

Paris, le 27 novembre 2007

AUDITION DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE DEVANT LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LA DÉPÉNALISATION DU DROIT DES AFFAIRES.

Pour une éthique de la responsabilité économique.

Le Syndicat de la magistrature récuse un objectif limité à la dépénalisation de la vie des affaires :

- Si la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (art.8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789), cette obligation s'applique à tous ; dans le contexte actuel de surpénalisation de la vie sociale, il est manifestement discriminatoire de limiter le bénéfice d'une réflexion sur la dépénalisation à une catégorie de citoyens. Le code de procédure pénale pose en son article préliminaire le principe de l'égalité de traitement ;
- Il n'est pas admissible de créer des citadelles d'impunité. L'élément moral de l'infraction comprend la prévision, la représentation du résultat, des conséquences du rapport entre l'acte et ses conséquences : en matière de délinquance financière, il est particulièrement nécessaire de remonter jusqu'aux donneurs d'ordre et d'atteindre les bénéficiaires des détournements. Par ailleurs, la complexité des systèmes de prise de décision et la nécessité d'anticiper les effets directs et indirects de l'action imposent la prise en considération des conséquences de l'infraction (sur les salariés, les consommateurs, les actionnaires, et les autres entreprises qui peuvent être concernées par une concurrence déloyale...)

- Il est d'autant moins admissible d'admettre l'objectif officiellement assigné à la commission que le droit pénal économique ne constitue qu'une très faible part du droit pénal : les infractions économiques, comprises au sens le plus large, comptent pour moins de 1% des condamnations pénalesⁱ.

Il faut également souligner que cette réflexion sur la dépénalisation intervient dans un contexte où :

- 60% de nos concitoyens estiment que les élus et dirigeants politiques sont plutôt corrompus ; un tiers des sondés estiment qu'il y a plus de corruption aujourd'hui qu'avant : 32,6%ⁱⁱ;
- le président de la République s'en est pris, alors qu'il était candidat, aux "*patrons voyous*" et avait dénoncé l'"outrance" de certains grands patrons, car "*la réhabilitation du travail passe d'abord par une certaine morale*" ; il n'est pas admissible que ceux dont « *la gestion est un échec négocient une prime d'éviction en forme de parachute en or* »ⁱⁱⁱ; « *J'ai employé le premier l'expression patrons voyous, qui ne respectent ni les règles du marché, ni les droits des salariés. Je n'aurai aucune bienveillance à leur égard car je ne fais pas de différence entre la délinquance de la rue et celle au sein de l'entreprise. Je crois même que c'est pire, car, quand on est patron, on a, à l'égard de la société, une responsabilité particulière* » (...)^{iv}.
- il est possible d'observer à l'étranger un durcissement de la législation au regard de la délinquance économique : ainsi, le législateur américain a réagi aux scandales économiques -et notamment aux affaires Enron, Worldcom, Tyco, Qwest, Xerox... , par un développement des sanctions ayant pour but de lutter contre les infractions financières; la loi Sarbanes – Oxley, a créé de nouvelles infractions sanctionnées très sévèrement.

C'est pourquoi les propositions du Syndicat de la magistrature visent non une dépénalisation de la vie des affaires, mais un ensemble de mesures visant une éthique de responsabilité, qui commande que chacun réponde des conséquences prévisibles de ses actes. Le droit est au service de cette éthique quand il impose la prise en compte des incidences des activités de l'entreprise sur son environnement naturel et humain.

1. Responsabilités en droit des sociétés

1.1 Une dépénalisation largement entamée

La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a supprimé une vingtaine de délits en renvoyant à des qualifications de

i Infostat justice, juin 2002, n°62

ii Enquête CEVIPOF, octobre 2006

iii Agen, 23 juin 2006

iv Abécédaire du candidat, 23 mars 2007

droit commun, ou en supprimant simplement des infractions relatives à des pratiques tombées en désuétude.

D'autres infractions ont été abrogées par l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises :

- l'absence d'établissement des procès-verbaux des délibérations des organes d'administration et de direction ;
- le défaut de communication des documents destinés aux actionnaires en vue de la tenue de leurs assemblées ;
- l'absence de tenue des procès-verbaux lors de la réunion de ces assemblées ;
- le défaut d'établissement par le président de l'assemblée des obligataires des procès-verbaux constatant les décisions prises lors de la réunion de l'assemblée ;
- des infractions devenues obsolètes en raison de l'évolution de la législation applicable en matière d'émission d'obligations.

Par ailleurs, des infractions particulières ont encore été abrogées par l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières. Ainsi, l'infraction de participation à la négociation illicite d'actions, qui pouvait être poursuivie au titre de la complicité de négociations illicites, est abrogée. Trois infractions relatives aux actions à dividende prioritaire sans droit de vote sont abrogées au profit d'injonctions de faire pour la désignation d'un mandataire représentant ces actionnaires à l'assemblée générale des actionnaires et la consultation des assemblées spéciales. La dernière infraction relative à l'émission d'action à dividende prioritaire au-delà du seuil de 25 % du capital social devient sans objet puisque de telles actions ne peuvent plus être émises.

Afin d'aligner le régime des assemblées d'obligataires sur celui des assemblées d'actionnaires, le 2° de l'article L.245-11 du Code de commerce qui réprimait le fait de se faire passer pour un obligataire lors d'une assemblée d'obligataires, a été abrogé. Enfin, l'ordonnance a abrogé les deuxième à cinquième alinéas de l'article L.245-12 du Code de commerce visant certaines participations illégales aux assemblées d'obligataires.

1.2 Une responsabilité civile difficile à mettre en oeuvre

Comme l'a souligné un rapport de l'Assemblée nationale^v, « *le droit actuel exige du salarié comme de l'actionnaire qu'il prouve que la faute du mandataire social à l'origine de son préjudice soit détachable de sa fonction et dénie cette qualification à toute faute commise dans le cadre du mandat social, y compris à la faute intentionnelle caractérisée. Le juge retient en effet une conception extrêmement étroite de la faute séparable, même pour le dirigeant d'une société in bonis ; il exige de celui qui intente l'action en responsabilité un préjudice direct et certain,*

v Rapport n°1585 du 5 mai 2004 sur la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux.

condition qui n'est remplie que dans très peu d'hypothèses. Autant dire, en pratique, jamais. Par exemple, il a été récemment jugé qu'un actionnaire ne pouvait pas se prévaloir d'un préjudice direct en raison de la dépréciation des titres d'une société résultant d'un abus de biens sociaux ou d'un abus de pouvoir commis par les dirigeants. En ce cas, la Cour de cassation estime que le préjudice direct est subi uniquement par la société et non par l'actionnaire, bailleur de fonds.

Inutile de souligner dès lors l'impossibilité pratique de réunir cette double condition. Par conséquent, en droit comme en fait, en dehors de certaines situations de faillite (ou, depuis un arrêt de 2003, de faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales), la responsabilité civile des mandataires sociaux reste purement théorique. (...). La seule possibilité de faire reconnaître la faute de gestion consiste à intenter une action contre la société, alors susceptible de se retourner contre son dirigeant. »

Sans doute les actionnaires disposent-ils d'une voie d'action judiciaire spécifique, prévue à l'article 225-252 du code de commerce. Ils peuvent intenter au nom de la société une action en responsabilité à l'encontre des mandataires sociaux. Dans la pratique, toutefois, cette disposition n'est que très rarement mise en oeuvre pour une double raison :

- d'une part, les actionnaires, alors qu'ils sont souvent financièrement touchés par la baisse de leurs actions, doivent, de surcroît, supporter seuls les coûts et les délais de la procédure quelle qu'en soit l'issue, tandis que le mandataire social, bien que personnellement mise en cause, dispose, pour sa défense des moyens de la société ;
- d'autre part, les actionnaires ne bénéficient d'aucune contrepartie personnelle directe : même s'ils gagnent, les dommages intérêts sont versés au seul profit de la société. En réalité, il est même fort probable qu'ils subissent au contraire une dépréciation des titres cotés qu'ils détiennent.

1.3 Une responsabilité pénale résiduelle

Le droit économique comprend encore un certain nombre d'infractions qui visent à sanctionner le non-respect des règles de procédure en matière commerciale. Mais de nombreuses infractions sont *des infractions obstacles*, visant à prévenir des fraudes. Elles ne sauraient sans illusion être substituées par des procédures d'injonction civiles (par ex. absence de dépôt des comptes).

Le droit pénal a conservé les fautes les plus graves susceptibles d'enfreindre l'obligation de loyauté des mandataires sociaux : présentation de comptes inexacts, distribution de dividendes fictifs, délit d'initié, abus de biens sociaux...

Les statistiques mettent en évidence la faiblesse du nombre des poursuites pour certaines infractions pourtant importantes : 8 condamnations pour délit d'initié des 1994 à 2000, 79 pour présentation de comptes annuels inexacts de 1994 à 2004, une seule pour répartition

de dividendes fictifs...Les seuls chiffres significatifs concernent les condamnations pour abus de biens sociaux : 4633 pour la période 1994-2004.

2. Responsabilités dans la vie économique

2.1 Permettre à la justice de disposer de l'information pertinente.

Le code des douanes prévoit que la poursuite des **infractions à la législation financière et à la réglementation financière avec l'étranger** ne peut être exercée que sur la plainte du ministre de l'économie et des finances. Ce texte, qui confère à une autorité politique l'opportunité des poursuites, devrait être supprimé.

En matière de **fraude fiscale**, les procédures sont examinées par une commission des infractions fiscales, et les plaintes ne peuvent être déposées que sur avis conforme de cette commission. On ne saurait admettre que l'opportunité des poursuites soit appréciée par le parquet pour l'ensemble des infractions et par une commission spéciale en matière d'impôt. Cette commission des infractions fiscales, emblématique d'une justice à deux vitesses, doit être supprimée. Plus généralement, la question est posée de savoir si, face à la professionnalisation des fraudeurs, les procédures administratives à la disposition de l'administration fiscale sont encore adaptées^{vi}.

Une mesure utile pour prévenir **les fraudes aux aides publiques** serait de rétablir une disposition de la loi du 4 janvier 2001 pour donner aux comités d'entreprise l'information nécessaire sur les aides publiques dont bénéficie leur société, et leur permettre d'alerter les autorités si ces aides ne sont pas utilisées conformément à leur objet.

Le secret défense est opposé dans des conditions qui font débat. Sur ce point, deux propositions de la commission consultative du secret défense (CCSDN) devraient être suivies^{vii} : une modification minimale de la loi de 1998 pourrait consister à autoriser la CCSDN, à motiver ses avis. Le Journal officiel ne publierait plus seulement le sens de l'avis, mais aussi les considérants qu'il apparaîtrait utile à la Commission, au cas par cas, de porter à la connaissance du public. Ces considérants se référeraient, sans donner de détails, à l'un ou à plusieurs des critères d'appréciation fournis par l'article 4 de la loi, et auxquels la Commission doit se référer pour fonder son avis. L'autre proposition prend acte du fait qu'en six ans et plus de cinquante affaires, jamais un ministre n'a pris de décision différente de l'avis de la CCSDN. Cela pourrait déboucher sur un changement plus important, en lui attribuant un pouvoir décisionnel. La Commission deviendrait alors une véritable juridiction. On peut penser que sa légitimité dans les mondes médiatique et judiciaire en serait renforcée, d'autant plus que le système français rejoindrait alors les systèmes allemand, britannique et américain.

vi Service central de prévention de la corruption, rapport pour 2006

vii Rapport de la commission 1998-2004

2.2 Les enquêtes

D'importantes réformes doivent être envisagées.

L'indépendance du parquet est le préalable incontournable d'une réforme ambitieuse, confiant au magistrat du parquet l'enquête pénale, avec la contrepartie nécessaire d'un juge chargé de toutes les mesures touchant aux libertés individuelles et une défense renforcée dans ses prérogatives. Afin d'éviter l'écueil de chefs de parquet tout-puissants dans l'action publique locale et détenteurs d'un pouvoir éclaté, émietté, sans unité possible de la politique pénale, le principe de légalité des poursuites, tempéré par la loi dans les domaines et pour les infractions ciblées par le seul législateur, doit alors remplacer le principe d'opportunité des poursuites que nous connaissons actuellement.

Il convient sur ce point de rappeler les propos tenus par le procureur général de la Cour de cassation lors de l'audience de rentrée de la Cour en janvier 2007 :

“La première vertu de la justice est l'indépendance. Sans indépendance, pas d'impartialité et sans impartialité pas de justice. Or, le parquet n'est pas indépendant. (...) Comment accepter que certaines nominations dans la Haute magistrature du parquet s'accompagnent chroniquement de critiques quant à une éventuelle mainmise politique, alors même que la qualité des hommes n'est pas en cause ? Comment trouver satisfaisant que nombre de décisions du parquet à fort retentissement médiatique soient systématiquement contestées comme entachées d'inspiration partisane, alors même qu'elles sont techniquement irréprochables ?(...). Il importe donc de forger une autorité forte du ministère public, en modifiant son statut. Les différences que nous connaissons avec le siège dans les conditions de nomination ne se justifient plus”.

Par ailleurs, il est indispensable de renforcer de la coopération policière et judiciaire en matière pénale par **la création d'un parquet européen**, chargé de lutter contre la fraude aux intérêts financiers de la Communauté, afin de surmonter les entraves créées par le morcellement de l'espace judiciaire européen à la répression efficace de la criminalité transnationale. Cette création d'un parquet européen devrait nécessairement s'accompagner d'une unification des règles et des procédures pénales. C'était notamment le projet de *Corpus juris*, présenté dès 1997 par un groupe de juristes européens piloté par Mme Delmas Marty. Il faut rappeler à cet égard que le projet de *Projet de traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne* prévoit la possibilité de créer un tel parquet dans le cadre d'une coopération renforcée de neuf Etats membres.

La qualité de l'enquête pénale dépend largement des services d'enquête, de la qualité des officiers police judiciaire et des moyens qui leur sont donnés. La tutelle actuelle du ministère de l'Intérieur pèse lourdement sur l'indépendance et les marges d'action des officiers de police judiciaire. Les exemples abondent de cette mainmise du ministère

de l'intérieur sur les enquêtes pénales et donc sur la justice pénale. **Le rattachement aux juridictions de certains officiers de police judiciaire** est donc indispensable pour garantir l'efficacité et l'efficience de l'enquête pénale. Magistrats, policiers et gendarmes doivent travailler en équipe et en confiance. Il est aujourd'hui trop facile, pour le ministre de l'intérieur, de donner des ordres aux gendarmes et policiers qui travaillent en matière judiciaire. Dans d'autres pays, comme l'Italie, la police judiciaire ne dépend que des magistrats avec lesquels elle travaille. Il ne s'agit évidemment pas de transférer toute la police judiciaire au ministère de la justice. Mais il faut permettre aux parquets et aux juges d'instruction, de travailler avec quelques officiers de police judiciaire qui seraient détachés de leur administration d'origine. On notera que la création des *Juridictions Inter-Régionales Spécialisées (JIRS)* en matière économique et financière est d'une très grande complexité. Il était prévu la création de corps d'enquête pluridisciplinaire (agents des impôts, des douanes, assistants spécialisés) mais la coordination des enquêtes judiciaires ou des instructions ne peut être faite que par des magistrats. Une réforme du droit pénal des affaires doit s'accompagner d'une réforme de la procédure pénale tendant à généraliser ces principes d'enquête et d'instruction.

En Italie, chaque parquet doit disposer au minimum d'un effectif d'OPJ des trois forces de police qui doit comprendre le double de l'effectif du ministère public. Dans les grandes juridictions, on peut atteindre le triple. Ainsi à Milan, le célèbre pool du parquet, responsable du déclenchement de l'opération *Mains propres*, est composé de 90 magistrats; la section de PJ rattachée dispose de 250 personnes. La détermination de l'effectif est fixée par un décret des ministères de tutelle et du ministre de la Justice. Mais plus encore que le nombre, c'est la compétence professionnelle qui est un critère de qualité de ces sections. La sélection se fait ainsi: il y a un appel de candidats puis le choix s'effectue d'après le dossier par le procureur général et le procureur (avec recours possible devant le tribunal administratif). La notation est faite par l'administration d'origine mais elle doit tenir compte de l'appréciation du procureur qui, dans la pratique, compte beaucoup.

A ces OPJ s'ajoutent notamment des inspecteurs du travail et de la santé. Le système des sections rattachées n'est pas seulement un "plus" pour le parquet. C'est l'occasion pour les OPJ d'acquérir sur le terrain une culture judiciaire, la « culture des garanties ».

Le Service central de prévention de la corruption a pour mission de prévenir la délinquance en ce domaine. Il a été placé, par le législateur de 1993, auprès du garde des sceaux. C'est une situation ambiguë, qu'il faut supprimer : cet organisme doit devenir une autorité administrative indépendante. Par ailleurs, son rôle est aujourd'hui très modeste car il ne peut procéder à des investigations. Cette possibilité, envisagée par le législateur de 1993, n'avait pas été encadrée de façon suffisante ; elle a donc été censurée par le Conseil constitutionnel. Il est proposé, en tenant compte de cette décision, de conférer à cette autorité le pouvoir de conduire des enquêtes préliminaires, qui devront être transmises au parquet si elles révèlent l'existence d'infractions.

De même, la **Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics** devait prévenir la délinquance dans un secteur particulièrement perméable à la corruption. Bien que créée par la loi, et maintenue dans le code des marchés de 2004, elle est aujourd'hui en déshérence. Il

convient soit de la renforcer en lui donnant des garanties d'indépendance, soit de transférer ses pouvoirs à une autre autorité indépendante. L'importance dans l'économie des différentes formes de commande publique (120 milliards d'euros par an, soit environ 10% du PIB) justifie un contrôle à la hauteur des enjeux.

L'inspection du travail doit être renforcée. Il n'est pas admissible que l'inspection du travail ne soit pas à même de remplir de manière satisfaisante sa mission de garantie des droits fondamentaux, des libertés individuelles et collectives et de la santé de l'homme au travail. La nécessaire relégitimation, à l'adresse de la communauté nationale, des missions de contrôle de l'inspection du travail, impose notamment :

- la fusion en un seul service des trois inspections du travail relevant des ministères du Travail, de l'Agriculture et des Transports, sur laquelle s'était engagé le président de la République en 1993 ;
- l'augmentation significative de ses effectifs de contrôle, pour les porter dans un premier temps au moins au niveau de la moyenne des inspections du travail européennes, soit deux mille agents pour le seul ministère du Travail.^{viii}

2.3 Les juridictions de jugement

Nomination des magistrats. Les articles 704 et suivants du CPP prévoient des juridictions spécialisées en matière économique. Ils prévoient aussi la désignation par le premier président et le procureur général de magistrats du siège et du parquet chargés spécialement de la poursuite et du jugement des infractions en cette matière. Ce système n'est pas satisfaisant car il ne permet que marginalement de tenir compte des compétences des magistrats en question. C'est pourquoi la nomination à ces postes devrait être entourée de garanties, permettant notamment de prendre en compte le parcours des candidats. La décision tiendrait compte des choix de formation continue et des postes occupés.

Juridictions commerciales. La possibilité d'occuper pour des magistrats professionnels des postes dans les juridictions commerciales- si elle était généralisée, permettrait de constituer un ensemble de magistrats concrètement formés au droit économique. Dans cette perspective, et aussi pour des raisons propres au fonctionnement de ces juridictions^{ix}, il est proposé la généralisation à l'ensemble du territoire du système en vigueur en Alsace Moselle qui donne pleine satisfaction.

Dans chaque tribunal de grande instance, une chambre commerciale est présidée par un magistrat professionnel assisté de juges consulaires bénévoles qui sont des commerçants élus pour quatre ans. Ils s'occupent des procédures collectives et du contentieux commercial, mais leurs activités de prévention et de médiation tendent

viii Selon le rapport 2005 du Bureau International du Travail, on compte en 2005: 1399 agents de contrôles (dont 458 inspecteurs et 941 contrôleurs) relevant du ministère du travail, 337 agents (contrôleurs et inspecteurs) relevant de l'ITEPSA contrôlant les entreprises du secteur agricole 241 agents (contrôleurs et inspecteurs) relevant de l'ITT contrôlant les entreprises de transport soit un total de 1977 agents de contrôle pour 18 000 000 de salariés relevant du secteur privé.

ix Voir rapport n°1038 de l'assemblée nationale, du 2 juillet 1998, commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce

également à se développer. Ils suivent également toutes les expertises demandées par les juridictions commerciales, ce qui leur permet souvent d'obtenir une conciliation entre les deux parties au cours de l'expertise.

Le système alsacien-mosellan permet donc de bénéficier des garanties apportées par la présence d'un juge professionnel tout en ayant les avantages liés à la présence de magistrats non professionnels issus du monde du commerce. Ainsi, la justice rendue n'est pas ignorante des réalités de la sphère commerciale et elle associe des citoyens à l'exécution de sa mission.

L'accueil d'universitaires dans les juridictions, recrutés sur le modèle des conseillers en service extraordinaire à la Cour de cassation, doit être envisagé. Cette confrontation d'expériences, de formations et de cultures pourrait notamment renforcer l'enjeu du délibéré et améliorer la qualité des décisions.

2.4 Les sanctions

Cumul de sanctions administratives et pénales. Le principe de proportionnalité qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions prononcées ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé (CC, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 n°85). Ce principe ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle (CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989).

La règle *non bis in idem* n'interdit pas le cumul des sanctions pénales et des sanctions administratives encourues pour les mêmes faits dans la mesure où l'institution de chacun de ces types de sanction repose sur des objets différents et tend à assurer la sauvegarde de valeurs et d'intérêts qui ne se confondent pas. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois admis le cumul que sous réserve du respect du principe de proportionnalité. Il s'ensuit notamment qu'en cas de sanctions administratives ayant un objet pécuniaire comparable à celui d'une amende pénale, le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989).

Dans une étude publiée en 1995 (*Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*), le Conseil d'Etat recommande de ne prévoir le cumul des sanctions pénales et administratives que dans trois cas :

- lorsque l'utilisation d'une sanction administrative est provisoire, dans l'attente d'une sanction pénale (par exemple, la suspension du permis de conduire) ;
- lorsqu'il existe une différence de nature entre les sanctions administratives et pénales (par exemple, lorsque la sanction administrative est pécuniaire et la sanction pénale une peine d'emprisonnement) ;
- lorsque la sanction pénale a un caractère exceptionnel (infraction à caractère frauduleux).

Cet équilibre paraît globalement satisfaisant. Toutefois, il pourrait être envisagé de donner aux autorités administratives indépendantes et à des fonctionnaires bénéficiant d'un statut d'indépendance un pouvoir de poursuite concurrent de celui du parquet, sur un modèle qui existe notamment pour l'action fiscale douanière. Ce devrait notamment être le cas en matière d'environnement et de droit du travail, domaines dans lesquelles l'action du parquet est aujourd'hui inégale. Une action publique particulière se développerait ainsi aux côtés de l'action publique générale, qui appartiendrait toujours au parquet, et de l'action civile.

Proportionnalité des sanctions. Une normalisation des infractions douanières doit être envisagée, afin notamment de supprimer les amendes forfaitaires automatiques. Il faut rappeler que le principe de proportionnalité est largement consacré en droit communautaire : il s'applique à tous les domaines de compétence des Communautés, exclusives et partagées, et aussi lors de l'exercice par les institutions communautaires de fonctions administratives.^x

Suivi des mesures. L'article 131-16 du code pénal dispose que *la décision de placement sous surveillance judiciaire de la personne morale comporte la désignation d'un mandataire de justice dont la juridiction précise la mission. Cette mission ne peut porter que sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Tous les six mois, au moins, le mandataire de justice rend compte au juge de l'application des peines de l'accomplissement de sa mission.*

Au vu de ce compte rendu, le juge de l'application des peines peut saisir la juridiction qui a prononcé le placement sous surveillance judiciaire. Celle-ci peut alors soit prononcer une nouvelle peine, soit relever la personne morale de la mesure de placement.

Ces dispositions générales doivent être complétées afin de rendre le suivi des personnes morales comparable à celui des personnes physiques mises à l'épreuve (s'agissant notamment de la notification des obligations et des sanctions en cas de non accomplissement des obligations).

Transactions. Le comité du contentieux fiscal, douanier et des changes peut être saisi par l'autorité habilitée à transiger. L'avis du comité est purement consultatif et ne lie pas l'administration. De plus, il n'existe pas d'information disponible sur le volume des pénalités et des droits annulés en matière d'impôt sur le revenu : cette information devrait être accessible.^{xi} Il conviendrait de donner à ce comité un pouvoir décisionnel et de rendre public le montant des remises accordées.

2.5 L'action civile

^x Voir commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise), 6e réunion du Conseil mixte sur la justice constitutionnelle, conférence sur *Le principe de proportionnalité*, Venise, 30 mai 2007, exposé Philippe Singer, chef de division service de recherche et documentation de la CJCE

^{xi} Rapport d'information du Sénat n° 381 (2006-2007) Recouvrement des sanctions pénales et fiscales : la fin de l'impunité ?

Création d'une action de groupe. Actuellement aucune procédure ne permet d'obtenir une indemnisation de l'ensemble des victimes concernées par des infractions de masse au droit de la consommation. Le déséquilibre est considérable entre des consommateurs qui ont un faible intérêt à agir en justice pour recouvrer de petites sommes et les professionnels qui en tirent un bénéfice considérable.

En effet, seule l'action de groupe permettrait à une association ou un groupe de particuliers d'agir pour le compte de toutes les victimes sans qu'elles aient à se manifester (option d'exclusion) et ainsi d'obtenir en un seul procès la réparation de tous les préjudices.

Les exemples étrangers, notamment québécois et portugais, démontrent que la mise en place d'une telle procédure permet de garantir le droit à réparation des citoyens sans engendrer les dérives de la *class action* du système américain ni de risques économiques pour les entreprises.

Le caractère dissuasif d'une véritable action de groupe permettra en outre de limiter les violations massives des droits des citoyens et restaurera du même coup la confiance des consommateurs dans leur économie et la consommation et, plus généralement, celle des citoyens dans leur justice.

Mise en œuvre de l'action publique en cas de corruption à l'étranger. Par ailleurs, sans indépendance du parquet, le monopole de l'action publique qui lui est conféré pour la poursuite de faits de corruption d'agents publics à l'étranger pose problème. En effet, cette disposition est de nature à entraver les poursuites en ce domaine. Les autorités françaises ont affirmé de manière inexacte à l'OCDE^{xii} qu'elles n'avaient pas connaissance de plaintes auxquelles auraient été opposées ce régime spécial d'action publique.^{xiii} Si on peut admettre le caractère particulier de l'action publique en ce domaine, un régime d'autorisation de mise en œuvre de l'action publique malgré opposition du parquet devrait être mis en place. Celui-ci pourrait être inspiré de la jurisprudence administrative appliquant l'article L2132-5 du code général des collectivités territoriales. Le doyen des juges d'instruction pourrait refuser d'informer si l'action envisagée est dépourvue de chances

xii Rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2 sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (2004)

xiii Par exemple, un avocat français mandaté par des villageois camerounais, avait déposé plainte le 22 mars 2002 entre les mains du doyen des juges d'instruction de Paris, à l'encontre des dirigeants français de la filiale de droit camerounais de l'une des principales sociétés forestières françaises, cotée à la Bourse de Paris. Les infractions dénoncées étaient les suivantes : destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaire. Au terme d'une discussion avec le Parquet de Paris, ce dernier a conclu à l'irrecevabilité au visa de l'article 113-6 et 113-8 du code pénal qui prévoient que la poursuite des délits commis par des Français à l'étranger ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public.

raisonnables de succès et si elle ne présente pas un intérêt suffisant au regard des principes énoncés dans les conventions internationales auxquelles la France est partie.

Action civile des salariés et des actionnaires

« Il faudra sans doute, tôt ou tard, que l'on puisse mettre en cause la responsabilité personnelle des administrateurs et qu'ils aient à participer à l'indemnisation des victimes. Ce serait la manière la plus efficace de les responsabiliser. »^{xiv}

Cette préoccupation doit se traduire par l'affirmation **du droit pour les organisations d'actionnaires et de salariés d'exercer au nom de la société une action en responsabilité** (le cas échéant de se constituer partie civile) directement contre les mandataires sociaux pour faute commise dans l'exercice de leurs fonctions.

L'entreprise ne doit plus supporter les réparations indemnitaires causées par ses dirigeants indécents en plus de subir les dégâts sur l'emploi. Aussi, les organisations de salariés doivent pouvoir se constituer parties civiles face à de telles infractions pénales pour obtenir réparation directe et intégrale de leurs préjudices, au-delà de la seule indemnisation prud'homale. Pour cela, les syndicats et les comités d'entreprise devraient être reconnus recevables à agir au pénal, comme les associations d'actionnaires minoritaires, parce qu'ils défendent, eux aussi, une certaine forme d'intérêt général qui dépasse la seule création de valeur..

La participation d'un représentant des salariés au conseil d'administration complète cette proposition. La proposition se situe dans la ligne des exemples allemands et suédois^{xv}. Elle est déjà pratiquée par certaines entreprises françaises (Air-France, Renault...) et pourrait être étendue.

C'est sous ces seules conditions préalables qu'une réflexion sur les délais de prescription en cette matière pourrait s'ouvrir, notamment quant au délit d'abus de bien social.

3. Action internationale

L'ensemble de ces propositions, qui visent le droit interne ou le droit européen devraient évidemment être complétées d'initiatives internationales ambitieuses, visant notamment à **lutter contre les**

^{xiv} Jean-François Burgelin, ancien procureur général à la Cour de cassation, La Tribune, 3 mai 2003.

^{xv} En Suède, une loi de 1987 sur la représentation des salariés dans les conseils d'administration prévoit que, dans les sociétés où la responsabilité des actionnaires est limitée, les sections syndicales d'entreprise doivent désigner, parmi les salariés de l'entreprise, deux membres titulaires et deux suppléants. Cette disposition s'applique aux entreprises d'au moins vingt-cinq salariés. Lorsque l'entreprise emploie plus de mille personnes et exerce des activités dans plusieurs secteurs, le nombre des représentants des salariés est porté à trois.

paradis fiscaux. De nombreuses propositions de la conférence des parlements européens contre le blanchiment^{xvi} demeurent largement d'actualité, en particulier en ce qui concerne la transparence des mouvements de capitaux : lutte contre les sociétés écrans et identification des ayant droit économiques, réglementation des fiducies, facilitation des procédures de levée des secrets professionnels à la demande de la justice, facilitation de l'identification du donneur d'ordres dans les transactions financières internationales...

Ainsi, plutôt qu'une dépénalisation du droit des affaires qui conduirait nos partenaires économiques à douter de la volonté de réprimer les comportements nuisibles à la libre concurrence et nos concitoyens à considérer que les puissants échappent généralement à la loi pénale, pourtant rigoureuse pour eux, il convient de s'assigner un devoir d'ambition au service d'une nouvelle éthique de la responsabilité économique.

xvi <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/blanchiment.asp#declaration>

Récapitulatif des propositions

(Dans l'ordre de l'exposé)

- 1 Suppression de l'autorisation ministérielle pour la poursuite de certains délits
- 2 Suppression de la commission des infractions fiscales
- 3 Information des comités d'entreprise sur les aides publiques
- 4 Juridictionnalisation de la commission du secret défense
- 5 Indépendance du parquet
- 6 Mise en oeuvre du *Corpus juris*, comprenant notamment la création d'un parquet européen (*initiative à prendre au niveau européen*)
- 7 Rattachement aux juridictions d'unités de police judiciaire et de fonctionnaires spécialisés
- 8 Donner au Service central de prévention de la corruption le statut d'autorité administrative indépendante, ainsi que des pouvoirs d'enquête préliminaire
- 9 Renforcement de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés ou désignation d'une autorité indépendante en charge du contrôle des marchés publics
- 10 Fusion en un seul service de l'ensemble de l'inspection du travail ; augmentation des effectifs au niveau de la moyenne européenne ;
- 11 Généralisation à l'ensemble du territoire des procédures commerciales applicables en Alsace-Moselle
- 12 Garanties de nomination des magistrats des juridictions spécialisées en matière économique et financière; recrutement d'universitaires en service extraordinaire
- 13 Permettre à certaines autorités administratives indépendantes de mettre en oeuvre une action publique concurrente de l'action publique générale
- 14 Normalisation des infractions douanières
- 15 Formalisation de la procédure de mise à l'épreuve des personnes morales sanctionnées
- 16 Attribution au comité du contentieux fiscal douanier et des changes d'un pouvoir décisionnel, publicité du montant des transactions accordées
- 17 Création d'une action de groupe
- 18 Permettre à une partie civile de se constituer en cas de refus de mise en oeuvre de l'action publique pour des faits de corruption d'agents publics à l'étranger
- 19 Extension de la représentation des salariés au conseil d'administration des sociétés
- 20 Droit pour les organisations d'actionnaires ou de salariés d'exercer au nom de la société une action en responsabilité directement contre les mandataires sociaux pour faute commise dans l'exercice de leurs fonctions
- 21 Lutter contre les paradis fiscaux, pour la transparence des mouvements de capitaux (*initiatives à prendre au niveau européen*)

