sont davantage maltraités que les autres. La gloire ne peut comporter une telle rançon.

Le secret de l'instruction, qui semble appartenir désormais à l'histoire du droit, avait la vertu de préserver non seulement les informations mais aussi la lenteur de leur agencement et, pour le juge, ce que Bernard Bouloc désigne comme le temps de la réflexion pour apprécier les preuves. La modernité logistique a permis les guerres-éclair qui favorisent tactiquement l'agresseur ; la médiatisation apporte les procès-éclair où il n'est pas bon d'être l'agressé... N'est-ce pas la présomption d'innocence qui reste alors à terre ?

Ces incompréhensions, on peut les surmonter. Clarifier les textes pour les comprendre. Envisager de recodifier à cette fin la matière ? Le garde des Sceaux l'évoquait. Simplifier les incriminations dans le même temps qu'on les précise, pour qu'on sache à quoi s'attendre. Mais l'histoire, si bien éclairée par Bernard Schnapper, semble montrer que l'on n'a jamais vu un système juridique se simplifier. Aucune société ne s'est jamais simplifiée ; aucun droit ne s'est jamais simplifié, en raison de cette porosité qui existe entre le droit et la société. Doit-on souhaiter, contrairement aux principes, que les lois non appliquées tombent en désuétude et que nous fêtions la belle mort des lois pénales ?

S'il n'en est pas ainsi, s'il ne peut en être ainsi, que faire alors ? La révolution ? Et le rêve de la page blanche qu'elle emporte avec elle ? Un droit tout neuf. Certes, le Bâtonnier Bernard Vadier a très précisément décrit la simplification des incriminations et la dépenalisation effective du droit des procédures collectives. Mais, et l'on s'en est assez plaint..., les lois des 25 janvier 1985 ont été justement présentées comme révolutionnaires en la matière !

Peut-être peut-on attendre le même effet de cette autre révolution qu'est la responsabilité pénale des personnes morales, qui concerne toute organisation (Pierre Delvolvé a évoqué de la responsabilité pénale des collectivités publiques) et met en place de terribles sanctions (le Procureur général Pierre Truche a rappelé la possibilité de l'exclusion de l'entreprise des marchés publics, autant dire la peine de mort). Certes, Jean-Emmanuel Ray y associe la perspective d'une disparition du droit pénal du travail, mais d'autres craignent au contraire le cumul des responsabilités. La jurisprudence est en genèse et les réflexions encore nécessaires.

Toujours au titre des solutions, peut-être songer plutôt à familiariser le monde de l'entreprise avec le judiciaire, pour que les deux systèmes, économique et juridique, ne s'entre-dévoient pas. Insérer dans la culture de marché la culture de sanctions des comportements indelicats afin que les réajustements s'opèrent selon le schéma développé de façon rassurante par Christian de Boissieu. Transférer dans la presse et la télévision les droits de la défense car, si la télévision ne peut s'empêcher de se substituer au procès, alors qu'elle en adopte les limites. Si tu ne vas aux droits de la défense, que les droits de la défense aillent à toi. Voilà des solutions en florilège.

Mais les apories sont plus nettes lorsqu'on relève un autre vice fondamental : l'ensemble des contradictions qui affectent le droit pénal économique. Et la con-

tradiction est beaucoup plus difficile à surmonter puisqu'on ne peut l'aplanir par compromis. Il ne suffit pas de qualifier rhétoriquement ce qui est véritablement contradiction du terme facile de paradoxe. Paradoxe, paradoxe, que d'incohérence supporte-t-on en ton nom ! Ne peut-on assumer qu'il faille plutôt choisir l'un des termes de la contradiction ?

II. — LES CONTRADICTIONS QUI AFFECTENT LE DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

Or, en matière de droit pénal économique, il faut prendre acte des contradictions qui l'affectent. L'on observe même une sorte de participation croisée puisque, tout à la fois, le droit positif désigne des phénomènes distincts d'un même mot ou nomme sous des appellations distinctes ce qui est en réalité un phénomène unique. Premier cas : on désigne sous le même mot les dispositions pénales essentielles et les dispositions pénales instrumentales et accessoires à des règles civiles ou commerciales. Second cas : on dénomme sanctions administratives d'une part et sanctions pénales d'autre part des sanctions identiques.

Prenons la première contradiction. On a créé un droit pénal accessoire, en assortissant toute disposition ordinaire, ancienne ou nouvelle, d'un petit codicille répressif. Il s'agit de rendre celle-ci effective. Le droit pénal devient quasiment un outil de procédure, toujours disponible et de fait toujours accolé à tout vœu du législateur, devenu imprudent à force d'être impérieux. Ainsi, le délit de favoritisme, sur lequel Pierre Delvolvé nous a éclairés, apparaît à certains comme une sorte de rattrapage des défaillances des textes ordinaires. Maintenant, l'outil est formé, l'arme est insérée dans l'arsenal répressif. Que deviendra-t-elle ?

Cela nous éloigne singulièrement d'un droit pénal en vase clos, c'est-à-dire de l'ensemble des incriminations qui valent à titre principal, tel les crimes de sang ou les vols. Ceux-là sont les « équivalents symboliques » évoqués par le garde des Sceaux. Cela ne signifie pourtant pas que le seul droit pénal soit le « vieux droit pénal », quelle que soit la solidité du décalogue sur lequel il s'appuie. Au contraire, Jacques-Henri Robert nous a montré, petites sarcelles à l'appui, que les corps de règles nouvelles, le droit de l'environnement notamment, peuvent créer du droit pénal fondamental et autonome. Ainsi, la distinction s'opère non au regard du temps de la construction législative mais du caractère accessoire ou autonome des incriminations, même s'il est vrai que le droit pénal instrumental paraît un exercice auquel est plus enclin le législateur moderne.

Au regard de cette distinction conceptuelle, dont Jacques-Henri Robert a montré de façon appliquée la pertinence, il est contradictoire de donner une puissance identique au droit pénal autosuffisant et au droit pénal instrumental, car ce dernier devrait avoir une emprise plus faible sur les acteurs économiques et sociaux. Mais, tout au contraire, le droit pénal instrumental, — celui dont le droit pénal économique est fait puisqu'il s'agit de rendre effectives les dispositions substantielles du droit de l'entreprise, du droit de l'environnement, du droit de la concurrence, du droit du travail, etc. —, est plus puissant que le droit pénal fondamental. En effet, son interprétation est colorée par la règle principale, laquelle peut être imprécise ou très vaste puisqu'il ne s'agit que d'une règle civile. L'application de la règle pénale est largement pratiquée puisque c'est à l'effectivité de la règle civile générale sous-jacente qu'il convient principalement de songer.

Ainsi, en tirant conséquence du caractère accessoire du droit pénal, on aboutit au résultat paradoxal qu'on en accroît la puissance. Plus le droit pénal n'est que l'accessoire et plus il est omnipotent. Un exemple, emprunté à Dominique Schmidt. Le délit de présentation de faux bilans est accessoire à l'obligation civile d'une comptabilité constitutive d'image fidèle. Le résultat se retrouve dans la jurisprudence pénale pour laquelle le faux bilan est le bilan dont l'image n'est pas fidèle. Nous retrouvons alors par un effet de boucle l'obligation civile d'un bilan fidèle... Ainsi, l'éloignement de l'instrument pénal par rapport à un droit pénal classique constitué d'incriminations principales, qui se suffisaient à elles-mêmes, bref son décalage par rapport au fondamental, accroît sa puissance. Il y a là contradiction.

Plus encore, ce caractère accessoire brouille le système juridique dans son ensemble. Car, en tant qu'il est accessoire, le droit pénal est partout, petit frère dont chaque branche du droit est flanquée. Or, il demeure autonome, en tant qu'il constitue une branche spéciale, en cela il n'est pas tenu par les règles qui limitent le droit principal.

Ainsi, comme on l'avait reproché à la responsabilité civile ayant vocation à détruire tous les régimes spéciaux, la responsabilité pénale corrode les distinctions les plus élémentaires des branches principales. Le Président Jacques Larché a parfaitement éclairé la question de la faute de service, socle du droit de la responsabilité administrative, devenue inopposable lorsque la responsabilité pénale du fonctionnaire est envisagée. Mais voilà la contradiction : il n'est pas possible dans le même temps d'interpréter largement le texte répressif parce qu'il n'est que l'accessoire d'une règle civile ou de droit administratif et de revendiquer son autonomie pour que cette ampleur ne trouve plus de limitation dans la règle principale. L'exercice cumulé des deux voies contradictoires a pour effet d'éliminer la limite intrinsèque à la règle pénale (telle l'interprétation restrictive des textes) et sa limite extrinsèque (telles les distinctions sur lesquelles se construisent les matières principales). La contradiction est patente ; beurre et argent du beurre, la sagesse populaire l'exprime sous cette forme. Le déraisonnable est si net que le législateur songe à intervenir en la matière.

Plus généralement, on aboutit à une autre contradiction : il est apparemment plus facile d'être condamné pénalement que civilement. Le système doit rejeter ce résultat défavorable. Le pénal est plus grave que le civil ; il ne doit pas être plus facilement retenu que le civil. Il est plus grave dans son acte même d'incriminer et de poursuivre, il est plus grave dans la stigmatisation qu'il s'attache, il est plus grave dans les conséquences concrètes, même si l'on en reste aux sanctions pécuniaires, du fait notamment qu'elles sont inassurables. Il faudrait donc revenir sur l'état du droit positif et faire en sorte qu'il soit plus difficile d'être condamné pénalement que d'être condamné d'une autre façon. Pour cela, soit on réaffirme qu'il s'agit bien de droit pénal et l'on interprète restrictivement, plus restrictivement que s'il s'agissait d'une disposition non répressive, soit on innove en posant qu'il s'agit d'un droit neutre d'effectivité d'une règle ordinaire et l'on revient alors sur le principe d'une autonomie du droit pénal qui n'a plus de fondement.

En tout cas, on ne peut pas en rester là car et enfin, à l'échelle du système juridique, la contradiction est avérée. Il est impossible de continuer à traiter en matière autonome, étanche, un ensemble de règles qui a recouvert l'entier système juridique tout en provoquant des chocs nés d'incompatibilités. Le système est dépourvu de règles de conflit, qui permettraient d'organiser le partage entre le pénal et le non-pénal. Certes, le Bâtonnier Bernard Vatier a montré que le système fonctionne de façon satisfaisante en matière de faillite : il faut alors le prendre comme

exemple. La législation de 1985 prévoit des règles de renvoi, lorsque les comportements basculent dans le gravement répréhensible et l'intentionnel.

L'analyse qu'a menée le Bâtonnier permet d'opérer plus nettement la distinction entre le subsidiaire et l'accessoire. Elle a été reprise par le prêtre Stefano Mogini. En effet, le droit pénal est subsidiaire, en ce qu'il se définit comme l'exceptionnel, cantonné par rapport au principe de liberté et de la régulation civile, mais un exceptionnel aussi au sens où sa supériorité est conservée. Si l'on passe du droit pénal subsidiaire au droit pénal accessoire, il se dégrade alors au niveau de la règle banale et généralisée, à la remorque de dispositions civiles plus importantes que lui.

Il semble en être de même en droit de la concurrence, comme l'a démontré le Directeur général Christian Babusiaux, en ce que l'article 17 opère des règles de renvoi satisfaisantes lorsque l'entente s'avère frauduleuse. Mais il convient de remarquer dans ce dernier cas que le droit de la concurrence non-pénal est déjà lui-même de nature répressive. Hors ces renvois nettement opérés, on a l'impression que les catégories et les distinctions du système juridique sont noyées, perdues sous la vague pénale. Ainsi, c'est bien le droit pénal qui attaque le plus violemment la spécificité du droit administratif par rapport au droit commun. On peut éventuellement s'en réjouir, si l'on doute de la pertinence de cette *summa divisio* mais il faudrait alors proposer de nouvelles lignes de partage, car le droit pénal ne peut être le moteur d'un système juridique. En effet, il ne vaut que par ce à quoi il porte exception, certes légitime : la liberté. C'est cette dernière qui est le moteur.

Il faut donc songer à faire rentrer le droit pénal dans ses foyers. Mais son foyer n'est pas le moindre ! Il est même au cœur des organisations sociales, comme le rappelait le garde des Sceaux, puisque le droit pénal sanctionne des actes intentionnels, graves et moralement répréhensibles. Mais il faudra alors prévoir d'autres mécanismes de régulation des comportements ordinaires. Le système juridique est-il à reconstruire ?

Si l'on a le droit de poser la question, peut-on aller plus loin et poser une nouvelle alternative ? En effet, si nous devions donner acte de l'absence d'autonomie substantielle du droit pénal instrumental, faut-il mettre en question l'autonomie juridictionnelle ? Le droit pénal est appliqué par les juridictions répressives. Mais si bien des dispositions répressives cessent d'être constitutives d'un droit autonome et sont les auxiliaires d'effectivité de règles civiles, commerciales, sociales, etc., ce bouleversement doit-il être traduit dans l'organisation juridictionnelle ? Le Président Pierre Bézard, dans une autre enceinte, a émis la perspective d'une chambre de la Cour de cassation spécialisée en droit des affaires, dans ses aspects commerciaux et dans ses aspects pénaux.

Tous les juges auraient alors une face répressive. Par exemple, le juge civil en charge du droit de la consommation appliquerait également le droit pénal de la consommation, tandis que les juridictions répressives conserveraient l'office majeur, l'office supérieur de rendre effectif le droit pénal fondamental. Le schéma n'est qu'esquissé et supposerait bien sûr la présence du ministère public auprès de chaque juridiction en charge du corps de règles principalement civil et du volet répressif qui lui est attaché. Est-ce que cela serait le chaos ? À tout le moins le scandale ? Mais nous avons l'exemple des juges consulaires, avancé par le Président Jean-Pierre Mattei, la part que la chambre des sanctions prend à l'application du droit des procédures collectives, la réussite de la présence du ministère public auprès des tribunaux de commerce. Peut-on songer à généraliser la méthode ? L'articulation des règles de natures distinctes et de gravités grandissantes serait sans doute plus aisée à opérer.

Car nous pouvons avoir des articulations entre des qualifications tournantes ou correspondant à une aggravation des comportements. Ainsi, si l'on en reste à la lettre et à l'esprit des textes ; si, suivant le Directeur Philippe Durand, on distingue nettement l'acte anormal de gestion, c'est-à-dire l'anomalie objective de gestion, analysée pragmatiquement, et l'intention délictueuse, analysée strictement, c'est-à-dire l'abus de biens sociaux ; si l'on respecte la gradation ; si l'on n'utilise pas l'un comme marchepied de l'autre ; si l'on n'utilise pas la qualification la plus grave pour aboutir plus sûrement à la moindre grave, alors il y a bien articulation et non pas confusion. Mais, à entendre les discussions autorisées, il est plus facile de se faire désormais condamner pour abus de biens sociaux, en raison de cette jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui associe irréfragablement action illicite et contrariété à l'intérêt social, que de se faire condamner pour acte anormal de gestion, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État qui admet la possibilité d'un acte illicite conforme à l'intérêt social.

La contradiction est bien l'ennemi commun : c'est contre elle qu'il faut se dresser.

Or, cette contradiction tient encore dans le fait qu'on distingue sous les vocables de pénal et d'administratif le même phénomène répressif. Pierre Delvolvé a décrit cela, relevant au passage que les astreintes appartiennent aussi au domaine des sanctions. Bernard Bouloc a réaffirmé que le droit des ententes relève du fondamentalement répressif, s'inquiétant alors de la jurisprudence communautaire quant à ses modes de preuve.

Mais comment expliquer au responsable économique, contraint pour un même fait à verser une amende puis une autre parce qu'il passe de la sanction par la COB pour manquement d'initié à celle infligée par le tribunal correctionnel pour délit d'initié ? En réalité, il s'agit toujours d'une même matière répressive. Elle est simplement devenue redondante. Certes, les tenants du principe *non bis in idem* en sont chagrins mais le Conseil constitutionnel n'a guère partagé leur peine (4).

Mais peut-on rester dans un système qui refuse d'opérer des choix dans des sanctions analogues au regard d'un comportement unique ? Ainsi, lorsqu'il y a cumul de sanctions en réalité identiques, quand bien même la distinction des appellations le dissimule un temps, il faut choisir l'une ou l'autre. Soit la sanction administrative ; soit la sanction pénale. On peut trouver des lignes directrices pour opérer ces choix au cas par cas. Si l'on admet que le droit pénal sanctionne les comportements graves et moralement répréhensibles, alors il faut que l'administratif se charge *a contrario*, et des comportements peu graves, et des comportements qui ne sont pas pris en compte en tant qu'ils constituent des fautes intentionnelles mais en tant qu'ils compromettent l'organisation d'un marché. Au juge pénal l'appréciation des intentions coupables ; aux organes administratifs la réaction à des comportements perturbateurs ; au juge pénal le plus important et grave ; aux organes administratifs la gestion des violations plus anodines. C'est poser une hiérarchie qui reconnaît l'importance, la supériorité, voire l'incommensurable du pénal.

Faut-il s'en arrêter là, se camper sur le principe de non-contradiction, susceptible de recueillir l'accord de tous (l'obsession de notre société, l'accord de tous) ? Faut-il prendre acte pour le reste, c'est-à-dire l'abandon des principes que l'on

(4) La décision ultérieurement rendue en juillet 1996 à propos de l'Autorité de Régulation des Télécommunications semble évoluer en sens contraire.

croyait les plus ancrés ? Cet abandon suppose des choix. Ils sont très radicaux. Peut-on encore en discuter ?

III. — LES CHOIX QUI RESSORTENT DE LA PÉNALISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE

Sans vouloir forcer le trait, et quel que soit le vocabulaire qu'on utilise, quel est aujourd'hui le sens du principe de la légalité des délits et des peines ? Car c'est l'administration qui forge les textes et propose leur interprétation. C'est le juge qui remodèle les textes. L'abus de biens sociaux en est la meilleure expérience.

Peut-être peut-on se passer de la légalité des délits et des peines. Il faudrait alors admettre que le droit répressif peut être l'œuvre des juges. A-t-on le droit de poser la question de leur légitimité pour le faire ? L'Italie le fait, comme nous l'a montré le prêteur Stefano Mogini tout en relativisant la comparaison que chacun est tenté de faire. Comme l'innovation prétorienne se fait sous couvert d'interprétation, peut-on demander ce qu'il advient dans cette aventure du principe de non-rétroactivité de la loi pénale ? Rappelons que le législateur, lorsqu'il institua la procédure d'avis devant la Cour de cassation, l'a exclu en matière pénale, en espérant encore à l'effectivité de ce principe.

Nous retrouvons ici la question du temps. Aurions-nous traversé le miroir et le temps serait-il à l'envers ? Le temps de la création continuée de l'incrimination par la jurisprudence lui permet de revenir dans le passé des comportements ; le temps va en arrière. Le report du début de la prescription du délit d'abus de biens sociaux lui permet une suspension jusqu'au moment de l'efficacité ; le temps ne s'écoule plus. Le temps du procès n'est plus qu'un éclair ; la procédure implose ; le jugement s'est abstrait du temps pour se réfugier dans l'instant. Le temps n'est plus une entrave au pénal. Comment ne pas voir de la magie dans tout cela ? La magie, c'est-à-dire le contraire de la rationalité.

Certes, l'anthropologie avait construit la théorie du droit magique, puis du droit charismatique et du droit rationnel, c'est-à-dire neutre, justifié et impersonnel. À voir les juges et les personnes mises en examen transformés, aux corps défendants des seconds mais aussi bien souvent des premiers, en vedettes de l'actualité, en acteurs de feuilletons à rebondissements, peut-on craindre une régression vers le charismatique ? La remontée dans le temps pourrait-elle aller jusqu'au droit magique, celui qui caractérise les sociétés qualifiées de « prélogiques » ?

Il paraît bien que le juge pénal soit parfois libre de la loi, d'une loi qui a peut-être mérité ce délaissement car elle n'a pas gardé mesure. Mais le juge pénal doit-il punir la loi ? Le choix est fondamental. La solution puise son droit chez les juges. Où le puisent les juges ? Dans un sens inné de l'équité ? La société peut-elle l'admettre ?

Mais peut-être changeons-nous de société. Ainsi, la question s'est maintes fois posée : sommes-nous devenus anglo-saxons ? Le Coca-Cola a-t-il importé par accessoire la « société contentieuse » et la place qu'elle donne aux juges ? Il faudrait en tirer toutes conséquences, notamment dans les contrôles démocratiques des juges et l'organisation des contre-pouvoirs.

Mais sommes-nous encore au stade optimisme du choix de refuser ou d'accueillir ce nouveau système ? Celui-ci n'est-il pas déjà en place ? Il faudra alors en tirer toutes conséquences.

*

* *

Si la société juridique française devient anglo-saxonne, sans doute peut-on alors parler plus aisément de *corporate governance*. Ce serait un avantage du bouleversement. Dominique Schmidt a décrit fort bien et d'une façon imagée ces entreprises que les dirigeants tiennent dans leurs mains. Certes, s'il y a concert, nous progressons vers la poignée de mains. Mais il apparaît bien au bout du compte que les actionnaires minoritaires sont parfois des manchots. Sans doute faut-il renforcer leurs droits pour qu'ils soient effectivement les agents de la légalité.

Suffira-t-il de distinguer le contrôleur et le contrôlé ? En faisant de l'actionnaire sans pouvoir de gestion le contrôleur d'un directeur qui décide sans assise patrimoniale ? Mais la propriété des actions ne répond pas qu'à l'appétit du gain, ce qui incite heureusement l'actionnaire à vouloir posséder le plus d'actions possibles. Elle répond encore à l'appétit du pouvoir. Et le pouvoir de contrôle, qui n'est qu'accessoire au désir de rentabilité de l'investissement, ne suffit bien sûr pas à assouvir celui-ci. C'est le pouvoir de décider que veut l'actionnaire. Comment alors dissocier ?

En France, la propriété répond même souvent plus à l'appétit de pouvoir qu'à l'appétit de rentabilité. Pour cela, il faut le moins d'actions possibles, seules celles techniquement nécessaires pour faire jouer le principe majoritaire. Cela explique sans doute que la recherche des intérêts particuliers sur laquelle se construit l'économie libérale n'ait pas en France suffi à faire de celle-ci un pays capitaliste. La sous-capitalisation reste un problème majeur, et cela participe à la surchauffe pénale décrite par Christian de Boissieu.

La réponse serait-elle alors dans l'art nouveau du gouvernement d'entreprise ? Beaucoup y songent. Car les dirigeants d'entreprise doivent rendre des comptes. La règle est aussi fondée que traditionnelle. Va-t-elle vers plus d'effectivité ? Rendre des comptes à ses salariés, par un droit du travail rhétoriquement, stratégiquement, tactiquement, aidé par le droit pénal, comme l'a démontré parfaitement Jean-Emmanuel Ray. Rendre des comptes à ses actionnaires par l'art de gouverner. Troquer la réaction *a posteriori* et très tranchante des abus de biens sociaux contre la mise en place de contre-pouvoirs internes et le plus souvent paisibles serait sans doute une solution raisonnable.

D'ailleurs est-il besoin d'aller chercher dans un autre système la solution ? Tout d'abord, il ne s'agit jamais que de rendre plus effectif au sein de l'entreprise le principe général qui gouverne la concurrence, les contrats, l'ensemble du droit : la loyauté.

Plus encore, une vieille notion, commune et partagée, propre à notre système romaniste, paraît disponible : la prudence. Les dirigeants doivent être prudents, c'est-à-dire réfléchis et loyaux, c'est-à-dire à l'écoute des intérêts divergents ou communs dont ils ont la charge.

En cela, le dirigeant trouvera son modèle dans le juge, celui qui doit pour tous faire le droit avec prudence.