

Droit pénal des affaires

Leçon 1 : Introduction au droit pénal des affaires

Corinne MASCALA

Table des matières

Section 1. Introduction.....	p. 2
Section 2. Le contenu du droit pénal des affaires.....	p. 4
Section 3. L'autonomie du droit pénal des affaires.....	p. 5
§ 1. Quant aux éléments constitutifs.....	p. 5
§ 2. Quant à la sanction.....	p. 8
§ 3. Quant aux caractéristiques de criminalité d'affaires.....	p. 10
Section 4. Le devenir du droit pénal des affaires.....	p. 12

Section 1. Introduction

Les affaires et le droit pénal ne se sont jamais ignorés, mais historiquement, leur rencontre n'était qu'occasionnelle, car le Code pénal ne contenait que peu d'infractions relatives au commerce.

Remarque

Dans les cours de droit des affaires, les enseignants ont toujours exposé quelques sanctions pénales qui punissaient celui qui ne pratiquait pas des affaires régulières. Mais le Code pénal ne contenait que peu d'infractions relatives au commerce, ces sanctions demeuraient l'exception réservées au commerçant malhonnête.

Le rôle du droit pénal était très limité en matière commerciale, ce qui se justifiait aisément dans un contexte de libéralisme économique. Il appartenait à la loi pénale de veiller au respect d'un ordre public de protection, qui ne justifiait pas une intervention très large de la loi pénale. La loi pénale ne devait pas être trop présente afin de ne pas entraver le dynamisme des entreprises et leur nécessaire liberté. Il appartenait au droit pénal de distinguer entre l'habileté permise et même recommandée dans le monde des affaires, et la malhonnêteté manifeste qui doit être sanctionnée.

Cette situation perdura jusqu'à dans les années 1920. Au lendemain de la 1^{ère} guerre mondiale, la conjonction d'une crise économique très grave due aux conséquences du conflit et la multiplication des scandales financiers, ont entraîné un bouleversement dans la conception économique et dans le rôle du droit pénal qui est devenu un instrument de la politique économique interventionniste. La politique d'économie dirigée se traduit par un interventionnisme accru de l'Etat et par un renforcement de la sanction pénale.

A partir des années 1930, l'Etat français se lance dans une politique de dirigisme économique, qui conduit à la mise en oeuvre d'un ordre public de direction, et à l'avènement d'un droit pénal autoritaire.

Ainsi s'élabore progressivement un droit pénal qui a pour vocation de contrôler l'économie, le commerce, la concurrence, les prix... les affaires en général.

Ce droit pénal va se constituer par étapes successives constituant finalement un ensemble homogène révélant toujours plus l'encadrement de l'économie par l'Etat. La législation dans un souci d'efficacité étant toujours assortie de sanctions pénales.

1^{ère} ÉTAPE : L'ÉTAPE FINANCIÈRE

1935 : Apparition de la notion de droit pénal financier et de droit pénal des sociétés. Vote de textes très importants.

- Décret-loi du 8 août 1935 : Usure, démarchage, présentation de faux bilan, abus de biens sociaux.
Finalité première de ces infractions : protection de l'ordre économique même si indirectement cela intéresse également des intérêts particuliers.
- Décret-loi du 30 octobre 1935 : Législation sur le chèque, incrimination chèque sans provision (dépenalisé depuis par la loi du 30 décembre 1991).
La finalité de ces nouvelles infractions est double : protéger l'ordre public économique et indirectement les intérêts des particuliers.

2^{ème} ÉTAPE : L'ÉTAPE ÉCONOMIQUE	1945 : apparition du droit pénal économique. Deux ordonnances du 30 juin 1945 sur les prix et la législation économique : régime administratif de fixation des prix ce qui entraîne une multiplication des infractions et des règles d'encadrement de la concurrence : ententes, abus de positions dominante, pratiques discriminatoires.
3^{ème} ÉTAPE : L'ÉTAPE SOCIALE	1958 : Pénalisation de la législation sur la sécurité sociale (Décret du 27 septembre 1958). 1959 : Ordonnances du 7 janvier 1959 relatives aux infractions en droit du travail.
4^{ème} ÉTAPE : LA LOI DU 24 JUILLET 1966 SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	Cette loi consacre tout un volet pénal aux infractions commises dans le cadre des sociétés commerciales. Le titre II correspond à 150 articles (de l'infraction la plus grave à la moins grave).

Depuis le retour du libéralisme économique, la place du droit pénal n'a guère reculé - à l'exception de certains secteurs tels que par exemple, le chèque, la concurrence le droit des sociétés - et aujourd'hui quasiment tous les secteurs du droit des affaires sont infiltrés par le droit pénal (droit commercial, droit des entreprises en difficulté, droit des sociétés, droit fiscal, droit de la consommation, droit de l'environnement...). Le législateur ayant très souvent un réflexe pénalisant dans un souci d'effectivité de la norme juridique, le domaine du droit pénal des affaires ne cesse de s'étendre. Cependant dans un souci de relance de l'initiative économique, un rapport a été demandé par le Garde des Sceaux afin de réfléchir à une dépenalisation du droit des affaires. Ce rapport dit « Rapport Coulon », a été remis au ministre de la justice au début de l'année 2008 et devait déboucher sur une réforme du droit pénal des affaires. La ligne directrice de cette réforme était de dépenaliser les comportements les moins graves et de remplacer la sanction pénale par une sanction civile, pour recentrer le droit pénal sur la répression des agissements frauduleux qui méritent la sanction la plus lourde. Cependant, la crise économique et financière a stoppé les réformes d'ampleur en matière pénale, et ainsi les propositions du rapport Coulon n'ont pas été suivies d'effet.

Remarque

Compte tenu des évolutions de la criminalité d'affaires qui s'est profondément transformée depuis quelques années, les dernières modifications législatives vont toutes dans le sens d'un élargissement du champ d'application des infractions et d'un renforcement des sanctions pénales, ce qui se justifie dans un contexte économique soumis à des fortes turbulences. D'une criminalité de commerçants, de dirigeants de sociétés, la criminalité d'affaires s'est progressivement organisée, internationalisée et intéresse fortement les organisations criminelles. L'Etat a donc dû adapter ses moyens de lutte à cette nouvelle forme de délinquance beaucoup plus grave, structurée et internationalisée.

Ainsi s'est constituée une branche du droit qui ne cesse de se développer sous l'influence du développement de la délinquance d'affaires. Cette discipline réunit l'ensemble des règles élaborées par l'Etat pour réglementer la vie des affaires.

Deux questions se posent aujourd'hui relativement à ce droit pénal des affaires :

- celle relative à son **contenu**,
- celle relative à son **autonomie**,

Section 2. Le contenu du droit pénal des affaires

Lorsqu'on s'interroge sur le contenu du droit pénal des affaires, apparaît immédiatement une incertitude qui tient à la difficulté de cerner la frontière de ce droit. Ainsi apparaît la nécessité de **préciser l'objet du droit pénal des affaires**, c'est-à-dire de déterminer les infractions qui entrent dans son champ d'application : **dans une première approche assez répandue**, le droit pénal des affaires évoque les notions d'infractions économiques et financières.

L'**infraction financière** est celle qui tend à protéger les finances, entendues au sens de ressources :

- privées : abus de biens sociaux
- publiques : fraude fiscale

L'**infraction économique** est celle qui tend à protéger les structures économiques de l'Etat, c'est-à-dire l'intérêt général, et dont les illustrations les plus classiques sont les délits de corruption, de favoritisme, de trafic d'influence.

Le droit pénal des affaires serait donc un droit pénal économique.

Cette affirmation est en partie vraie, mais pas totalement, car le droit pénal des affaires a un champ d'application plus large que le droit pénal économique dans la mesure où il comprend des infractions (infraction en matière de droit du travail, de l'environnement, de la consommation...) qui ne sont pas directement liées au système économique. Mais alors l'incertitude demeure quant aux limites de ce droit pénal des affaires.

La persistance de l'incertitude démontre que si le critère de l'objet est utile, il n'est pas suffisant pour délimiter le droit pénal des affaires. Il faut, en outre, **définir le sujet**.

Ce sont donc, les affaires qui doivent être comprises comme impliquant le support, le cadre de l'entreprise. Et dans ce contexte, les infractions peuvent être commises dans l'intérêt de l'entreprise ou à l'encontre de celui-ci.

En définitive, le **droit pénal des affaires** peut donc être conçu comme « *la branche du droit qui sanctionne d'une part, les atteintes à l'ordre financier, économique et social, d'autre part, les atteintes à la propriété, à la foi publique, à l'intégrité physique des personnes lorsque l'auteur a agi dans le cadre d'une entreprise* ».

La définition est suffisamment large pour y inclure de multiples infractions commises dans des contextes très variés :

Exemple

- vente
- crédit
- informatique
- sociétés
- impôt
- consommation
- banque
- environnement
- bourse
- fiscalité .../...

Le droit pénal des affaires demeure **un droit à contenu variable** : par conséquent le choix des infractions étudiées est nécessairement un choix arbitraire et non exhaustif.

Section 3. L'autonomie du droit pénal des affaires

Cette question divise la doctrine, certains auteurs considérant que le droit pénal des affaires repose inéluctablement sur les principes du droit pénal général et en dépend quant à son évolution, d'autres au contraire, estiment que l'on assiste à une émergence progressive d'un droit autonome marqué par de très fortes influences extérieures au droit pénal tels que le droit des sociétés, le droit monétaire et financier, au travers d'une évolution encore inachevée. A notre avis, l'autonomie du droit pénal des affaires ne peut pas être affirmée, car il ne se détache pas des principes fondamentaux du droit pénal général. Cependant, il apparaît un particularisme certain du droit pénal des affaires, en tant que branche du droit pénal général

Ce particularisme est marqué à trois points de vue :

- en premier lieu au regard des éléments constitutifs de l'infraction : éléments légal, matériel et intentionnel ;
- en second lieu au regard de la sanction ;
- en troisième lieu des caractéristiques spécifiques de la criminalité d'affaire.

§ 1. Quant aux éléments constitutifs

ÉLÉMENT LÉGAL

L'analyse de l'élément légal revient à s'interroger sur les sources du droit pénal des affaires.

Ce droit demeure soumis aux principes fondamentaux du droit pénal général et principalement au principe de la légalité des délits et des peines.

Les sources du droit pénal des affaires sont donc comme en droit commun : la loi et le règlement.

Cependant, il faut souligner que les textes d'incrimination en cette matière sont très **éparpillés** : Code pénal, toutes lois hors Code pénal qui comportent des sanctions pénales (Code de commerce, Code de la consommation, Code du travail, Code monétaire et financier, Code de l'environnement...)

D'où des difficultés importantes pour connaître le domaine d'application de la matière, et cet éparpillement porte atteinte à l'exigence de clarté, de lisibilité et d'accessibilité de la loi pénale.

Les affaires étant souvent transnationales, le droit pénal des affaires complète ses sources internes par des sources internationales et communautaires. Nombreux sont les Traités, Conventions et directives qui poursuivent un objectif commun : la lutte contre la criminalité en col blanc : on peut citer à titre d'exemple la répression du faux monnayage, du délit d'initié, de la corruption, du blanchiment de capitaux...

Remarque

Les dernières Conventions signées par la France sont : la Convention PIF (Protection des Intérêts Financiers de l'union européenne) signée le 26 juillet 1995 et complétée par deux protocoles additionnels du 27 septembre 1996 et 19 juin 1997. Convention qui est ouverte à la ratification, mais qui n'est pas encore en vigueur (ratifiée par la France en janvier 2000) ; les conventions de Palerme et de Mérida sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies qui ont pour objet de lutter contre la criminalité transnationale organisée qui repose souvent sur les infractions d'affaires (corruption, blanchiment de capitaux)

Cependant quant aux sources, il faut souligner un particularisme du droit pénal des affaires qui se démarque des principes du droit

	pénal général, qui tient au rôle joué par la jurisprudence. En droit pénal général, la jurisprudence n'est pas une source de droit ce qui est la conséquence obligée du principe légaliste. En droit pénal des affaires, bafouant ce principe fondamental sous l'impulsion de la Cour de cassation, la jurisprudence devient une source du droit soulevant ainsi les plus vives critiques de la doctrine pénaliste. (en matière de prescription de l'abus de biens sociaux par exemple par la construction d'un régime spécial du fait de la dissimulation du délit. Etablissement de multiples présomptions de culpabilité, qui entraîne un renversement de la charge de la preuve...). Bibliographie : C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », <i>Dalloz</i> 2004 Point de vue, p. 3050.
ÉLÉMENT MATÉRIEL	En droit pénal général, la plupart des infractions sont des infractions de commission. En droit pénal des affaires, se multiplient les infractions d'omission ou d'abstention. Très souvent le fait de ne pas agir, de s'abstenir de satisfaire certaines obligations impératives constituent l'infraction. Exemple L'article L. 241-1 du Code de commerce sanctionne le fait d'omettre, pour les associés d'une SARL, dans l'acte de société la déclaration concernant la répartition des parts sociales et leur libération. L'article L. 241-4 punit le fait pour les gérants de ne pas à l'occasion de chaque exercice, dresser l'inventaire et établir les comptes. L'article L. 241-5 du Code de commerce qui punit le fait de ne pas procéder à la réunion de l'assemblée générale dans les 6 mois de la clôture de l'exercice comptable. En outre, la responsabilité pénale du chef d'entreprise repose sur une faute d'abstention : le défaut d'exécution de l'obligation générale de prudence et de surveillance que la jurisprudence met à sa charge du fait de ses fonctions.

ÉLÉMENT INTENTIONNEL	Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, l'article 121-3 selon lequel il n'y a ni crime ni délit sans intention de le commettre, s'applique à toutes les branches du droit pénal, y compris aux infractions d'affaires, sauf dans les hypothèses visées par l'alinéa 2 relatif aux fautes d'imprudence. Cette nouvelle disposition aurait dû entraîner la disparition d'une catégorie d'infraction importante en droit pénal des affaires : celle des délits matériels (l'infraction matérielle est celle dont l'élément intentionnel est présumé, à partir de la matérialité des faits ce qui allège la charge de la preuve qui pèse sur la partie poursuivante). Désormais toutes les infractions sont intentionnelles. Par conséquent, cela implique que le ministère public rapporte la preuve de l'élément moral. Cependant depuis 1994, on ne constate pas en jurisprudence un changement radical. En effet, les tribunaux continuent à être très souples sur la preuve de cet élément intentionnel eu égard à la qualité du prévenu qui est généralement un chef d'entreprise ou un professionnel qui doit avoir conscience des limites de son pouvoir. Et ils considèrent que la preuve de l'intention découle de la constatation des faits matériels. Le juge considère qu'« <i>es qualité</i> », le commerçant, le chef d'entreprise, le commissaire aux comptes ne pouvaient pas ne pas savoir, que les actes réalisés étaient illégaux, donc qu'ils ont agi sciemment. Ce qui a pour conséquences de créer des présomptions d'intention coupable et d'entraîner un renversement de la charge de la preuve.
--	--

§ 2. Quant à la sanction

Peut-on également relever un particularisme certain du droit pénal des affaires ? La réponse est affirmative à trois points de vue :

La loi du 6 décembre 2013 a réorganisé les juridictions spécialisées autour des juridictions inter-régionales et créé un magistrat nouveau : le Procureur financier qui a une compétence nationale pour poursuivre les infractions liées à la criminalité économique et financière .

TRIBUNAL COMPÉTENT	Le droit pénal des affaires obéit aux mêmes règles de compétence matérielle et territoriale. Toutefois depuis la loi de 1975, ont été créées des juridictions spécialisées en matière financière dans le ressort de chaque cour d'appel, eu égard à la complexité de certaines infractions d'affaires (matière économique et financière, bourse ; art. 704 du CPP). Cet aménagement correspond à une préoccupation d'efficacité liée à la difficulté d'appréhender les infractions d'affaires, ce n'est pas un particularisme quant aux règles de procédure applicables. Il faut y ajouter depuis le 1^{er} octobre 2004 (date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi Perben du 9 mars 2004) les juridictions interrégionales spécialisées qui sont compétentes en matière de criminalité organisée, notion applicable à de multiples infractions d'affaires (art. 706-73 du CPP). La loi a créé sept pôles de compétence qui devront traiter les dossiers relatifs à la criminalité organisée. La répartition du contentieux entre les juridictions de droit commun, les juridictions spécialisées et les juridictions interrégionales dépend non seulement de la nature de l'infraction mais aussi du choix opéré par le Ministère public.
DÉTERMINATION DU RESPONSABLE	Aucune différence ne peut être relevée par rapport aux principes du droit pénal général. La personne physique ou la personne morale est responsable = auteur principal ou complice. Il faut souligner que depuis le 31 décembre 2005, la responsabilité pénale des personnes morales a été généralisée. A l'origine, la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait être engagée que si un texte le prévoyait spécifiquement pour chaque incrimination. La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales permettra désormais de les poursuivre pour toutes infractions sans distinction prévues par les lois pénales (art. 121-2 du CP), ce qui a pour conséquence d'élargir le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales. Il faut cependant vérifier la date de commission des faits reprochés à la personne morale car la loi ancienne demeure en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005 pour les faits commis antérieurement. La loi nouvelle ne s'applique qu'aux faits commis postérieurement à son entrée en vigueur.

SANCTION

Il n'y a pas non plus de différence fondamentale, seules quelques particularités peuvent être soulignées. Les mêmes peines sont encourues : interdictions professionnelles, interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une personne morale, confiscation ...). L'emprisonnement est prévu pour toutes les infractions d'affaires. L'amende dont le plafond est souvent très élevé, dépend parfois du montant du profit réalisé : ex. délit d'initié. Cependant peuvent s'ajouter des peines complémentaires qui sont en général facultatives. Ces peines complémentaires, lorsqu'elles consistent en des interdictions professionnelles qui sont presque toujours prévues en matière d'infractions d'affaires, ont des conséquences importantes : elles ont pour finalité d'écarter le condamné de la vie des affaires. Ces interdictions sont beaucoup plus souvent prononcées par la juridiction répressive qui statue sur des infractions d'affaires qu'en droit commun. Le particularisme des peines complémentaires est qu'elles sont laissées à la libre appréciation du juge qui évalue leur nécessité, mais pour être applicables elles doivent obligatoirement être prononcées par la juridiction de jugement (à la différence des peines accessoires qui s'appliquent automatiquement dès lors qu'une condamnation est prononcée)

§ 3. Quant aux caractéristiques de criminalité d'affaires

La criminalité d'affaires présente des particularismes affirmés.

La « **criminalité en col blanc** » selon l'expression de Sutherland (Sutherland : criminologue américain qui développe en 1939, la théorie de la criminalité en col blanc = délinquance d'affaires ; par opposition à la criminalité en col bleu = celle des ouvriers de l'époque) est caractérisée par les actes délictueux d'une personne d'un statut socio-économique élevé, bien intégrée dans le milieu social et par conséquent, dont la visibilité est moindre.

La visibilité d'une infraction résulte de sa révélation aux tiers.

Exemple

Par exemple, un vol est visible car il y a une victime directe et immédiate donc les poursuites seront facilitées ; en revanche, un abus de biens sociaux réalisée au détriment d'une société commerciale par le dirigeant est masqué par la personne morale, qui est la victime et par le fait que celui qui peut représenter les intérêts de la société en justice est l'auteur de l'infraction.

Certaines infractions supposent pour être connues des autorités, des révélations qui sont rarement faites. Ainsi, il apparaît que l'Administration fiscale informe le Parquet de l'existence de fraudes fiscales dans moins de 10 % des affaires dont elle a à connaître. L'administration des Douanes révèle dans moins de 2 % des cas. La raison en est que ces administrations privilégient la transaction qui permet de recouvrer les fonds détournés. Les infractions commises sont pour l'essentiel des infractions d'astuce, de ruse qui nécessitent des modalités de réalisation élaborées. On constate statistiquement une surreprésentation de la population féminine dans

ces délits par rapport à la criminalité de droit commun (20 % pour la criminalité d'affaires contre 12 % pour la criminalité de droit commun). Cela découle du fait que souvent en matière de sociétés, les femmes sont des prête-noms qui dirigent officiellement la structure, dont le dirigeant de fait est en réalité frappé par une interdiction de gérer à la suite d'une condamnation pénale.

En outre, on peut constater une faible réaction sociale à l'égard de la criminalité d'affaires qui n'est pas un type de criminalité qui heurte l'opinion publique (à l'inverse des crimes de sang par exemple).

La criminalité d'affaires ne représente que 10 % de l'ensemble des condamnations pénales, alors que la délinquance économique et financière est évaluée à 80 % du coût total de la criminalité en France. C'est en outre une criminalité en forte expansion : en 2009 la criminalité économique et financière a augmenté de 7 %.

On constate que le délinquant d'affaires n'est pas toujours perçu comme un véritable délinquant, ce qui entraîne à son égard une réaction de tolérance voire d'indifférence.

Section 4. Le devenir du droit pénal des affaires

A partir de la constatation d'un envahissement toujours plus important du droit des affaires par le droit pénal, la question qui se pose régulièrement est de savoir, s'il faut ou pas dépénaliser les infractions d'affaires.

Telle est la question qui, depuis l'émergence d'un **droit spécifique aux affaires**, se pose régulièrement en considération d'un contexte politique, économique et social, et dont la réponse a toujours suscité de nombreuses hésitations et difficultés. L'édiction de la norme pénale constitue un acte essentiel, qui permet à l'Etat de déterminer les valeurs fondamentales qu'il veut protéger et de manifester la réprobation sociale liée à leur transgression, par le biais de la sanction pénale. S'engager dans un mouvement de dépénalisation exige, par conséquent, une réflexion d'ensemble de politique criminelle sur les objectifs recherchés et les conséquences envisageables, déterminants les choix du législateur.

Un droit pénal spécifique aux affaires s'est progressivement constitué autour de quelques incriminations déjà contenues dans le code pénal de 1810 (il existait dans le code pénal napoléonien, quelques textes d'incrimination orientés vers le commerce constituant en quelque sorte, le noyau dur d'un droit pénal des affaires qui connaîtra par la suite une évolution considérable) :

Exemple

- la banqueroute sanctionnant le failli,
- l'exploitation illégale de maisons de prêt sur gage,
- la violation d'un secret de fabrique,
- l'usure en matière de prêt.

Les fondations ainsi posées, le droit pénal des affaires ne connaîtra pas d'évolution marquante pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle. Les bouleversements économiques, sociaux et commerciaux que connaîtra la France dans les années qui suivirent, entraîneront une explosion du droit pénal des affaires. L'essor du commerce, la circulation des richesses, la création de sociétés créent un contexte propice au développement d'une délinquance spécifique.

Le législateur réagira dans un premier temps, pour sanctionner ces agissements par la loi du 24 juillet 1867, qui sanctionne pénalement les manquements aux règles de constitution et de fonctionnement des sociétés par actions. Ce mouvement de pénalisation s'amplifiera dans la première moitié du XX^{ème} siècle avec l'apparition du premier texte du droit de la consommation : la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications.

Le droit pénal des affaires voit son territoire s'élargir et la période trouble que connaît le pays confirme la nécessité de l'intervention du droit pénal. Les **scandales** retentissants qui secouent la France dans les années 1930, dont l'affaire Stavisky reste la plus célèbre illustration, conduisent le législateur à renforcer ce droit naissant, par la création de **trois délits spécifiques aux sociétés** : la présentation de faux bilan, l'abus de biens sociaux et l'abus des pouvoirs et des voix avec la circonstance aggravante d'appel public à l'épargne (Décret-loi du 8 août 1935).

Depuis lors, le droit pénal des affaires **ne cessera de s'étoffer, de s'enrichir et de se diversifier** pour pénétrer les relations d'affaires et plus largement, l'ensemble du droit économique. Le législateur contemporain recourt systématiquement à la sanction pénale pour assurer l'efficacité des règles posées.

Exemple

En matière de réglementation des prix et de la concurrence (ord. 30 juin 1945), d'assainissement des professions commerciales (loi du 30 août 1947), de sociétés, de bourse, de crédit, de consommation, d'environnement, de travail, d'hygiène et de sécurité...

Cette pénalisation galopante est particulièrement visible dans la loi du 24 juillet 1966 (aujourd'hui codifiée Livre 2 du code de commerce) sur les sociétés commerciales qui consacre un titre entier aux dispositions répressives et incrimine quelques cent cinquante comportements du plus véniel au plus grave).

Cette extension des incriminations aboutit à la création d'un droit pénal artificiel qui « *révèle de simples choix techniques dans l'organisation sociale sans portée éthique significative* », sans la légitimité morale qui doit sous-tendre toute règle pénale pour qu'elle soit acceptée par le corps social.

Exemple

En droit des sociétés, en droit de l'environnement...

Cette inflation de dispositions pénales en droit des affaires nuit à l'efficacité de la sanction. Personne ne conteste la nécessité du recours à la sanction pénale pour les comportements les plus graves, mais nombreuses sont les voix à s'élever pour réclamer une dépénalisation du droit des affaires dans son aspect sanctionnateur des irrégularités purement formelles. Le législateur a répondu aux vœux de la doctrine dans les années 1985 en amorçant un mouvement de dépénalisation :

Exemple

par exemple l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dépénalise certaines pratiques anticoncurrentielles entre professionnels (de multiples comportements échappent désormais au droit pénal tel que le refus de vente, les ventes liées... Le contentieux est transféré soit aux juridictions civiles, soit au Conseil de la concurrence).

Enfin, on peut également citer la loi du 30 décembre 1991 qui dépénalise l'émission de chèque sans provision, transférant aux banques le pouvoir sanctionnateur. Le législateur s'était engagé sur le chemin du recul du droit pénal, prenant manifestement conscience de l'inutile omniprésence de la sanction pénale dans la vie des affaires.

Cette dépénalisation s'est confirmée en ce qui concerne la constitution des sociétés avec la loi Nouvelles Régulations économiques du 15 mai 2001, qui a supprimé de multiples infractions pénales. La dépénalisation a été poursuivie par les lois relatives à l'Initiative économique et à la sécurité financière (1^{er} août 2003) concernant pour l'essentiel les formalités de constitution des sociétés commerciales ainsi que l'ordonnance portant simplification du droit et celle sur les valeurs mobilières 2004. Cependant, ce mouvement de dépénalisation est très souvent contrebalancé par un mouvement de pénalisation de certains agissements que le législateur incrimine eu égard à l'évolution de la criminalité, ou dont il aggrave les sanctions.

- En 1994 par la loi du 10 juin, le législateur crée un nouveau cas de banqueroute relatif à la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.
- En 2000, un nouveau cas de corruption est incriminé dans le code pénal : la corruption des fonctionnaires européens étrangers.
- En 2001 le champ d'application du délit d'initié est élargi et les sanctions alourdies
- En 2004, et en 2009 le législateur étend l'obligation de déclaration de soupçon en matière de blanchiment de capitaux aux avocats, experts-comptables et leurs salariés, commissaires aux comptes...
- En 2005, l'infraction d'abus de biens sociaux est étendue à la société européenne.
- La loi n° [2005-845](#) du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises élargit la liste des personnes susceptibles d'être auteurs du délit de banqueroute aux professionnels indépendants y compris les professionnels libéraux.

Si l'on fait le bilan, nous constatons qu'après l'indiscutable dépénalisation des années 1980, un mouvement important de pénalisation dans les années 1990 se manifeste, qui renforce le pouvoir d'intervention du juge pénal dans la vie des affaires, et l'avenir paraît aller dans ce sens. Cependant, la dépénalisation massive du droit des sociétés qui concerne des délits essentiellement matériels, témoigne de la volonté du législateur de recentrer le droit pénal des affaires sur les infractions les plus graves, ce qui est tout à fait souhaitable afin de redonner un véritable sens à la peine.

A cette fin, dans un souci de relance de l'initiative économique, un rapport a été demandé par le Garde des Sceaux afin de réfléchir à une dépénalisation du droit des affaires. Ce rapport dit « Rapport Coulon » du nom du magistrat qui présidait la commission de réflexion, a été remis au ministre de la justice au début de l'année 2008 et pourrait déboucher sur une réforme du droit pénal des affaires. La ligne directrice de cette

réforme est de dépenaliser les comportements les moins graves, de poursuivre la dépenalisation du droit des sociétés en ce qui concerne les formalités sociétaires, et de remplacer la sanction pénale par une sanction civile (injonction de faire sous astreinte ou nullité des actes irréguliers), pour recentrer le droit pénal sur la répression des agissements frauduleux qui méritent la sanction la plus lourde. Pour ces infractions les plus graves (délits d'abus de biens sociaux, délit d'initié...), un alourdissement de la peine serait envisagé.

Cependant, ce rapport n'a pas encore débouché sur des propositions législatives. Il apparaît en outre, que depuis que la France subit la crise économique et financière, les réformes du droit pénal des affaires ont été suspendues (C. Mascala, *Les réformes en droit pénal et la crise*, Collection de l'IFR Toulouse 1 Capitole, Montchrestien, 2011).

Les lois les plus récentes élargissent toujours davantage le domaine de la sanction pénale en droit des affaires, ces sanctions s'appliquant par exemple aux professionnels indépendants dans le cadre de la banqueroute ainsi que, depuis la loi du 15 juin 2010, à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Comme il a été souligné précédemment, le contenu du droit pénal des affaires peut être variable, dès lors que les agissements que l'on peut rattacher à l'entreprise sont très nombreux et divers. Ainsi le contenu relève le plus souvent d'un choix arbitraire, ainsi que des aspects qui paraissent le plus important dans un souci pédagogique. Ainsi étant enseigné dans le cadre de la maîtrise de droit des affaires, nous nous orienterons vers les infractions ayant une relation directe avec le fonctionnement de la vie des affaires, de l'entreprise. Ce qui nous conduira à étudier des infractions contre les biens, excluant ainsi volontairement certaines atteintes à la personne indirectement rattachées à l'organisation de l'entreprise.

Le harcèlement sexuel incriminé par l'article [222-23](#) du Code pénal qui peut être commis par un dirigeant de société, mais qui ne relève qu'occasionnellement du domaine du droit pénal des affaires.

L'orientation choisie nous amènera à envisager, à titre préliminaire, deux infractions qui sont ce que l'on appelle des constantes fondamentales du droit pénal des affaires. En effet, c'est à partir de ces infractions - de leur structure juridique - que d'autres incriminations spécifiques ont été élaborées. Ces deux infractions sont :

- l'escroquerie,
- l'abus de confiance,

Une fois ces infractions envisagées, il conviendra alors d'étudier des infractions spécifiques à la vie de l'entreprise.