

SOMMAIRE

RÉSUMÉ.....	ii
LISTE DES ABRÉVIATIONS	iv
LISTE DES ANNEXES	v
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE - LE PARADOXE DE LA DÉPÉNALISATION FACE AUX SPÉCIFICITÉS DU DROIT DES AFFAIRES.....	14
TITRE 1 ^{ER} . LES CONTROVERSES D'UNE DÉPÉNALISATION	15
Chapitre 1 ^{er} . Les demandes contradictoires de dépénalisation	15
Section 1 ^{ère} . Les critiques à l'endroit du législateur	15
Section 2. La juridiction pénale accusée	25
Section 3. La modernisation du droit des affaires.....	28
Chapitre 2. Le maintien nécessaire d'un droit pénal en droit des affaires	31
Section 1 ^{ère} . Les considérations économiques	32
Section 2. Les considérations éthiques	35
Section 3. Les considérations juridiques	37
TITRE 2. LES IMPACTS SUR LE DROIT RÉPRESSIF DES AFFAIRES	40
Chapitre 1 ^{er} . La relativité des tentatives de dépénalisation.....	40
Section 1 ^{ère} . Le caractère spécialisé du mouvement.....	41
Section 2. Le mouvement parallèle de pénalisation et de repénalisation.....	48
Chapitre 2. Les particularités de la forme de la dépénalisation.....	56
Section 1 ^{ère} . Le maintien de la répression	57
Section 2. Les dérives de la mise en œuvre.....	64
DEUXIÈME PARTIE - LES CONDITIONS D'UNE DÉPÉNALISATION RATIONNELLE	72
TITRE 1 ^{ER} . LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE PÉNALISATION-DÉPÉNALISATION	74
Chapitre 1 ^{er} . Le recentrage critérié du droit pénal des affaires	74
Section 1 ^{ère} . La délimitation critériée de la dépénalisation.....	74
Section 2. Les infractions dépénalisables.....	80
Chapitre 2. Le développement de l'efficacité de la voie pénale	84
Section 1 ^{ère} . La reconfiguration nécessaire du domaine pénal	85
Section 2. Le renforcement de l'efficacité du système pénal	95
TITRE 2. LA RECHERCHE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES MODES DE SUBSTITUTION	102
Chapitre 1 ^{er} . L'opportunité du recours aux modes de substitution	103
Section 1 ^{ère} . Le système de prévention des infractions en matière de chèques	103
Section 2. Les voies préalables à la voie pénale	108
Section 3. Les sanctions pécuniaires	112
Section 4. Les sanctions civiles	125
Chapitre 2. La nécessaire amélioration des modes de substitution	130
Section 1 ^{ère} . Un meilleur encadrement des modes de substitution	131
Section 2. Le dépassement de la dimension répressive de la sanction	138
CONCLUSION	143
BIBLIOGRAPHIE.....	I
ANNEXES.....	V
TABLE DES MATIERES	XVII

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AMF	: Autorité des Marchés Financiers
Arch. phil. dr	: Archives philosophiques du droit
AUSC	: Acte Uniforme OHADA relatif au droit des Sociétés Commerciales et du groupement d'intérêt économique
CCED	: Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière
CFRA	: Commission Fiscale de Recours Administratif
CGI	: Code Général des Impôts
C. mon. et fin.	: Code monétaire et financier français
DGCCRF	: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
NCCF	: Nouveau Code de Commerce Français
OMH	: Office Malgache des Hydrocarbures
Rev. pén. dr. pén.	: Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
Rev. Sc. crim	: Revue de Science criminelle et de droit comparé
V.	: Voir

LISTE DES ANNEXES

- Annexe I : Liste de quelques faits dépenalisés en droit des sociétés
- Annexe II : Barème des amendes douanières prononcées par voie transactionnelle
- Annexe III : Modalités de fixation des amendes fiscales

INTRODUCTION

« *Les affaires et le droit pénal ne se sont jamais ignorés*¹ » et « *l'histoire du droit pénal montre que les matières qu'il a marquées de son empreinte ne s'en débarrassent jamais complètement*² ». Cependant, la répression des affaires n'a jamais non plus été le monopole du droit pénal³.

Ces différentes observations constituent le point de départ de nos propos en ce qu'elles mettent en lumière les réalités de l'interface existant entre le droit des affaires et le droit pénal.

D'abord, l'emprise du droit pénal sur la vie des affaires est une réalité. Le droit des affaires est traditionnellement pénalisé. L'histoire montre que le droit pénal a toujours accompagné le droit des affaires. Pour assurer l'effectivité des règles en matière économique et financière, le législateur prévoit des dispositions pénales sanctionnant les divers agissements contraires à ces règles. Il est rare qu'un texte réglementant la vie des affaires ne contienne pas de dispositif pénal.

Cependant, le droit des affaires est plus ou moins pénalisé selon les époques et les régimes politico-économiques. La seconde réalité consiste en ce que, en ces mouvements de reflux du droit pénal, ce n'est pas tant à la répression des infractions qu'il est renoncé, mais il s'agit plutôt de recourir davantage à d'autres modes de répression de la vie des affaires. Ainsi, la répression par la voie pénale est abandonnée au profit des réseaux extra pénaux.

Ce processus que nous avons décrit constitue une forme particulière de dépénalisation. Certes, cette forme n'est pas la plus connue ni la plus évidente de toutes les méthodes de dépénalisation, mais elle semble la plus typique du mouvement observé en droit des affaires.

Ainsi, nous nous proposons de traiter de « **la dépénalisation du droit des affaires** ».

Cette réflexion générale appelle des précisions. Celles-ci sont d'abord d'ordre terminologique puis d'ordre historique.

¹ R. VOUIN, préface, in M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 1^{ère} éd. P.U.F, Thémis, p.5.

²² J.-H. ROBERT, « *La dépénalisation* », in Arch. phil. droit, 1997, p. 191.

³ J. LEFEBVRE, « *La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?* », in *Désordre(s)*, P.U.F, 1997, p.247 ; V. dans ce sens, M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p.6. « *Le juge n'a jamais eu le monopole de punir, de même que le droit pénal n'a jamais contenu l'intégralité des sanctions ayant le caractère d'une punition* ».

Etymologiquement, le terme dépenalisation signifie sortir du droit pénal. La définition la plus simple de la dépenalisation est donnée par le lexique des termes juridiques : c'est « *l'opération qui consiste à enlever à un fait son caractère d'infraction pénale* »⁴. En réalité, la dépenalisation est une « politique » visant à enlever le caractère d'infraction à un agissement⁵. Etant une politique, la dépenalisation est alors plurielle⁶.

Si d'une manière générale, elle peut se définir comme « *l'affaiblissement de la réaction sociale qui tantôt abandonne la voie proprement pénale, tantôt la modère, tantôt y substitue d'autres voies moins traumatisantes et plus efficaces* »⁷ ou encore « *le processus générique tendant à réduire l'application de sanctions pénales à l'égard d'un comportement déterminé, cette réduction pouvant aboutir à leur suppression pure et simple et, à la limite, à la décriminalisation de ce comportement* »⁸ - ainsi entendue, elle recourt à plusieurs notions.

D'abord, la dépenalisation stricto sensu correspond à « *toute forme de désescalade à l'intérieur du système pénal* »⁹ voire à toute forme de « *dessaisissement du système pénal au profit d'une autre variante, civile, administrative ou de médiation* »¹⁰. La désescalade à l'intérieur du système pénal peut se traduire par une contraventionnalisation, par une correctionnalisation ou encore par un abaissement de la peine encourue. En d'autres termes, soit le comportement précédemment incriminé le reste mais il ne l'est plus qu'en tant qu'infraction mineure, soit la qualification du comportement est maintenue mais avec des peines sensiblement différentes dans le sens d'une moindre rigueur. Quant au dessaisissement du système pénal au profit d'une autre variante, il consiste à remettre à une juridiction civile, administrative, disciplinaire ou à une autorité arbitrale voire sociale le soin de régler le différend.

Ensuite, la décriminalisation, quant à elle, consiste à cesser d'incriminer un comportement¹¹. Celui-ci, soit ne suscite plus aucune réponse du corps social, soit n'est plus considéré comme infraction.

⁴ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2010.

⁵ *Le droit de A à Z, Dictionnaire juridique pratique*, E.J.E, DICODROIT, 1997.

⁶ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, La documentation française, 2008, p.19.

⁷ M. ANCEL, « *Réforme pénale et dépenalisation* », *Rev.sc.crim.*, 1983, p.145.

⁸ M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats Unis*, Publications des Facultés Universitaires, 1987, p. 311.

⁹ G. LEVASSEUR, « *Le problème de la dépenalisation* », in *Archives de politique criminelle*, 1983, n°6, p. 56 ; J. PRADEL, *Droit Pénal*, Manuel, 14^{ème} éd., Cujas, 2002, n° 10.

¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politiques criminelles*, 1983, p.169 ; *Les grands systèmes de politique criminelle*, P.U.F, Thémis, 1992, p. 279.

¹¹ Selon l'expression de M. DELMAS-MARTY, il y a « passage au modèle O de l'infraction. Ce mouvement vers le point O aboutit à la pleine reconnaissance juridique et sociale d'un comportement jusque là considéré comme

Par ailleurs, la dépenalisation peut également couvrir d'autres notions comme la « déprisonnalisation »¹² qui consiste à éviter l'incarcération, ou la « déjudiciarisation » ou « déjuridictionnalisation », définie comme « *le processus consistant à soulager la justice pénale en dérivant la procédure vers des voies non répressives, moins traumatisantes, moins stigmatisantes mais peut être plus efficaces* »¹³.

Malgré la pluralité des formes de dépenalisation, il faut préciser que certaines de ces formes ne s'observent pas dans le domaine des infractions d'affaires telles que la « médicalisation »¹⁴, c'est-à-dire le transfert du traitement du comportement incriminé aux institutions médico-sociales. Ces précisions terminologiques seront déterminantes pour les conclusions tirées de la présente étude.

En outre, il convient de définir ce que nous entendons par infraction d'affaires. Les infractions d'affaires sont les infractions relevant du droit pénal des affaires. Rappelons d'abord qu'il n'y a pas de définition légale du droit pénal des affaires et que les auteurs ne mettent pas toujours les mêmes infractions dans l'enveloppe de ce droit.

Un premier critère est matériel. Le droit pénal des affaires se définit par son contenu et il apparaît comme étant un sous ensemble du droit pénal spécial¹⁵. On y trouvera l'abus des biens sociaux, la banqueroute,... Mais au-delà, il y a hésitation. Faut-il par exemple mettre le droit pénal du travail ? D'où un autre critère, qui est formel. Les délits sont alors classés en fonction de leur localisation dans les codes : ce qui est dans le code pénal est du droit pénal spécial et ce qui est hors du code pénal est du droit pénal des affaires. Ce second critère n'est pas meilleur que le premier : il y a dans le code pénal des délits qui peuvent être réalisés par des hommes d'affaires et, en dehors du code pénal, on trouve des délits qui, manifestement, ne sont pas des délits d'affaires¹⁶.

Il convient alors de dépasser ces deux critères. La plupart des ouvrages de droit pénal des affaires donnent une perception impérialiste de la discipline. Le droit pénal des affaires serait le droit sanctionnant tout ce qui a trait à l'entreprise. La sphère économico-financière ne serait alors que

infraction ou déviance », M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F, Les voies du droit, 1986.

¹² Terme utilisé dans le rapport de J. VILLAREJO, cité par G. LEVASSEUR, op.cit., p.57.

¹³ ibid. p. 59 ; C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, p.73.

¹⁴ M. VAN DE KERCHOVE, « *Les phénomènes de dépenalisation et leur hétérogénéité* », in *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1986, n°3, p. 300.

¹⁵ J. PRADEL, « *La pénalisation du droit des affaires* », Colloque Le Caire, octobre 2009, p. 1.

¹⁶ D'autant plus qu'il n'y a pas de « code des affaires », J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., Armand Colin, 2001, p.5.

le noyau autour duquel graviteraient d'autres comportements. Ainsi, le droit pénal du travail serait dans une large mesure partie intégrante du droit pénal des affaires, de même que le droit pénal de l'environnement. Mais le cadre de l'entreprise est un critère qui ne peut fonctionner à lui seul. Ainsi, il convient d'ajouter le critère de l'économie.

La démarche la plus logique consiste alors à prendre en considération la valeur protégée par chaque incrimination. L'environnement, les rapports sociaux dans l'entreprise ne sont pas de l'essence des affaires. « *Les affaires, ce sont les activités financières. Les affaires, ce sont les activités de production, de distribution et de consommation des richesses* »¹⁷. Le droit pénal des affaires recouvre donc le droit pénal économique et financier. Mais même cette conclusion pourrait être contestée. Assurer la sécurité des transactions constitue l'un des soucis principaux du droit des affaires : le droit pénal ici s'efforce d'imposer la loyauté que les intéressés trahiraient parfois¹⁸. Le droit pénal économique, lui, est moins soucieux de morale que d'efficacité, même quand il veut être à la fois « élément de planification et agent d'honnêteté »¹⁹, le dirigisme dont il s'inspire nécessairement l'oppose dans une certaine mesure au droit des affaires et donc au droit pénal des affaires. Le droit des affaires, lui, demeure un droit libéral même quand il restreint la liberté du capital²⁰. Ce n'est pas non plus à dire que le droit pénal des affaires se réduirait au droit pénal financier. Au vrai, la diversité des formules autorise à penser que les catégories ne sont pas nettement tranchées. Compte tenu de ces différentes considérations, dans le cadre de la présente étude sur la dépénalisation du droit des affaires, seront considérés bien entendu le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit de la banqueroute, le droit du chèque, mais aussi le droit douanier et le droit fiscal.

L'émergence d'un droit pénal « des affaires » est relativement récente. Elle est contemporaine de la création, au XIX^{ème} siècle, des premières formes de sociétés, et le droit pénal des affaires date majoritairement du XX^{ème} siècle. La nécessité de disposer d'incriminations spécifiques pour protéger notamment l'intérêt des créanciers et des actionnaires a conduit le législateur à créer des infractions adaptées au cas où le droit commun ne trouvait pas à s'appliquer. En ce qui concerne Madagascar, le droit des affaires étant lui-même un droit relativement jeune, certains auteurs

¹⁷ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1998, n°55.

¹⁸ J. LARGUIER, Ph. CONTE, op.cit., p. 6.

¹⁹ *ibid.*

²⁰ V. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951, n°109.

estiment que le « *droit pénal malgache des affaires [qui l'accompagne] est encore à faire* »²¹. Seulement, Madagascar a hérité du droit pénal des affaires français et ainsi de son histoire.

En matière pénale, le droit des affaires a subi plusieurs mouvements, l'un de pénalisation et l'autre de dépénalisation. La pénalisation a débuté depuis le code pénal napoléonien de 1810 puis diverses lois ont suivi. La loi du 17 juillet 1856 en droit pénal des sociétés, puis la loi du 24 juillet 1867 reprenant les incriminations de base concernant les fraudes commises au moment de la constitution des sociétés par action. Ce dernier texte a constitué la législation applicable à Madagascar avant la promulgation de la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.

La société commerciale a souvent été décrite comme l'outil de choix permettant de donner à l'activité des affaires toute son envergure, en même temps que lorsqu'elle est entre de mauvaises mains comme étant l'instrument idéal de s'enrichir frauduleusement. Le droit pénal des sociétés s'est alors développé dans un climat de méfiance entre mandataires sociaux, et les commercialistes n'en ont pas toujours approuvé la rigueur, faisant observer que le droit des sociétés commerciales a pris l'aspect fâcheux d'un droit répressif et regrettant que « *la saison des juges ait accompagné l'ère des sociétés par action* »²². En effet, en droit français, le mouvement de pénalisation du droit des sociétés commerciales culmine avec la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales complétée de nombreux textes intermédiaires, notamment le décret n°67-236 du 23 mars 1967. Cette loi comporterait soixante-dix articles consacrés au droit pénal et prévoirait entre cent vingt à deux cent cinquante incriminations²³.

Ici et d'une manière générale dans le droit des affaires, les protestations ne manquent pas contre « *l'envahissement du droit pénal* ». La loi de 1966 a alors finalisé le mouvement de pénalisation. Ainsi, à partir de 2001, la tendance s'inverse, le législateur dépénalise le droit des sociétés. La dépénalisation résulte de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques (Loi NRE). D'autres lois s'en sont suivies dont notamment les lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière (LSF) et sur l'initiative économique (LIE), les Ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises et du 25 juin 2004 sur les valeurs mobilières. Cependant, la loi de la modernisation de l'économie (LME) de 2008 ne semble pas aller dans ce sens.

²¹ A. RAHARINARIVONIRINA, préface, in H. RAKOTOMANANA, *Droit pénal malgache des affaires*, Jurid'ika, 2008.

²² M. GERMAIN, L. VOGEL, *Traité de Droit Commercial*, t.1, Paris, LGDJ, n° 1011, p. 582.

²³ M. HAMIAULT, *La réforme des sociétés commerciales. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966*, Paris, Dalloz, 1966.

En ce qui concerne le droit malgache des sociétés, s'inspirant largement de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC) de 1997 ainsi que de la législation française en la matière, qui se caractérisent en général par la dépenalisation d'un certain nombre d'agissements qui constituaient des infractions, la Commission de Réforme du Droit des Affaires a été amenée à alléger les définitions des dispositions pénales par une définition plus stricte des incriminations et à réduire la gravité des peines. Certains faits répréhensibles sous l'empire des anciens textes ne paraissent plus constituer des infractions pénales dans la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales²⁴. Il faut, par ailleurs, noter que la loi malgache a dépenalisé plus de faits délictueux par rapport à la loi française²⁵.

Le droit de la concurrence, le droit de la banqueroute, le droit du chèque, en France le droit boursier et le droit de la consommation, et même le droit douanier et le droit fiscal évoluent dans le sens de la dépenalisation selon une plus ou moins grande mesure.

En droit pénal de la concurrence, par exemple, l'Ordonnance française n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a initié ce mouvement général dans le droit pénal des affaires²⁶. Le recul du droit pénal de la concurrence se manifeste par la suppression de la plupart des infractions en la matière. Certes, des incriminations correctionnelles subsistent, mais leurs conditions d'existence sont devenues si étroites que la plupart des problèmes ne se posent plus au niveau de la justice pénale mais seront du ressort du Conseil de la concurrence²⁷ ou des juridictions civiles.

La loi malgache n° 2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence marque une nette évolution par rapport à l'Ordonnance n°73-054 du 11 septembre 1973 portant refonte de l'Ordonnance n°60-129 du 3 octobre 1960 relative au régime des prix et à certaines modalités d'intervention en matière économique, et à l'Ordonnance n°73-055 du 11 septembre 1973 portant refonte de l'Ordonnance n°60-130 du 03 octobre 1960 concernant la constatation, la poursuite, la répression des infractions énumérées dans l'Ordonnance n°73-054. S'inscrivant dans une logique de libéralisation du secteur économique, la loi de 2005 sus visée encadre strictement les situations exceptionnelles permettant la mise en œuvre des modalités d'intervention de l'Etat en matière

²⁴ H. RAKOTOMANANA, *Droit pénal malgache des affaires*, op.cit. p. 136.

²⁵ *ibid*, p. 237.

²⁶ V. J. AZEMA., « *La dépenalisation du droit de la concurrence* », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 651.

²⁷ Le Conseil de la concurrence est devenu l'Autorité de la concurrence depuis la Loi de Modernisation de l'Economie en 2008.

économique et confie une importante partie de la fonction répressive au Conseil de la concurrence, une institution créée par cette même loi. Ainsi, seuls les comportements frauduleux seront du ressort de la juridiction pénale.

En droit de la banqueroute²⁸, la loi française du 25 janvier 1985 dépenalise certains faits en ce qu'elle ne distingue plus la banqueroute simple de la banqueroute frauduleuse, la banqueroute facultative de la banqueroute obligatoire et il n'y a plus lieu de séparer la banqueroute des infractions naguère « assimilées à la banqueroute ». La loi de 1985 avait ramené à quatre (cinq dans la loi du 10 juin 1994 et dans celle du 26 juillet 2005) les anciens quinze cas de banqueroute. Certains anciens cas de banqueroute ont disparu, d'autres sont devenus des causes de faillite personnelle. Dans le droit positif malgache, les articles 284 et 286 de la loi n°2003-042 du 03 septembre 2004 sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif ont abrogé les infractions de banqueroute prévues et punies par les articles 614-4 et suivants du code de commerce et les articles 402 à 404 du code pénal, lesquels textes ont fait la distinction entre banqueroute facultative et banqueroute obligatoire, banqueroute obligatoire, banqueroute simple et banqueroute frauduleuse.

En outre, en droit du chèque, tant en France qu'à Madagascar, le système de la répression des chèques émis sans provision a connu une évolution progressive vers la dépenalisation. La loi malgache n° 2004-045 du 14 janvier 2005 est caractérisée par le système de prévention en imposant à la profession bancaire de faire la police des chèques.

Enfin, le droit douanier a toujours été fortement marqué par son caractère répressif. Les infractions douanières étaient principalement des infractions matérielles. Les réformes de 2006 à Madagascar ont permis au juge de considérer l'élément intentionnel de l'infraction.

Pour autant, le droit des affaires connaît toujours une emprise du droit pénal. Ce phénomène a été considérablement accentué en France par la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales en 2005.

La présente étude se propose de traiter de la « dépenalisation du droit des affaires » en tenant compte du contexte malgache. A la lecture de ce titre, on pourrait croire que la suppression du

²⁸ J.-P. LANGLADE, « *La réforme de la banqueroute par la loi du 25 janvier 1985* », JCP, éd.E, 1986.15710 ; F. DERRIDA, « *La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises* », Rev.Sc.crim., 1989, p. 658.

droit pénal des affaires constitue un processus inéluctable, comme le suggèrent certaines hypothèses²⁹, ou tout au moins probable³⁰.

Sans pouvoir préjuger d'un avenir lointain, il apparaît cependant que, malgré les transformations qui ont affecté le système pénal, les phénomènes de reflux qui seront au centre de nos réflexions sont très relatifs. Ainsi, plusieurs auteurs émettent des doutes sur la réalité de la dépénalisation du droit des affaires³¹.

S'il en est ainsi, une étude consacrée à la dépénalisation du droit des affaires se justifie-t-elle aujourd'hui ?

Le survol historique effectué supra sur l'évolution du droit pénal des affaires, tant en France qu'à Madagascar, permet d'affirmer la réalité de la dépénalisation en droit des affaires. Sans doute, il pourrait paraître abusif de parler d'un véritable « mouvement » puisque cette expression pourrait laisser croire que l'on est face à un phénomène homogène et réfléchi. En réalité, on a affaire à une tendance, tendance particulière qui pousse à parler de mouvement.

En outre et surtout, les précisions de définitions apportées éclairent sur la notion de dépénalisation, laquelle ne suppose pas toujours la suppression pure et simple de la disposition pénale. Aussi la dépénalisation du droit des affaires ne signifie-t-elle en aucun cas abolition du droit pénal des affaires.

Par ailleurs, en France (et dans certains pays de l'Europe), la pénalisation-dépénalisation du droit des affaires fait l'objet de débats vifs et récurrents depuis plus de deux décennies³². Plusieurs travaux, études, colloques ont été organisés sur le sujet. De nombreuses commissions de travail ont été créées pour examiner les infractions d'affaires et de nombreux rapports ont été établis. La Commission Badinter de 1985 a initié les travaux effectués en la matière puis se sont succédés le rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés en 1996, le célèbre rapport Coulon en

²⁹ Ce sont les hypothèses marxistes et durkheimiennes. V. également J. HYEST, « *Pour une politique et une justice pénales cohérentes* », in C.C.I.P., « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », 2 juillet 2008, p.43.

³⁰ Comme le laisse entendre la célèbre formule d'Ihering, selon laquelle « *l'histoire de la peine est celle d'une abolition constante* ».

³¹ V. notamment M. RACT-MADOUX, « *Mythe ou réalité de la dépénalisation* », in P. HASTINGS, « *Dépénalisation et contrôles internes : les nouveaux enjeux* », 2008, pp.6-11 ; Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », in Pouvoirs, 2009, pp.87-185 ; J. LARGUIER, Ph. CONTE, op.cit. n°507 ; V. WESTER- OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, thèse Nantes, 1999, n°28.

³² Sur le caractère récurrent du débat, V. Th. GODEFOY, « *La délinquance économique et financière serait-elle en voie de disparition ?* » in « *Délinquance, justice et autres questions de société* », 5 novembre 2010, p.5. ; C.C.I.P., *Quel droit pénal des affaires pour demain ?*, op.cit. p. 7 ; Ch. AT, N. CHAPPE, « *La répression des pratiques délictueuses des dirigeants. Le rôle des actionnaires* », in Revue d'économie politique, Dalloz, 2004, vol. 114, pp. 99-110.

2008, suivis d'innombrables rapports et travaux³³. Ainsi, l'intérêt du sujet réside également dans son actualité. Outre la question de la réalité de la dépenalisation, laquelle a déjà été soulevée, la doctrine aborde le sujet sous divers angles : la dépenalisation du droit des affaires et le libéralisme³⁴, la place du juge dans la dépenalisation du droit des affaires³⁵, la pénalisation du droit des affaires et la démocratie³⁶, le rôle du droit pénal dans la vie des affaires³⁷, etc.

A Madagascar, certains travaux consacrés à la lutte contre la délinquance économique et financière préconisent la dépenalisation comme méthode nouvelle d'approche pour réduire la commission d'infractions dans la vie des affaires³⁸. De nouveaux modes de répression commencent à concurrencer la voie proprement pénale.

La dépenalisation du droit des affaires présente donc un intérêt, non seulement pour les acteurs économiques en particulier, mais aussi pour le développement de l'économie, donc, pour l'intérêt général³⁹.

Les enjeux de la dépenalisation du droit des affaires sont multiples. L'excès de la charge pénale à l'endroit de la vie des affaires a été dénoncé comme contraire à l'option économique du pays. Le développement de l'économie devrait passer par le développement de l'esprit d'entreprise et l'incitation aux activités des affaires. Seulement, la « fureur répressive » du législateur a été jugée comme incompatible avec la liberté d'entreprendre et l'initiative économique, piliers de l'économie de marché. Si la régulation du marché est nécessaire, elle ne devrait pas aller jusqu'à remettre en cause les fondements mêmes du système libéral. Le « foisonnement des textes répressifs » a été considéré comme une entrave au développement économique. Les tenants de cette thèse en appellent donc à la dépenalisation du droit des affaires. Le but est de supprimer les « lourdeurs » du droit pénal des affaires, l'enjeu est de libérer l'initiative d'entreprise.

Toutefois, l'économie libérale n'est pas synonyme d'anarchie ni de non droit. Le besoin de règles pour l'entreprise et pour le marché n'a jamais été contesté et a toujours été reconnu

³³ Entre autres, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises*, 2008 ; Association des Avocats Conseils d'Entreprises, *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008.

³⁴ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p. 5suiv.

³⁵ A.C.E, *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, op.cit.

³⁶ « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? », Les petites affiches, 1997, n°12.

³⁷ C.C.I.P., *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires*, op.cit.

³⁸ V. par exemple A. IMBIKY, « L'Aspect répressif dans le Droit des Affaires », in « La délinquance économique et financière », Colloque international, Antananarivo, 1996, pp. 37-47.

³⁹ H. RAHARIJAONA, « Prévention, répression, développement dans le droit pénal des affaires », in « La délinquance économique et financière », ibid., p. 225.

comme essentiel. Le bon fonctionnement du marché dépend de son encadrement juridique et de sa régulation par le droit. En effet, une dérèglementation totale de la vie des affaires favoriserait le développement de la délinquance économique et financière. Seulement, beaucoup ont insisté sur la nécessité de normes claires, stables et cohérentes dans un souci de lisibilité qui, selon eux, n'est pas le cas aujourd'hui⁴⁰. L'inflation législative et l'incertitude jurisprudentielle ont été présentées comme constituant un risque pénal anormal pour l'entreprise. Le principe de la légalité devrait donc être réaffirmé⁴¹.

Mais le véritable enjeu de la dépénalisation du droit des affaires est la manière de réglementer l'ordre public économique⁴². A l'intérieur de cet ordre public, on distingue l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Le premier a pour objet l'orientation de l'activité économique dans le sens qui paraît conforme à l'utilité sociale et le second a pour finalité la protection du contractant faible. L'ordre public économique impose donc l'existence d'outils juridiques (pénaux comme non pénaux) efficaces et accessibles à tous. Il impose aussi une protection de la sécurité et du patrimoine des citoyens, en nécessitant, au besoin, la mise en place de contreparties aux infractions pénales⁴³. Par ailleurs, il exige une confiance légitime dans le marché et dans l'ensemble du système économique. L'enjeu de la dépénalisation est donc de combiner le besoin légitime de confiance des entreprises dans la norme et la protection des investissements. Ainsi, les enjeux de la dépénalisation du droit des affaires, sur le plan économique, peuvent se résumer en deux mots: liberté et sécurité.

L'esprit de la dépénalisation n'est pas de remettre en cause le principe d'une intervention du droit pénal pour sanctionner les dépassements coupables mais de proclamer une pénologie adaptée au monde des affaires. D'où un autre enjeu, qui est cette fois-ci d'ordre purement juridique, de la dépénalisation. C'est le rôle du droit pénal dans la vie des affaires. La démarche à suivre dans la dépénalisation dépend, par conséquent, de la fonction attribuée à la sanction pénale. En effet, pour certains auteurs, le droit pénal des affaires n'étant que la branche répressive du droit des affaires, le droit pénal serait un outil, un instrument du droit des affaires⁴⁴. Cette thèse renforce le principe de la subsidiarité du droit pénal par rapport au droit des

⁴⁰ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit. p. 14.

⁴¹ *ibid.*

⁴² Sur l'ordre public économique, V. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963.

⁴³ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit.

⁴⁴ J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Masson, 1995, p.4.

affaires⁴⁵. Le droit pénal est ainsi considéré comme la garantie de l'effectivité du droit des affaires et on ne cesse aujourd'hui, dans le milieu des affaires, de réitérer que la sanction pénale ne doit frapper que lorsqu' aucune mesure ou aucune autre sanction ne paraît possible. Par contre, d'autres voient dans ces considérations un risque de dénaturation du droit pénal. L'enjeu de la dépenalisation du droit des affaires est alors également celui de redonner son sens à la loi pénale selon que le droit des affaires justifie l'attribution de fonctions spécifiques à la sanction pénale, quand celle-ci est appliquée aux infractions d'affaires, ou non.

Les résultats des travaux sur la dépenalisation du droit des affaires, aussi bien en droit français qu'en droit malgache, sont sous tendus par ce triple enjeu contemporain de la dépenalisation : liberté et sécurité des activités économiques et financières et le rôle tenu ou à tenir par le droit pénal dans le droit des affaires.

Néanmoins, la différence entre le contexte français et le contexte malgache mérite d'être prise en considération. Le contexte malgache se distingue du contexte français en divers points. D'abord, la responsabilité pénale de la personne morale⁴⁶ est un principe reconnu en France depuis 1992 alors qu'elle ne l'est pas à Madagascar. Elle a été prévue dans l'article 121-2 alinéa 1^{er} du code pénal français (entré en vigueur le 1^{er} mars 1994) qui subordonne la responsabilité pénale de la personne morale au constat d'une infraction commise « *pour leur compte, par leurs organes ou représentants* » et seulement « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* » c'est-à-dire, si elle était expressément prévue par le texte d'incrimination. Mais depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 (loi Perben II), la responsabilité pénale des personnes morales est devenue générale. Ce premier point de distinction est fondamental dans la conduite de notre analyse dans la mesure où la reconnaissance de la responsabilité pénale de la personne morale en droit français, d'une part, implique un degré de pénalisation du droit des affaires plus élevé en France qu'à Madagascar et, d'autre part, produit des situations complexes engendrant des problèmes juridiques lesquels ne se rencontrent pas dans le contentieux malgache des affaires.

⁴⁵ P. BOUZAT, Traité théorique et pratique de droit pénal, Dalloz, 1951, n°5 ; G. STEFANI (dir), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956, p.293 ; J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, op.cit. n°343.

⁴⁶ V. M. DAURY-FAUVEAU, M. BENILLOUCHE (dir), *Dépenalisation du droit des affaires et responsabilité pénale de la personne morale*, P.U.F, 2009 ; T. DALMASSO, *La responsabilité pénale de la personne morale*, EFE, 1996.

En outre, un autre facteur pouvant entrer en ligne de compte est la médiatisation des affaires judiciaires avec toutes ses conséquences⁴⁷. Elle est d'une importance telle en France que le risque pénal pourrait être plus ressenti par les acteurs économiques situés en France que par ceux qui investissent sur le territoire malgache.

Enfin, la France, étant pays membre de l'Union Européenne, est soumise à des contraintes juridiques propres au droit communautaire. En effet, elle est amenée à adapter ses lois nationales par rapport à la politique pénale internationale et communautaire conformément aux diverses directives du droit communautaire. Cette situation juridique dans laquelle se trouve la France constitue un paramètre marquant la différence de contexte de la dépénalisation des droits des affaires malgache et française, laquelle différence pourrait influencer l'approche effectuée dans l'analyse des mouvements effectifs ou souhaités de dépénalisation.

Cependant, quelle que soit l'approche sous laquelle est abordé le sujet, l'observation révèle une convergence : surpénalisation en droit et dépénalisation en fait⁴⁸. Ainsi se creuse toujours l'écart entre le modèle officiel (les textes) et le modèle appliqué (la pratique). Dans la pratique, la sanction pénale est fortement concurrencée par un autre mode de règlement des différends beaucoup plus consensuel : la transaction. En matière fiscale et en matière douanière, entre autres, environ 80% des litiges sont réglés par la voie transactionnelle. Si apparemment le problème se manifeste par l'ineffectivité du droit pénal des affaires, il semblerait revêtir un caractère plus profond : l'inadaptation du droit pénal des affaires aux rationalités des activités et de la vie des affaires. Intervenir sur le modèle appliqué pour réduire l'écart, c'est renforcer le système pénal en rentabilisant les procédures devant la justice pénale. Intervenir sur le modèle officiel, c'est changer la loi : dépénaliser. Le premier n'exclut pas l'autre. Mais l'importance de l'écart observé entre la théorie et la pratique nous oriente à baser notre hypothèse sur cette dernière optique.

La question fondamentale qui se pose est alors de savoir : dans quelle forme et sous quelles réserves devrait être dépénalisé le droit des affaires ? Le problème est celui de la mesure, de la forme et de l'efficacité de la dépénalisation dans le domaine du droit des affaires à l'aune de l'objectif de concilier les principes du droit des affaires avec ceux du droit pénal.

⁴⁷ V. dans ce sens, J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit. p.14 ; C.C.I.P, « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », op.cit. p.15 ;

⁴⁸ V. dans ce sens, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, op.cit.

Les mouvements effectifs de dépénalisation se révèlent être de simples correctifs, surgis de façon désordonnée, par tous les bouts, chacun intervenant selon ce qu'il perçoit, chacun comme il peut⁴⁹. Il s'agit d'un certain nombre de mouvements déclenchés par l'écart entre le droit et le fait, qui ne sont pas vraiment voulus mais qui se sont présentés comme « stratégie d'adaptation ou de rupture⁵⁰ » ou plus modestement déclenchés pour réduire cet écart.

Le législateur malgache est intervenu de manière ponctuelle et semble avoir opté pour l'utilisation de réseaux de sanctions non pénales mais seulement au risque d'un surajout – et non de substitution – de ces nouveaux modes de régulation du droit des affaires⁵¹. La dépénalisation effective favoriserait donc davantage une intervention de l'Etat dans la vie des affaires. En effet, l'approche malgache semble privilégier l'alternative administrative alors que l'approche française de la dépénalisation préférerait s'orienter vers la voie civile⁵². Cette situation (du surajout) résulte, sans doute, d'une part de l'absence de réflexion d'ensemble sur la politique pénale en matière économique et financière et, d'autre part, d'une demande souvent contradictoire – plus de protection et plus de liberté – de la part du monde des affaires. La dépénalisation n'échappe pas alors à un paradoxe et cela n'est pas sans conséquences sur l'évolution de l'aspect répressif du droit des affaires (Première partie).

Ainsi entendue, la dépénalisation n'est définitivement pas totale. Elle est simplement partielle. Et il faut reconnaître que le législateur n'est pas allé loin, ses actions étant ponctuelles. Faut-il continuer la voie déjà initiée de la dépénalisation ? Dans un souci d'égalité de tous devant la loi et dans un souci de cohérence du droit pénal des affaires avec le droit pénal général et avec le droit en général, la dépénalisation devrait être conduite suivant une démarche réfléchie. Le domaine de la pénalisation devrait être délimité suivant des critères rationnels et objectifs. Les manquements ne relevant pas de ce domaine seraient (ou pas) régis par des mesures de substitution efficaces qu'il convient d'examiner. Ainsi, la forme de la dépénalisation en droit des affaires recouvre plusieurs méthodes qui ne sont exclusives les unes des autres et ce, toujours dans l'esprit de rendre plus efficace le contentieux des affaires (Deuxième partie).

Première partie. Le paradoxe de la dépénalisation face aux spécificités du droit des affaires.

Deuxième partie. Les conditions d'une dépénalisation rationnelle.

⁴⁹ Ibid. ; V. dans ce sens, J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit. p. 13. ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Masson, pp. 9-11.

⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, op.cit.

⁵¹ Ibid.

⁵² Et ce, depuis les premières commissions s'intéressant au sujet, V. notamment J.-J. DAIGRE (dir), *La modernisation du droit des sociétés*, Joly éd., 1997.

PREMIÈRE PARTIE - LE PARADOXE DE LA DÉPÉNALISATION FACE AUX SPÉCIFICITÉS DU DROIT DES AFFAIRES

La dépénalisation, célébrée lorsqu'elle vise des infractions de droit commun⁵³, suscite de nombreuses interrogations quand elle concerne le monde des affaires. En effet, c'est toujours avec une main tremblante que le législateur procède à une modification de la loi pénale appliquée à la vie des affaires dans le sens de la dépénalisation. Les particularités du droit des affaires et le rôle tenu par le droit pénal qui l'accompagne en sont probablement les raisons.

La dépénalisation du droit des affaires est paradoxale : elle contribue à favoriser le développement de la vie économique grâce à une amélioration du contentieux des affaires mais elle peut aboutir à créer l'insécurité de la vie des affaires. De ce paradoxe sont nés les vifs et récurrents débats sur le sujet. Praticiens et universitaires, pénalistes et commercialistes sont les principaux acteurs des controverses d'une dépénalisation en droit des affaires (Titre 1^{er}).

Les points de vue restent divergents. L'on ne peut pas affirmer que le principe de la dépénalisation est définitivement acquis, ou du moins on peut dire qu'il est admis sous d'importantes réserves. Ces incertitudes produisent des effets négatifs sur le mouvement lui-même et sur l'état du droit répressif des affaires ainsi que sur sa mise en œuvre (Titre 2).

⁵³⁵³ Tels que l'adultère ou l'avortement.

TITRE 1^{ER}. LES CONTROVERSES D'UNE DÉPÉNALISATION

Il s'agit ici de soulever la question du « pourquoi » de la dépénalisation. Cette question touche aussi bien les motifs qui ont conduit le législateur à réduire l'intervention du droit pénal dans la vie des affaires que les raisons qui pourraient l'amener à poursuivre cette voie. Les demandes de dépénalisation sont abondantes et certaines d'entre elles ont déjà été entendues (Chapitre 1^{er}).

Cependant, ce mouvement est limité dans son principe même, une certaine pénalisation du droit des affaires étant incontournable. Le droit pénal tient un rôle particulier dans l'encadrement juridique des activités d'affaires, tel qu'il doit être maintenu (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er}. Les demandes contradictoires de dépénalisation

Faut-il maintenir un droit pénal des affaires ? Comme le remarque M. DELMAS-MARTY « *tant que l'on s'interroge pour savoir si le droit pénal a bien sa place en matière économique, et tant que l'on en doute, il est bien évident que le législateur aura beau créer des incriminations, elles ne seront guère utilisées* ». Il paraît donc indispensable d'examiner la question plus en profondeur et d'analyser les arguments avancés en faveur de la dépénalisation du droit des affaires. Sont accusés et le législateur (Section 1^{ère}) et le juge (Section 2). Par ailleurs, la dépénalisation a été également présentée comme un des aspects de la modernisation du droit des affaires (Section 3).

Section 1^{ère}. Les critiques à l'endroit du législateur

Il est constaté une surpénalisation au niveau du droit positif, laquelle constituerait une entrave au développement de l'économie. La pénalisation est qualifiée à la fois de déplacée et d'excessive.

Paragraphe 1^{er}. Une pénalisation déplacée de la vie des affaires

A. Le rôle du droit pénal des affaires

Sans doute, le droit pénal des affaires est une réponse à une nécessité sociale⁵⁴ : sanctionner les fraudes spécifiques au droit des affaires, étant constaté que les infractions de droit commun n'étaient pas adaptées au monde des affaires et qu'il était difficile d'étendre ces infractions du fait de l'interprétation stricte des lois pénales. Ainsi, la difficulté de qualifier certaines

⁵⁴ A.C.E., *Propositions pour une dépénalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 2.

escroqueries fut la cause principale de la création d'un certain nombre d'infractions comme la distribution fictive de dividendes. La création de l'incrimination d'abus de biens sociaux est de la même manière issue des difficultés à appliquer la législation relative à l'abus de confiance⁵⁵. Cette catégorie d'infractions n'a pas été remise en cause. Il s'agit d'une dépénalisation "impossible"⁵⁶. Elles sont, par contre, contestées dans leur mise en œuvre. Très peu d'auteurs ont soutenu une dépénalisation de ces infractions. Mais là n'est pas la seule explication du développement du droit pénal des affaires.

B. Les dérives de l'utilisation du droit pénal

Le droit pénal des affaires, sans doute imprégné par la matière sur laquelle il porte, a été très tôt instrumentalisé. Le législateur utilise la sanction pénale pour que les obligations essentielles du droit des affaires soient respectées⁵⁷. La peine placée à côté de l'obligation donne à celle-ci une autorité et en garantit l'application. Sont créées des infractions formelles moins pour punir que pour obliger à faire. Bien des dispositions pénales ont pour fonction de renforcer l'effectivité d'une règle à finalité économique, plus rationnelle que morale.

L'« étiquetage »⁵⁸ pénal attire l'attention sur l'importance pratique de la solution sans que la sanction soit effective. Un parlementaire français déclarait que « *l'intérêt d'un texte pénal n'est pas d'être appliqué mais de constituer une orientation pédagogique visant à transformer les habitudes de nos concitoyens* »⁵⁹. L'arme pénale est de fait depuis longtemps utilisée par le législateur comme un moyen de prévention et d'éducation. Instrument de prévention : l'objectif de punition passe au second plan, derrière celui de l'effectivité du droit des affaires – l'idée sous jacente étant que les sanctions pénales étaient considérées comme les plus dissuasives pour assurer le respect des réglementations. Or, il est de moins en moins sûr qu'une bonne exécution du droit des affaires passe par une sanction pénale (il y a des cas où l'entrepreneur préfère payer l'amende plutôt que de s'exécuter... et encore, lorsque l'infraction est poursuivie).

Mais certains auteurs évoquent aujourd'hui l'apparition d'une nouvelle fonction de la loi pénale : une fonction « déclarative » qui s'ajoute aux fonctions traditionnelles (pédagogique, expressive, répressive). La loi aurait même un rôle sédatif : on veut calmer les pressions sociales de certains

⁵⁵ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit. , p. 11.

⁵⁶ Selon l'expression de M. VERON.

⁵⁷ J.-M. COULON, op.cit. p.12 ; Y. CHAPUT, *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs*, in Pouvoirs, 2009, p.89 ; B. VATIER, « *La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?* », Les Petites affiches 1997, n° 12, p. 4.

⁵⁸ Y. CHAPUT, *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs*, op.cit., p. 89.

⁵⁹ Cité par le rapport A.C.E, op.cit. p.2.

groupes – peu importe le caractère éventuellement flou de certaines infractions⁶⁰. La sanction pénale a aussi une vertu de valorisation. S'il y a du pénal, c'est que le texte est important. Or, c'est prendre à tort l'effet pour la cause. *« Ce n'est pas parce qu'une disposition est pénalement sanctionnée qu'elle est essentielle, mais bien parce qu'elle est essentielle qu'elle doit être pénalement sanctionnée »*⁶¹. La pénalisation « moderne » de la vie des affaires conduit alors à une distinction entre les infractions qui relèvent du domaine traditionnel du droit pénal et celles qui n'ont qu'un rôle d'appui à la mise en œuvre du droit des affaires. Abuser du droit pénal provoque ainsi une dénaturation de ce droit et affaiblit son exemplarité⁶² et il faut « redonner son sens » au droit pénal.

C. Dépénaliser : redonner son sens au droit pénal

Les tenants d'une dépénalisation du droit des affaires affirment que le droit pénal des affaires est devenu un outil économique. Le sénateur Marini dans son rapport sur la modernisation du droit des sociétés en 1996 note que la pénalisation est désastreuse sur le plan des principes car *« elle méconnaît le fondement même de la règle pénale qui est la sanction des actes mettant en cause les intérêts fondamentaux de la société »*⁶³. Sur le plan théorique, les infractions en droit pénal des affaires sont dans leur immense majorité des infractions artificielles⁶⁴. Selon un courant doctrinal⁶⁵, le droit pénal doit réserver ses « foudres » aux crimes graves, c'est-à-dire aux infractions naturelles, celles qui sont contraires aux grandes lois de la morale unanimement admises, celles qui sont commises par de malfaiteurs redoutés et objet de la réprobation générale. *« Les délits artificiels n'existent que pour des raisons d'opportunité, ils correspondent à un certain état d'avancement économique et social. Ils ne sont pas réprouvés par la morale car ils ne heurtent pas le sens profond de la justice qui est en chacun de nous »*⁶⁶. Les auteurs de ces infractions ne seraient pas ainsi des malfaiteurs, *« ils ne manquent pas de sens moral, mais seulement de sens social »*⁶⁷.

⁶⁰ Ch. LAZERGUES, *De la fonction déclarative de la loi pénale*, Rev.sc.crim., 2004, n°1.

⁶¹ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexions critiques sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, 2005.

⁶² Y. CHAPUT, *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs*, op.cit., p. 90.

⁶³ MARINI, *Rapport au Premier ministre. La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996, p. 101.

⁶⁴ G. GIUDICELLI-DELAAGE, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 1989, p. 7.

⁶⁵ Notamment la doctrine en matière de sociétés commerciales. V. par exemple J. HAMEL (dir), *Le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955 ; J.-J. DAIGRE (dir), *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le rapport Marini*, Joly éd., 1997, n° 95.

⁶⁶ L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*, Nathan, 1989, p. 11.

⁶⁷ *ibid.*

Il est évident qu'à première vue on ne peut confondre un voyou qui viole une femme avec le dirigeant de société qui oublie de déposer son bilan au moment où il doit le faire. Mais est-ce si sûr que cela ? Les infractions naturelles évoluent parfois fort vite et se dénaturent en quelques années. Avant, le sacrilège ou simplement le juron était l'une des plus naturelles parmi les infractions. En quelques temps, il n'était plus qu'une infraction des plus artificielles. Est-on sûr au demeurant que la majorité des infractions du droit pénal des affaires soient tellement artificielles ? On peut alors se demander si l'opposition entre délits artificiels et délits naturels est parfaitement justifiée.

Dans tous les cas, dans le monde des affaires, on ne cesse de réitérer que la sanction pénale ne doit frapper que lorsqu' aucune autre sanction ne paraît possible, l'un des fondements des sociétés démocratiques étant que la loi ne doit édicter que des sanctions pénales nécessaires et proportionnées⁶⁸. Ne doivent donc être pénalement sanctionnés que les agissements qui remettent en cause les valeurs autour desquelles la société se réunit⁶⁹.

Ainsi, ces auteurs nient que les nombreuses incriminations intéressant la vie des affaires protègent véritablement une valeur sociale importante⁷⁰. Pour eux, l'ineffectivité des lois ne doit pas conduire le législateur à rechercher l'instrument le plus puissant et recourir systématiquement à la sanction pénale. La dénaturation consisterait alors en ce que le droit pénal est devenu le moyen destiné à pallier la défaillance d'ensemble d'un système juridique dépourvu d'efficacité. La dépénalisation à laquelle il est fait appel vise à réduire le champ du droit pénal des affaires à la répression des agissements coupables.

Paragraphe 2. Une pénalisation excessive du droit des affaires

Une loi pénale éducative, préventive, sédatrice, valorisante,... la loi pénale dans le domaine des affaires est en expansion constante.

A. Une surpénalisation du droit des affaires

Beaucoup de spécialistes du droit commercial jugent excessive la pénétration du droit pénal dans les relations d'affaires. Certains considèrent que le droit pénal des affaires est anormalement

⁶⁸ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit. p. 3.

⁶⁹ *ibid.* « Le droit pénal n'a pas vocation à régler des conflits entre personnes privées. Il n'a pas plus vocation à assurer le respect des contraintes administratives. Il est destiné à protéger des valeurs sociales en sanctionnant des comportements et des malversations condamnables ».

⁷⁰ M.-T. CALAIS-AULOY, *La dépénalisation en droit des affaires*, D.1988, Chron. p.315, cité par V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, op.cit. p.23.

envahissant⁷¹. D'autres ont dit préférer « *la tolérance d'une habile immoralité à l'inquiétude de la suspicion* »⁷² ; « *que chacun se défende, avec les armes civiles et commerciales, sans faire intervenir l'appareil toujours effrayant du droit pénal* »⁷³. Il faut reconnaître que le législateur moderne a parfois abusé de la menace de la sanction pénale, en l'insérant dans nombre de textes, d'une manière presque systématique, et en élargissant ainsi le domaine du droit pénal jusqu'à rendre celui-ci trop étendu pour être vraiment efficace. Certains auteurs poussent leurs critiques encore plus loin. Ainsi, le droit pénal des affaires pourrait même être pire qu'inefficace : il pourrait se révéler dangereux lorsque l'existence d'incriminations légales est utilisée comme moyen de pression, par exemple au sein des sociétés ; on parle de l'« effet polluant » du droit pénal⁷⁴.

Déjà en 1991, le Conseil d'Etat français publiait un célèbre rapport sur la « sécurité juridique », s'alarmant de cette inflation législative : « *Trop de loi tue la loi* ». Le rapport parlait même de « marée législative », de « logorrhée législative et réglementaire ». Les mêmes propos sont tenus sur le droit pénal des affaires en particulier. Ces critiques contre une inflation répressive remontent à 1955 en droit des sociétés commerciales. Le Doyen Hamel se demandait s'il était nécessaire que le législateur « *intervienne si souvent pour brandir la menace de sanctions pénales* »⁷⁵. Pour lui, le ministère public devrait rester le plus souvent à l'écart des bagarres du monde des affaires, sauf si les armes utilisées ne sont pas égales ou si l'une des parties donne des coups interdits et ne respectent pas les règles du jeu. Il se demandait en outre s'il ne convenait pas de supprimer certaines contraintes, pour ne laisser subsister que des sanctions pénales lourdes applicables essentiellement en cas de fraude. En d'autres termes, les imprudents ou les incapables ne devraient faire l'objet que de sanctions civiles, par exemple, tandis que les fraudeurs seraient sévèrement punis⁷⁶.

En dépit de ces propositions, le dispositif existant a été maintenu.⁷⁷ Certains ont parlé de la loi de 1966 de furie répressive, de diarrhée législative⁷⁸, de l'archétype de l'erreur de politique

⁷¹ Y. GUYON, « *De l'inefficacité du droit pénal des affaires* », in Pouvoirs, 1990, n°55, p.41.

⁷² G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°56, p.175.

⁷³ J. HAMEL, préface à l'ouvrage collectif *Le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955, cité par J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, op.cit. p.8. « Vous le saviez, vous, que pour du commercial on allait en prison ? »

⁷⁴ VIANDIER, CAUSSAIN, JCPE, 1990.15677, n°15.

⁷⁵ J. HAMEL, préface, in *Le droit pénal des sociétés anonymes*, op.cit.

⁷⁶ V. B. BOULOC, « *Le droit pénal des sociétés* », in J.-J. DAIGRE (dir), *La modernisation du droit des sociétés*, op.cit.p.69s.

⁷⁷ Dans ses « *Rêveries d'un pénaliste solitaire* », J.-B. HERZOG rappelait qu'une certaine liberté impliquait une responsabilité qui pouvait être reconnue par le juge correctionnel. Il estimait dès lors que l'intervention a posteriori du juge pénal est moins contraignante qu'un contrôle effectué par une autorité administrative. Donc, il fallait

criminelle⁷⁹ et récemment de « pénalisation à outrance du droit des affaires »⁸⁰. Ce sont alors les excès qui sont dénoncés.

B. La recherche des indices d'excès

1. La multiplication des incriminations

Il faut reconnaître que le nombre des faits incriminés en tant qu'infractions d'affaires est difficile à déterminer, vu son importance. En effet, à la production de norme juridique s'est systématiquement attachée la production de sanctions pénales (celles-ci sont soit placées dans le dispositif final de la loi soit font l'objet de renvoi dans une autre loi)⁸¹. La multiplication de ces textes aboutirait à une situation impossible pour les acteurs de la vie économique. A titre d'exemple, la loi française n°66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales contenait plus de deux cent qualifications pénales. Un grand nombre des infractions d'affaires sont jugées inadaptées, obsolètes ou inappliquées. Quelques chiffres sur le droit pénal français, le nombre exact n'étant pas évalué, il existe une marge d'erreur : entre 18 000 et 19 000 infractions. Sur ces 18 000 à 19 000 infractions, près de 11 000 concernent directement ou indirectement les mandataires sociaux et, pour la personne morale, le risque est rehaussé de 100% depuis la généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale en début 2006⁸².

2. Au niveau des condamnations prononcées

Tant en France qu'à Madagascar, on constate une assez grande stabilité du nombre de condamnations prononcées. En France, lorsqu'on examine les statistiques des condamnations prononcées en matière économique et financière au cours des vingt dernières années, on peut même constater une légère diminution. Toute matière confondue et dans le champ le plus large, la justice prononçait 28 497 condamnations économiques et financières en 1990. En 2008, leur

conserver ce qui était acquis. C'est, sans doute, ce point de vue qui devait être consacré par les rédacteurs de la loi de 1966.

⁷⁸ F.-J. PANSIER, *La peine et le droit*, P.U.F, 1994, p.33.

⁷⁹ MARINI, *Rapport au Premier ministre. La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996.

⁸⁰ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit. p.3.

⁸¹ Exemples : Partie III de la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales, Chapitre V de la loi n°2005-020 sur la concurrence, Titre V de la loi n°2003-042 sur les procédures collectives d'apurement du passif ; Chapitre II de la loi n°2004-045 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèque, Titre X du code des douanes de 2006, la loi n°2004-003 portant libéralisation du secteur pétrolier aval renvoie à la loi n° 2004-031 relative aux sanctions et constatations des infractions aux lois sur les activités du secteur pétrolier aval, etc.

⁸² B. EL GHOZI, « *Entre surpénalisation et dépenalisation : la nécessaire prévention des risques* », in P. HASTINGS, « *Dépenalisation et contrôles internes : les nouveaux enjeux* », op.cit. p.11. Néanmoins, une remarque s'impose : ces chiffres concernent des infractions qui ne relèvent pas du droit pénal des affaires tel que nous l'avons défini à l'introduction (supra p. 3). Ainsi, est par exemple pris en considération le droit pénal du travail.

nombre s'élève à 27 150. Qu'il s'agisse de condamnations prononcées en matière d'abus de confiance, escroquerie et faux, comme de celles en rapport avec la législation économique et financière, il ne semble pas y avoir d'inflation⁸³. Alors qu'il est incontestable d'affirmer que la délinquance économique et financière est en hausse constante, les statistiques de condamnations accusent des chiffres stables. De même, une autre indication donnée par la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales par les tribunaux français montre la timidité de la répression. Moins d'un millier d'entreprises seraient poursuivies pour leur responsabilité pénale⁸⁴. C'est la raison pour laquelle un autre courant doctrinal affirme qu'il y a une fausse présentation de la pénalisation du droit des affaires.

Cette contrariété au niveau des indices d'excès serait l'un des effets « pervers » de la pénalisation excessive. A l'exubérance textuelle est opposé un désert jurisprudentiel. La surpénalisation fait ainsi planer une suspicion généralisée sur le fonctionnement des entreprises et fait du risque pénal une sorte d'épée de Damoclès au-dessus de la tête de l'entrepreneur⁸⁵. Toutefois, sur cette inflation pénale, il y a des raisons de douter.

3. La relativité du degré de pénalisation

Les craintes exprimées sont parfois exagérées voire même injustifiées. Philippe CONTE a déclaré « *Par rapport à quels seuils peut-on postuler qu'il y a trop de droit pénal ? Je pourrais tout aussi bien affirmer qu'il n'y a pas assez de droit pénal ! (...)* »⁸⁶. A titre de comparaison, aux Etats-Unis, le risque pénal paraît infiniment plus lourd qu'en France⁸⁷. Et en France, il l'est plus que dans la zone OHADA ou à Madagascar⁸⁸, et la pénalisation du droit français ou malgache des affaires n'a rien d'excessif comparée à d'autres systèmes juridiques anglo-saxons.

La question ne serait-elle pas : comment se fait-il que la doctrine, surtout française, dénonce une pénalisation excessive ?⁸⁹ On pourrait dire que ces craintes caractérisent l'effet intimidant du

⁸³ T. GODEFROY, « *La délinquance économique et financière serait-elle en voie de disparition ?* », op.cit. p. 3.

⁸⁴ *ibid.*

⁸⁵ P. CHARRETON, « *De l' (in)sécurité juridique : de l'incrimination à la répression, du risque pénal au risque civil ?* » in C.C.I.P., « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », op.cit. p. 13, qui cite J.-C. MAGENDI.

⁸⁶ Ph. CONTE, « *La dépenalisation de la vie des affaires : une question de proportion* », in *Journal des sociétés*, n°53, avril 2008.

⁸⁷ X. LAGARDE, « *De l' (in)sécurité juridique : de l'incrimination à la répression, du risque pénal au risque civil ?* » op.cit. p.12.

⁸⁸ H. RAKOTOMANANA, *Droit pénal malgache des affaires*, op.cit. p.237.

⁸⁹ Probablement, y a-t-il une corrélation entre le degré de liberté des individus dans une société et son aptitude à supporter la contrainte pénale. Plus il y a de liberté, mieux la responsabilité est supportée. Plus il y a de contraintes, moins la pénalisation est admise.

droit pénal. Cependant, il faut reconnaître que la pénalisation du droit des affaires a produit des effets qui n'ont pas été voulus, inadaptés aux enjeux de l'économie.

C. Les « effets pervers » de la pénalisation excessive du droit des affaires

1. La banalisation du droit pénal des affaires

Suivant une réflexion de Portalis, « *il ne faut point des lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires* ». La pénalisation excessive du droit des affaires conduit à saturation. A ce propos, le doyen Jean CARBONNIER affirme également : « *A des injonctions trop nombreuses, l'attention ne répond plus, ni l'obéissance... L'ineffectivité des lois, à des degrés variables, c'est le trop plein par où l'équilibre se rétablit entre la volonté du pouvoir et la tolérance du corps social. Ceux qui légifèrent devraient bien connaître ce principe de saturation*⁹⁰ ». La multiplication d'incriminations entraîne la banalisation de l'incrimination et de la sanction, laquelle suscite la banalisation des comportements illégaux⁹¹. D'un autre côté, l'accroissement massif des pénalités traduit une banalisation des pratiques et corollairement un affaiblissement de l'autorité publique. Autrement dit, la multiplication d'incriminations conduit à l'ineffectivité de la loi pénale des affaires. Ce qui explique l'étrange rapport dans les statistiques – rapport inversement proportionnel entre le nombre d'incriminations et le nombre d'infractions connues. La multitude d'incriminations créerait alors un malaise, un décalage entre ce qui est incriminé et ce que la conscience collective considère comme délinquance. D'où la criminalité d'affaires est ressentie comme artificielle, les poursuites faibles. La loi serait utilisée comme « exorcisme », selon l'expression de M. DELMAS-MARTY, et non comme un remède véritable. Cette situation conduit par conséquent au contraire de l'effet recherché. L'ineffectivité entraîne la perte de crédibilité du droit pénal des affaires⁹². Le droit pénal des affaires n'a pas la même vigueur que le droit pénal général. Il a perdu son effet dissuasif.

2. L'inadaptation aux enjeux économiques

a. Une entrave à l'esprit d'entreprise

La pénalisation excessive du droit des affaires est également considérée comme source d'insécurité juridique et handicape l'esprit d'entreprise. En effet, elle est présentée comme un

⁹⁰ A.C.E., *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, op.cit., p. 2.

⁹¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit. p. 7.

⁹² *ibid.*

mal qui aurait pour effet de décourager l'esprit d'entreprise et de faire perdre le goût du risque, moteurs du développement économique et financier pour les entreprises⁹³. Les professionnels, ou autres parties contractantes fortes, se sentiraient ainsi entravés dans leurs actions, amoindris dans leurs pouvoirs⁹⁴. De plus, par ses menaces, la pénalisation du droit des affaires pourrait désorienter les marchés et compromettre l'équilibre des échanges⁹⁵. Les idées néolibérales ont alors leur part, refusant par principe les réglementations qui entravent la liberté des marchés et des entrepreneurs⁹⁶.

Ces propos sont, quelque part, exagérés mais il faut admettre que la systématisation des dispositions pénales correspondant à chaque obligation relevant du droit des affaires pourrait troubler des dirigeants qui se livreraient à une lecture attentive des textes. Par ailleurs, il est vérifié que dans certains domaines, notamment en droit pénal douanier, la présomption de culpabilité et d'intention est ressentie comme très lourde pour la vie économique. En outre, du fait de l'importance du risque pénal en entreprise, celle-ci est contrainte d'aménager un dispositif de prévention en son sein. Les appels à une « régulation interne » de la vie des affaires se substituant à la régulation externe – celle de la loi et des juridictions qui l'appliquent – se font pressants⁹⁷. La prévention du risque pénal serait devenue indispensable dans les entreprises⁹⁸. En d'autres termes, dans les décisions à prendre au sein de l'entreprise, doivent être prises en considération, non seulement les risques économiques mais également le risque pénal. L'excès de la pénalisation rend également le droit pénal des affaires complexe.

b. La méconnaissance du droit pénal des affaires

« La complexité du droit des affaires et du droit pénal qui l'accompagne est une inépuisable source d'incompréhension et de dévalorisation démagogique de la norme juridique »⁹⁹ a déclaré Yves CHAPUT. Cette complexité est d'abord due par l'hétérogénéité du droit pénal des affaires. Sur la forme, celui-ci peut être contenu aussi bien dans les textes du code pénal, dans les textes

⁹³ J.-P. DINTILLAC, « La pénalisation de l'activité économique et financière », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001, p. 3.

⁹⁴ J.-F. VERNY, « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? », *Les Petites affiches*, 1997, n°12, p.16.

⁹⁵ Y. CHAPUT, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *op.cit.* p.87.

⁹⁶ G. FARJAT, « La notion de droit économique », in *Droit et économie*, Sirey, 1992, p. 27.

⁹⁷ V. WESTER-OUISSSE, *Convention et juridiction pénale*, *op.cit.* p.18.

⁹⁸ En effet, des mécanismes spéciaux, juridiques ou non juridiques, sont désormais mis en place par les entreprises pour prévenir le risque pénal, V. par exemple, J.-P. ANTONNA, F. LENGART, Ph. COLIN, *La prévention du risque pénal en droit des affaires*, Dalloz, 1997 ; *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, Dalloz, 1996 ; B. EL GOHOZI, « Entre surpénalisation et dépenalisation : la nécessaire prévention des risques », *op.cit.*, p. 11 ; « Dispositifs de contrôles internes et responsabilité pénale dans l'entreprise : regards croisés », in P. HASTINGS, « Dépenalisation et contrôles internes : les nouveaux enjeux », 2008, p.15 s.

⁹⁹ Y. CHAPUT, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *op.cit.* p.90.

intégrés que dans les textes particuliers. Il peut s'agir de qualifications de droit commun que de qualifications spécifiques. Sur le fond, les incriminations sont à trouver dans tous les droits spécialisés (commercial, sociétés, fiscal...). La spécialisation est considérée comme excessive¹⁰⁰. L'inflation pénale a pour corollaire une grande méconnaissance du droit pénal des affaires par les chefs d'entreprises¹⁰¹. Cette méconnaissance du droit pénal des affaires est observée à Madagascar. Les acteurs économiques en général semblent ne pas être à même de connaître toutes les infractions relevant de leurs activités¹⁰².

Seulement, l'argument des personnes poursuivies consistant à dire qu'elles ne connaissent pas le droit pénal et qu'en conséquence, il ne faudrait pas les sanctionner ne peut être reçu comme tel. En effet, ce qui est vrai pour eux l'est pour tout un chacun et nul ne peut pourtant se prévaloir de sa méconnaissance du droit pour y échapper¹⁰³. Les arguments en faveur de la dépénalisation du droit des affaires vont encore plus loin : la pénalisation excessive ne nuit pas seulement à l'entreprise mais aussi au pays. Elle serait un obstacle à l'investissement.

c. L'attractivité économique d'un pays

Dans un contexte de marché mondialisé, le caractère excessif de la pénalisation du droit des affaires conduirait à la fuite des investisseurs¹⁰⁴. La doctrine française dénonce particulièrement un droit pénal des affaires « *purement démagogique par l'image archaïque qu'il donne du droit d'un Etat en compétition internationale* »¹⁰⁵. Il est ainsi reproché à la pénalisation des affaires d'être pléthorique au point de mettre en péril l'économie dynamique et efficace dont le pays a besoin et de cesser les ressorts de la confiance¹⁰⁶.

Or, en droit de la concurrence par exemple, les Etats-Unis ont inscrit depuis longtemps dans leur législation des sanctions pénales très lourdes pour réprimer les pratiques d'entente ou des abus de position dominante. Et ils n'ont jamais renoncé à les mettre en œuvre. Tout comme le Canada

¹⁰⁰ Sur l'hétérogénéité du droit pénal des affaires, V. G.GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p.13.

¹⁰¹ A.C.E, *Pour une dépénalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008.p.4 ; P. CHARRETON, *Quel droit pénal des affaires pour demain ?*, op.cit., p.13.

¹⁰² Par exemple, dans le secteur pétrolier aval, la technicité des dispositions législatives est telle qu'elles sont incompréhensibles pour les personnes concernées.

¹⁰³ V. dans ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, « *Considération des règles répressives dans les prises de décisions des entreprises* », Les Petites Affiches, 19 novembre 1997, n°139, p. 25.

¹⁰⁴ C.C.I.P., « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », op.cit., p. 10 ; J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p.14.

¹⁰⁵ Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », op.cit. p. 89.

¹⁰⁶ P. BEZARD, « *L'objet de la pénalisation de la vie économique* » in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, p.11.

et l'Australie. Le Japon dispose, quant à lui, d'un double arsenal administratif lui permettant de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles.

De plus, cet argument selon lequel tel pays est isolé dans une sorte d'acharnement répressif sur les dirigeants d'entreprise, à supposer le constat exact, consiste à évoquer le relativisme juridique et culturel pour nier tout le fondement de la règle. Sur le fond, l'énonciation selon laquelle on ne devrait pas poursuivre les entreprises, malgaches ou françaises, pour telle ou telle incrimination parce que cela ne se fait pas dans les autres pays, constitue une méconnaissance de la nature du droit pénal. Dans la mesure où celui-ci est un « droit politique »¹⁰⁷, il y a une légitimité pour le législateur national à poser souverainement que tel ou tel comportement est interdit et à la sanctionner pénalement, quand bien même il ne l'est pas dans d'autres pays.

La Banque Mondiale, pour essayer de voir quels sont les critères d'implantation des activités économiques dans les pays, affirme que l'un des premiers critères est la stabilité juridique et non pas le caractère flexible de la législation du pays. Il n'est jamais dit que la sévérité d'un droit serait une raison de ne pas investir dans un pays ; au contraire un droit sévère peut être une cause de sécurité juridique parce qu'on est sûr que les partenaires eux-mêmes vont être soumis à la loi contraignante¹⁰⁸.

Mais pour dénoncer une pénalisation néfaste à la vie des affaires, certains auteurs pointent du doigt non seulement le législateur mais aussi le juge pénal et plaident pour une dépénalisation du droit des affaires.

Section 2. La juridiction pénale accusée

Le juge répressif est accusé d'avoir créé un risque pénal supplémentaire au risque d'origine législatif. A cette méfiance des entreprises envers les juges s'ajoute une méfiance suscitée par le châtement et la procédure elle-même.

Paragraphe 1^{er}. L'apparition du risque pénal

A. Les incertitudes jurisprudentielles

1. L'incertitude de l'interprétation prétorienne

¹⁰⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « *Considération des règles répressives dans les prises de décisions des entreprises* », op.cit. p. 25.

¹⁰⁸ *ibid.*

Le juge a tendance à raisonner par analogie. Or, ce raisonnement est incertain car il modifie le domaine d'application de la règle. L'analogie faite, par exemple, entre contrariété à l'intérêt social et illicéité du comportement a étendu le domaine de l'abus de biens sociaux d'une façon proprement imprévue, aléatoire pour le justiciable. Ce phénomène contraire au principe de la légalité des délits et des peines est le fait d'une jurisprudence qui assume sa qualité de source de droit. Or la jurisprudence est rétroactive puisque le sens qu'elle aura fourni à un moment donné pourra s'appliquer à des comportements antérieurs à la décision. C'est à ce moment là que le droit pénal des affaires serait devenu un risque.

2. L'incompréhension mutuelle entre les acteurs judiciaires et les acteurs économiques

Le risque pénal est perçu comme « *le fait d'être poursuivi pour des infractions dont on n'a pas le sentiment d'être responsable et condamné par un juge qui connaît mal l'entreprise* ¹⁰⁹ ». Ce qui serait donc redouté, c'est d'être jugé pour des infractions non intentionnelles par des personnes qui connaissent mal le monde de l'entreprise. Ainsi, se trouvent au cœur du sujet de la dépénalisation du droit des affaires les relations entre le monde judiciaire et le monde économique, entre le monde des magistrats et le monde des entrepreneurs.

Certes, il ne fait pas de doute que la connaissance des magistrats traditionnels de l'entreprise est limitée (aucun auteur n'a, en revanche, mis en doute leur connaissance du droit des affaires), seulement, il faut remarquer qu'un chef d'entreprise ne peut prétendre à la loi pénale et prétendre négocier la loi pénale. Le juge ne peut s'autoriser à considérer les positions des justiciables pour refuser d'appliquer la loi, car il ne dispose pas de choix de l'incrimination qu'elle contient.

C. L'instrumentalisation de la justice pénale ¹¹⁰

En France, il apparaît que la justice pénale financière souffre d'un problème récurrent : celui de la coexistence, entre de véritables infractions financières qui doivent être sanctionnées et un contentieux pénal virtuel, artificiel ¹¹¹, créé par les acteurs économiques dans un but de déstabilisation concurrentielle.

A Madagascar, les critiques vont à l'endroit de la police judiciaire ou, quelquefois, le ministère public. Il leur est reproché de succomber, trop facilement à des « *manœuvres de dénaturation des*

¹⁰⁹ J. FOURVEL, « *De l' (in)sécurité juridique : de l'incrimination à la répression, du risque pénal au risque civil* », in « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », op.cit., p.15.

¹¹⁰ V. J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p.79 s.

¹¹¹ Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », op.cit., p. 97.

faits orchestrés par certains individus en vue d'éliminer des partenaires d'affaires gênants »¹¹². Les faits seraient tendancieusement exposés pour faire transparaître en filigrane un germe d'interprétation vraisemblable conduisant une institution artificielle d'une ou plusieurs infractions pénales. Il y aurait alors instrumentalisation de la justice pénale. Celle-ci deviendrait une arme économique parfois utilisée au service d'intérêts malhonnêtes ou comme moyen de pression. Ainsi, la frontière entre droit pénal et droit commercial se serait effacé, « *la sécurisation juridique ayant conduit à l'insécurité juridique* »¹¹³.

Paragraphe 2. L'inefficacité de la sanction pénale en droit des affaires

A. L'échec de la répression pénale

La sanction pénale est communément décrite comme inefficace puisqu'elle ne parvient pas à prévenir la délinquance et éviter toute récidive. Ce propos est particulièrement vérifié en droit pénal des affaires : il est constaté que les infractions sont innombrables alors que la délinquance économique et financière ne cesse d'augmenter. La fonction première d'une peine est de prévenir la commission de l'infraction par son effet intimidant. Il est pourtant constaté que la sévérité des sanctions ne suffit pas à faire renoncer l'acteur économique à commettre l'infraction. Cet échec de la fonction préventive de la sanction serait également l'effet « pervers » de la pénalisation excessive. La commission de l'infraction n'est pas empêchée, la sanction pénale semble aussi manquer à sa fonction répressive.

B. L'ineffectivité de la sanction pénale¹¹⁴

Le droit pénal des affaires n'est pas appliqué ou, du moins, est mal appliqué. D'abord, les poursuites exercées par le ministère public sont rares au regard des infractions commises. Les classements sans suite sont nombreux. Sur ce point, le nombre d'infractions réellement commises est difficile à évaluer. Les condamnations pour criminalité d'affaires représentent généralement moins de 5% de l'ensemble des condamnations pénales¹¹⁵. Il en serait de même en France¹¹⁶. Les condamnations pour infractions fiscales et douanières ne représenteraient que 1% de l'ensemble des condamnations alors que ces infractions constituent la criminalité la plus

¹¹² A. RAMAMONJISOA, « *Quand les affaires pénales polluent les relations commerciales* », in Bulletin juridique et fiscal de M.C.I, novembre 2003, n°2, p. 5.

¹¹³ *ibid.*

¹¹⁴ V. notamment, Y. GUYON, « *De l'inefficacité de la sanction pénale* », *op.cit.*, p.41.

¹¹⁵ Statistiques des condamnations pénales 2010, Ministère de la Justice.

¹¹⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.* ; p.4 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1998, p. 551suiv.

coûteuse à la société¹¹⁷. Mais le chiffre inconnu est important, et sans doute, il est beaucoup plus important que pour la délinquance ordinaire, cela pour trois raisons : la nature des infractions difficile à connaître, l'absence de victimes précises, la tolérance liée à la crainte. Ainsi, le nombre de condamnations ne peut être considéré comme représentatif du nombre des infractions commises. Par ailleurs, la sanction est ineffective parce qu'elle est lourde. Ainsi, soit l'affaire est réglée par une autre voie que pénale, soit l'affaire arrive devant le juge mais celui-ci hésitera souvent à prononcer la peine prévue par la loi. Souvent, la peine est réduite à des sanctions pécuniaires, parfois, avec sursis.

Paragraphe 3. Les difficultés de la procédure

Dans la vie des affaires, le temps est essentiel. Or, le facteur temps met cruellement en défaut, dans le monde économique, le procès pénal. Les procédures sont longues. « *Elles ont souvent un retentissement économique hors des proportions des faits*¹¹⁸ ». Le temps pénal n'est pas ainsi adapté au temps économique. Les affaires vont vite et les contentieux doivent être réglés le plus rapidement possible. Pour un certain nombre d'infractions, la sanction pénale est complètement inefficace du fait du long délai entre la commission de l'infraction et le prononcé de la sanction. Par ailleurs, la procédure pénale a un caractère déstabilisant pour l'entreprise et ses dirigeants¹¹⁹. Cela est particulièrement vrai en France où l'impact médiatique de la procédure est à la fois trop fort lors de la mise en examen et trop faible lors des ordonnances de non lieu. A Madagascar, les procédures devant les juridictions sont longues et surtout coûteuses. Par ailleurs, l'encombrement des tribunaux est également l'argument cité en faveur de la dépénalisation, cet encombrement expliquerait en grande partie le retard pris dans les procédures.

Au-delà de toutes ces considérations énonçant un échec de la pénalisation de la vie des affaires, la volonté de moderniser le droit des affaires motive également les demandes de dépénalisation.

Section 3. La modernisation du droit des affaires

Les partisans de la dépénalisation du droit des affaires présentent celle-ci comme s'inscrivant dans une démarche de modernisation du droit des affaires¹²⁰. Certains cas montrent effectivement que la pénalisation pourrait être un obstacle à l'efficacité du droit des affaires. Par

¹¹⁷ *ibid.* Le coût de la délinquance fiscale, douanière et des infractions à la législation des sociétés représenterait 88% du coût total des infractions d'affaires. Signalons que les droits et taxes douaniers représentent 50% des ressources budgétaires de l'Etat (Statistiques, Direction Générale des Douanes).

¹¹⁸ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit.p. 3 et 13.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹²⁰ J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Masson, 1995, p.11.

ailleurs, dans le même contexte, l'approche faite de la sanction et de la procédure pénale est innovante. Une analyse économique de la politique pénale des infractions d'affaires montrerait que la sanction pénale n'est pas efficiente. Les tenants de cette thèse proposent de faire davantage confiance aux nouveaux modes de régulation plus adaptés à la vie économique.

Paragraphe 1^{er}. Une meilleure efficacité du droit des affaires

Dans certains cas, le droit pénal fait obstacle à l'efficacité d'un système mis en place par le droit des affaires. Par exemple, en droit des procédures collectives et d'apurement du passif, l'avantage de l'adoucissement de la répression est d'éliminer la menace des sanctions pénales qui pouvait pousser à différer le dépôt de bilan. En France, après la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 qui a dépénalisé certains cas de banqueroute, les chiffres traduisent un net infléchissement des condamnations¹²¹. De ce point de vue, la dépénalisation rend effective la règle du droit des affaires en ce qu'elle a été un moyen efficace pour inciter les dirigeants sociaux à déposer leur bilan à temps.

De même en droit du chèque, l'exposé des motifs de la loi n°2004-445 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques explique les impératifs qui ont poussé les pouvoirs publics à adopter cette nouvelle loi : la réforme opérée en 1972 dans le sens de l'aggravation de la répression des infractions n'a pas atteint l'objectif recherché, celui de réduire le nombre d'émissions sans provision et de rétablir la confiance du public en ce système de paiement¹²². Aussi, d'importantes transactions ont-elles été faites en espèces, le recours au paiement par chèques certifiés ou par chèques de banque étant très limité, ceci expliquait en partie l'augmentation de la circulation fiduciaire. La dépénalisation, notamment par le système de prévention, serait donc la nouvelle approche faite par le législateur pour atteindre cet objectif.

Paragraphe 2. L'influence de l'approche économique¹²³

Pour la défense de la dépénalisation du droit des affaires, les fondements de la politique criminelle sont remis en question à travers une analyse économique de la pénalisation. De ce point de vue, la politique répressive de la délinquance économique et financière ne serait pas

¹²¹ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd. Dalloz, 1998, n° 222 suiv., « 3000 condamnations en 1978, 1007 en 1986, 1109 en 1990, 1150 en 1993, 1022 en 1994 »

¹²² Par exemple, de 1994 à 1998, le nombre de chèques sans provision est passé de 5 723 à 9 989 soit une augmentation de 75,2% et leurs montants de 12 228,1 milliards à 741 308,4 milliards de francs malagasy soit une augmentation de 507,69%.

¹²³ V. notamment, P. KOPP, « *Analyse économique de la délinquance financière* », septembre 2001.

rentable. En effet, le déclin de l'interventionnisme étatique dans la vie économique et la généralisation de l'économie de marché ont renouvelé l'approche de l'efficacité et non plus de la seule effectivité des sanctions en raison de leur coût. Ainsi, la sanction pénale serait coûteuse alors qu'elle n'est pas suffisamment dissuasive pour l'acteur économique.

A. Le coût de la sanction

Si l'affirmation symbolique demeure « la justice n'a pas de prix », c'est qu'elle consacre la prééminence éthique du droit sur une conception matérialiste et mécaniste du marché. En revanche, la pénalisation a un coût. Pour être efficace, le système pénal doit être performant dans la recherche des infractions, dans la collecte des preuves, etc. Or, un tel système est coûteux pour la société. L'efficacité de la répression implique parfois une mise en place d'institutions d'enquête et de détection¹²⁴. Les critiques vilipendées à l'endroit du système pénal résident dans le fait que le résultat de la sanction ne justifie pas le coût engendré par le système. Ces propos sont tenus à l'endroit de la répression des infractions d'affaires. Le contentieux pénal des affaires ne serait donc pas rentable. A les entendre, la justice pénale serait un produit commercial, un service comme les autres qui devrait donc se montrer rentable, profitable, efficace¹²⁵. Cependant, cette approche économique de la sanction pénale commence à influencer l'opinion et la doctrine juridique¹²⁶.

B. La modélisation des comportements des acteurs économiques

L'économie du droit s'intéresse à la pénalisation du droit des affaires. Selon l'approche économique, partant de la rationalité des agents économiques, les spécialistes modélisent des comportements à partir d'une hypothèse simple. Une firme met en balance son espérance de gain avec le risque de perte aléatoire. Afin que la sanction dissuade l'entreprise, le montant théorique de la sanction n'est pas le seul paramètre, il faut prendre en considération l'effectivité de la détection et de la sanction. Rationnel et maximisateur¹²⁷, l'agent économique, décidé à s'engager dans une activité, pèse le bien fondé de son attitude en fonction du gain qu'il espère

¹²⁴ Tel est le cas du Service de Renseignement Financier chargé de la détection et d'investigation en matière de blanchiment d'argent ou du Bureau indépendant anti corruption collaborant avec la justice pénale pour les infractions économiques. Ces institutions doivent être dotées de moyens techniques et financiers pour accomplir leurs missions et attributions.

¹²⁵ V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, op.cit. p.26.

¹²⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit* », Les Petites Affiches, 19 mai 2005, n°99, p.15. L'économie du droit s'est par exemple penchée sur l'efficacité des sanctions en matière de pratiques concurrentielles. V. E. COMBES, *Economie et Politique de la concurrence*, Dalloz, « Précis », 2005.

¹²⁷ Selon l'expression de Gary BECKER. G.-S. BECKER, "Crime and punishment: an economic approach", in *Journal of political economy*, vol.76, 1968, pp. 169-217.

obtenir, de la probabilité qu'il a d'être découvert, de l'amende et/ou de la durée de la peine d'emprisonnement qu'il encourt, de la valeur négative qu'il attribue au temps passé en prison. Lorsque ce rapport coût-avantage de l'infraction est en sa faveur, il n'hésite pas à violer les textes. Les spécialistes de l'économie du droit affirment alors que l'exercice de l'action publique n'a pas d'effets parfaitement déterminés en matière de dissuasion des comportements abusifs des acteurs de la vie des affaires et sont favorables à la dépénalisation du droit des affaires¹²⁸.

Paragraphe 3. L'émergence de nouveaux modes de répression

Les appels à une dépénalisation du droit des affaires proposent de faire davantage confiance aux autres modes de régulation du droit des affaires¹²⁹. Certains auteurs affirment que si les juridictions pénales se montrent incapables de réguler la vie des affaires, il convient d'envisager des solutions telles que le recours à des organes spécialisés, voire la restitution du conflit aux personnes privées¹³⁰. Il s'agirait de moderniser le droit pour faciliter la vie des entreprises. Les textes supprimeraient des infractions pour privilégier d'autres modes de régulation de la vie économique. Ces demandes ont été entendues. Le droit administratif pénal¹³¹ se développe de plus en plus. L'administration inflige des sanctions à l'opérateur économique. Les sanctions sont analogues aux sanctions pénales mais l'organe qui la prononce change.

Chapitre 2. Le maintien nécessaire d'un droit pénal en droit des affaires

Les interdits de nature répressive ont été généralement ressentis par les acteurs économiques comme une agression des pouvoirs publics. Les arguments en faveur de la dépénalisation tintent agréablement aux oreilles des hommes d'affaires. Or, parmi les chantres de la dépénalisation figurent, à côté de ceux qui œuvrent pour les mettre à l'abri des « foudres pénales », d'autres spécialistes qui distinguent plus finement les cas où la dépénalisation leur paraît nécessaire et les cas où, au contraire, s'imposent des sanctions sans douceur. C'est qu'il existe à cet égard des clivages évidents : ceux qui militent pour la dépénalisation de telles infractions verraient d'un mauvais œil la dépénalisation de telles autres infractions.

¹²⁸ Ch. AT, N. CHAPPE, « *La répression des pratiques délictueuses des dirigeants. Le rôle des actionnaires* », in *Revue d'économie politique*, Dalloz, 2004, vol.114, pp. 99-110.

¹²⁹ F.-J. PANSIER, *La peine et le droit*, P.U.F, 1994, p. 33.

¹³⁰ V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, op.cit., p. 26.

¹³¹ G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997 ; M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

Néanmoins, il ne fait pas de doute qu'un certain droit pénal est indispensable pour la vie des affaires. Il est nécessaire de rappeler sur ce point que l'esprit de la dépénalisation du droit des affaires n'est en aucun cas l'abolition du droit pénal des affaires ni la suppression de toutes les dispositions pénales en droit des affaires¹³². « *Le droit pénal n'est pas seulement contrôle, contrainte, gêne, menace, sanction, il est aussi, et sans doute parce qu'il est ce que l'on vient de dire protection, guide, assurance, défense, sécurité* »¹³³. Ainsi, un certain droit pénal doit être maintenu pour des considérations économiques (Section 1^{ère}), éthiques (Section 2) et juridiques (Section 3).

Section 1^{ère}. Les considérations économiques

Paragraphe 1^{er}. Le droit pénal : gage de l'effectivité du droit des affaires

A. La complémentarité entre le droit pénal et le droit des affaires

Les entreprises ont besoin de sécurité afin de garantir leurs opérations sur le marché. Cette sécurité suppose un certain nombre de règles prévisibles, accessibles et équitables qu'il convient de garantir, notamment par des mécanismes pénaux. Le propos selon lequel « *le droit pénal est aux affaires ce que la chirurgie est à la médecine : l'aveu de l'insuffisance de la technique* »¹³⁴ illustre d'une manière juste le rôle tenu par le droit pénal dans la vie des affaires et montre la complémentarité du droit pénal et du droit des affaires¹³⁵.

En effet, le droit de la répression des infractions économiques tire sa légitimité des failles de l'encadrement de la vie des affaires par les seules prescriptions du droit des affaires. Ainsi, le droit des affaires ne serait pas capable de s'assumer seul¹³⁶. Malgré l'existence de règles de nature civile ou administrative, seul le droit pénal peut avoir assez de force pour garantir l'effectivité des règles du droit des affaires. La répression pénale est donc un instrument de réalisation des règles du droit des affaires. En effet, « *même s'il est largement inefficace, le droit pénal des affaires reste nécessaire* »¹³⁷. Il répond mieux que tout autre droit aux problèmes individuels et sociaux posés par le droit des affaires. Il est reconnu comme étant le seul gage

¹³² bien que, nous l'avons déjà signalé, certains auteurs le souhaitent.

¹³³ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 2001, p.3.

¹³⁴ J. HAMEL, loc.cit. V. GAVALDA, note JCP 1967.II.15248.

¹³⁵ V. dans ce sens, Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », op.cit. p. 93suiv.

¹³⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p. 12.

¹³⁷ Y. GUYON, « *De l'inefficacité du droit pénal des affaires* », op.cit., p. 41.

d'effectivité et d'efficacité de l'ordre public économique face à la recherche illicite du profit, motif fondamental de la délinquance économique.

C'est ainsi que les divers travaux relatifs à la dépenalisation de la vie des affaires, s'ils prônent l'évacuation de certains contentieux de la sphère pénale, admettent le recours inévitable au droit pénal en certains domaines. Les propos d'un auteur sur ce point sont très significatifs : « *le droit pénal est la plus formidable des portes et il ne faut pas craindre de l'ouvrir à deux battants. Elle débouche sur l'ensemble du système juridique, sur ses dysfonctionnements profonds, sur les cassures du droit des sociétés, sur les faiblesses de l'institution judiciaire civile* »¹³⁸. Le droit pénal est alors adapté dans ses réponses de par sa nature même.

B. La fonction préventive et l'effet dissuasif de la loi pénale

Il faut comprendre que l'attitude même des milieux financiers tentant de secouer le joug de la menace de la sanction pénale révèle en cela même l'utilité de celle-ci. A une heure où tant de bons esprits prônent la prévention, il faut rappeler que la menace de la sanction pénale joue à cet égard, auprès de certains, un rôle décisif¹³⁹. En effet, la fonction première du droit pénal n'est pas la répression mais l'intimidation¹⁴⁰ et celui-ci peut constituer un moyen de prévention en raison de ce pouvoir d'intimidation qu'exerce très souvent la menace de la sanction.

L'incrimination permet l'intervention d'une autorité de contrôle dont la seule présence concourt à la prévention. La sanction pénale, ou plus exactement la seule existence de la sanction, constitue en soi une menace, une épée de Damoclès fortement dissuasive. Sur ce point, les auteurs semblent être unanimes : « *Le rôle de la règle pénale consiste par la menace de la sanction à prévenir toute violation de la règle* »¹⁴¹. Cette exemplarité et cet aspect dissuasif du droit pénal des affaires peuvent aller jusqu'à une véritable modification des comportements économiques et sociaux que la seule règle civile serait bien incapable d'assurer.

C. Le juge répressif : gardien de la légalité

Le juge répressif apparaît également comme le garant de l'application du droit des affaires¹⁴² puisque les règles d'interprétation du droit pénal conduisent les juridictions à assurer l'efficacité et l'effectivité de la règle de droit. Le juge est alors considéré comme gardien de la légalité et

¹³⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, Avant propos, *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, p.2.

¹³⁹ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p.9.

¹⁴⁰ V. thèses classiques de BECCARIA.

¹⁴¹ L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*, op.cit., p.17.

¹⁴² G.GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p.12.

assure le respect du droit des affaires. Ainsi, la règle pénale et les interdictions des juridictions répressives contribuent à l'instauration d'une économie saine constituée d'entreprises dirigées de façon transparente et dynamique où chacun doit pouvoir trouver sa place¹⁴³. De façon générale, elles tendent à garantir l'équilibre et la sécurité dans tous les rapports contractuels.

Paragraphe 2. Le droit pénal : gage de la confiance des acteurs économiques

A. Une meilleure défense des libertés

L'histoire du droit pénal des affaires montre que ce droit tire son fondement de l'impossibilité d'incriminer certains faits des dirigeants de sociétés commerciales sur la base du droit commun. Force est alors de créer des incriminations particulières pour réprimer ces faits. Or, la meilleure des lois est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge¹⁴⁴. Ainsi, la multiplication des infractions pénales dans le droit des affaires, loin d'être oppressive est, au contraire, le meilleur moyen de défense des libertés, libertés individuelles, liberté d'initiative, liberté de commerce et de l'industrie, parce que tout ce qui n'est pas strictement interdit ne peut être empêché¹⁴⁵.

Ce n'est pas cultiver le paradoxe que de dire que l'existence d'un droit pénal en droit des affaires est une conséquence du libéralisme¹⁴⁶. Les qualifications sont des îlots, entre lesquels il suffit de passer pour échapper à la répression, et la précision même des incriminations est une garantie contre la tentation des juges d'élargir des textes moins nombreux, mais par là même, plus dangereux pour la liberté, même celle du commerce et de l'industrie. Ainsi, la coercition du droit pénal des affaires pour assurer les conditions de la liberté ne contrevient pas à la liberté, mais le sert en même temps qu'elle est requise par elle¹⁴⁷.

B. La confiance dans le marché

Par rapport aux investisseurs, c'est en garantissant la transparence dans la constitution, le fonctionnement, le financement et même la dissolution des entreprises que le droit pénal se présente comme le gage de la confiance et l'instrument ultime dont dispose l'Etat pour faire en

¹⁴³ V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, op.cit., p.33.

¹⁴⁴ selon BACON, philosophe anglais.

¹⁴⁵ J. HAMEL, *Le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955, p.12.

¹⁴⁶ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 2001, p. 297.

¹⁴⁷ C. FRIED, « Libéralisme et droit pénal », in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, p. 101.

sorte que le marché ne soit pas un jungle. Pour Charles FRIED¹⁴⁸, « *la confiance est le sol fertile sur lequel le marché prospère, permet l'accumulation de la richesse et assure la promotion des conditions de son échange* ». La loi garantit la confiance parce qu'elle est la plate-forme sur laquelle repose le marché. Et l'utilisation de la coercition constitue une preuve de l'effectivité de la loi.

Paragraphe 3. La préservation des finances publiques

La manière la plus simple de gagner de l'argent est de ne point en perdre¹⁴⁹. Ce propos est vérifié et semble être le maître-mot des hommes d'affaires et des entreprises. Des infractions sont commises au cours des activités d'affaires pour éviter les charges. C'est ainsi que le droit pénal intervient pour réprimer les fraudes fiscales et les fraudes douanières. La lutte contre les fraudes fiscales et les fraudes douanières a ceci de particulier : elle protège l'intérêt financier de l'Etat. En effet, ces infractions consistent à ne pas verser au trésor public les droits et taxes occasionnés par l'opération économique. Ainsi, la commission de ces infractions porte préjudice à l'Etat et par conséquent, à l'économie de la nation, à l'intérêt général.

Certes, l'administration fiscale et l'administration douanière jouent un rôle prépondérant dans la conduite de cette lutte, mais il faut reconnaître que le recours au droit pénal devient incontournable dans le cas où l'intervention administrative s'avère insuffisante. Ici encore, comme dans les autres domaines, le droit pénal se présente comme le dernier rempart.

Section 2. Les considérations éthiques

Paragraphe 1^{er}. La moralisation de la vie des affaires

La pénalisation contribue à maintenir une déontologie des activités économiques¹⁵⁰. L'éthique est indispensable à la vie des affaires. Elle y a même pris une place centrale. En effet, l'éthique peut favoriser les performances économiques. Le droit pénal des affaires, loin d'être artificiel, consacre bien au contraire des valeurs essentielles telles que le respect du plus faible, la protection du patrimoine d'autrui,... La sanction pénale comprend ainsi un blâme social. La menace d'une sanction n'est agitée que si un acte menaçant les valeurs en vigueur est perpétré.

¹⁴⁸ *ibid.*

¹⁴⁹ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2005, p. 189.

¹⁵⁰ Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », *op.cit.* p.87.

De par sa fonction dissuasive, le droit pénal participe à l'affirmation des valeurs en droit économique. Valeurs qui sont par hypothèse subjectivement extérieures aux acteurs mus par leurs intérêts égoïstes. C'est en incriminant les atteintes et les manquements caractérisés à l'honnêteté, à la transparence, à l'intégrité, à la probité, à la loyauté (valeurs fondamentales de l'économie de marché) que l'ordre public économique sera mieux garanti. Vecteur de valeurs éthiques, le droit pénal des affaires participe ainsi à la moralisation des acteurs du marché.

Cette considération éthique contraint le législateur à maintenir un certain droit pénal des affaires. Les incriminations qui sanctionnent les comportements frauduleux doivent être maintenues. Même les auteurs partisans de la dépénalisation du droit des affaires l'admettent: il s'agit d'une dépénalisation légitimement impossible¹⁵¹. Dans son article consacré à l'inefficacité de la sanction pénale, Yves GUYON reconnaît qu'« *une sanction pénale réservée aux comportements les plus blâmables demeure le dernier rempart opposé au pouvoir insolent, immoral et corrupteur de l'argent* »¹⁵². Ainsi, dans une société où les valeurs fondamentales sont de plus en plus prégnantes, la place et la légitimité du droit pénal sont incontestables.

Paragraphe 2. La protection d'acteurs plus faibles

Il n'est pas besoin d'insister sur l'existence du déséquilibre entre le professionnel et le consommateur, les groupes puissants de sociétés et les Petites et Moyennes Entreprises (PME). Les abus du libéralisme absolu ne sont plus à démontrer. Les professionnels eux-mêmes sont à l'origine des premières réglementations car les excès des moins scrupuleux d'entre eux faussaient la concurrence. Sur le plan juridique, l'ordre public s'est mué en correctif de la liberté contractuelle. C'est de ce revirement qu'est né l'ordre public de protection collective, tendant à protéger contre les excès de puissances économiques capitalistes des groupes sociaux déterminés : salariés, consommateurs,... Le législateur se rappelle alors que le droit pénal a pour mission de protéger les faibles contre les forts¹⁵³.

Cet ordre public de protection peut être assuré de multiples manières. On peut tout d'abord choisir la voie civile : obligation de renseignement, obligation de résultat, de sécurité,... mais l'expérience l'établit de manière incontestable : la voie civile est insuffisante. Il faut alors pallier les insuffisances de la sanction civile.

¹⁵¹ Selon l'expression de Michel VERON.

¹⁵² Y. GUYON, « *De l'inefficacité de la sanction pénale* », in Pouvoirs, 1990, n°55, p.41.

¹⁵³ L. BIHL, *Le droit de la consommation*, op.cit., p.15.

La voie administrative peut également être envisagée. Or, la voie administrative présente des limites et des dangers. Limites normales dans l'application, dans la mesure où l'administration ne peut être neutre et se soucie nécessairement de tous les intérêts en jeu, y compris ceux qui s'opposent à une bonne application des règles du droit des affaires. Les voies civiles et administratives ont leur utilité, nul ne songe à les contester. Mais ces voies ont leur limite et ne peuvent suffire à assurer réellement l'efficacité des règles nécessaires de protection des acteurs plus faibles de la vie des affaires. Ainsi, quand les armes à la disposition des acteurs de la vie économique ne sont pas égales, lorsque sont en danger les tiers (et parfois tous les citoyens), le recours à la sanction pénale devient nécessaire¹⁵⁴.

En fin de compte, une quasi-unanimité s'établit : le recours au droit pénal est rendu indispensable par le déséquilibre des parties en présence, par la gravité sociale des atteintes, par l'importance humaine, sociale, économique des abus. « *Seul le droit pénal grâce à une gamme de sanctions intimidantes pourrait remédier à l'insuffisance des sanctions civiles en vue d'assurer un meilleur climat des affaires* »¹⁵⁵.

Section 3. Les considérations juridiques

Le maintien d'un certain droit pénal des affaires est également expliqué par le souci de préserver la cohérence entre les différents systèmes juridiques et les différentes branches du droit.

A. Le droit pénal des affaires et le droit pénal général

Le droit pénal des affaires n'est pas un droit autonome. L'identité du droit pénal est forgée par des composantes multiples avec nécessairement des spécificités propres, ce qui est le cas du droit pénal des affaires. Toutefois, une dépenalisation du droit des affaires est limitée par le souci de cohérence dans son articulation avec les autres branches du droit pénal. La dépenalisation du droit des affaires doit ainsi être en cohérence avec la pénalisation du droit commun. En effet, l'égalité de tous devant la loi empêche le législateur de dépenaliser un comportement en droit des affaires alors qu'un fait similaire est pénalisé en droit commun.

¹⁵⁴ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p.9.

¹⁵⁵ OTTENHOF, cité par L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*, op.cit., p. 16.

B. Le droit des affaires national et le droit des affaires international

Chaque pays est soumis à un certain nombre d'obligations internationales lui imposant de pénaliser certains comportements. Le législateur ne peut que maintenir les incriminations imposées par ces conventions internationales. Par exemple, la Convention de Mérida¹⁵⁶ impose aux Etats signataires de mettre en place des sanctions contre certains comportements comme l'abus de biens sociaux. Par ailleurs, s'agissant du cas de la France, le droit communautaire impose des obligations en matière de pénalisation. La Commission Européenne n'hésite pas à poursuivre en manquement les Etats qui n'ont pas mis en place des mécanismes pénaux de nature à assurer l'application effective du droit communautaire.

C. Approche constitutionnelle

Il résulte d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel français que l'action pénale constitue le mécanisme répressif de droit commun, auquel le législateur, par le biais de la dépenalisation ne peut qu'apporter certaines exceptions¹⁵⁷. Selon cette approche, il est demandé aux pouvoirs publics de respecter un certain équilibre entre le domaine pénal et les autres domaines de contrainte. Le législateur serait libre de faire bon usage de ses prérogatives sans que le juge constitutionnel lui fournisse « la recette de constitutionnalité » en lui indiquant le contenu exact des domaines pénal et extra pénal. Les changements législatifs seraient contrôlés d'un point de vue quantitatif et qualitatif.

D'une part, il serait contraire aux normes constitutionnelles de systématiser les dépenalisations de façon excessive et faire de la répression extra pénale – notamment administrative – la forme de sanction de droit commun. D'autre part, d'après l'ordre établi par la Constitution, il serait interdit de dépouiller le domaine pénal des infractions les plus importantes. De ce point de vue, la pénalisation du droit des affaires serait le principe et la dépenalisation l'exception.

Si l'existence même du droit pénal des affaires ne paraît pas devoir être remise en question sérieusement, les arguments avancés en faveur de la dépenalisation n'en conservent pas tout leur poids. Les critiques formulées à l'endroit du droit pénal des affaires devaient justifier les réformes commencées par le législateur et pourraient l'amener à poursuivre dans le sens d'une

¹⁵⁶ Convention des Nations Unies contre la corruption 2003.

¹⁵⁷ V. notamment, G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997.

dépénalisation plus large. Sur ce point, une observation importante s'impose. L'analyse des différentes thèses sur la place que doit occuper le droit pénal dans la vie des affaires conduit à la conclusion suivante : ces positions doctrinales (et praticiennes) relatives à la dépénalisation du droit des affaires varient en fonction de l'acception que les auteurs et spécialistes en la matière entendent faire de la notion de « dépénalisation ».

Il ne s'agit pas ici de dire que les divergences de point de vue n'existent pas. Ces divergences sont bel et bien mises en exergue dans nos réflexions. Mais il faut remarquer que si les partisans de la dépénalisation militent pour une rénovation complète du droit pénal des affaires allant dans le sens de la modernisation du droit des affaires et de l'allègement de la sanction pénale, les défenseurs d'un maintien d'un droit pénal – s'ils rejettent une « dépénalisation totale » du droit des affaires – soutiennent également de leur côté un redéploiement nécessaire de ce droit.

Ainsi, le débat juridique naît plutôt du flou dans lequel souffre le mot « dépénalisation » : tantôt il désigne la disparition de toute sanction juridique attachée à une norme¹⁵⁸, tantôt il s'applique à la substitution d'une autre sanction à une sanction jusque là pénale¹⁵⁹.

Il est alors utile de rappeler l'esprit d'un mouvement, effectif ou souhaité, de dépénalisation en droit des affaires : la recherche d'une dépénalisation ou d'une pénalisation rationnelle, efficace et effective pour un contentieux plus adapté à la vie des affaires. Ainsi, comme le déduit Luc BIHL : « *seule une application sérieuse et stricte du droit pénal des affaires rénové doit pouvoir aboutir à une satisfaction aux partisans de la dépénalisation* »¹⁶⁰. La dépénalisation serait une démarche à suivre pour une meilleure pénalisation du droit des affaires. En termes plus explicites, la rénovation du droit pénal dont la nécessité est reconnue pour une meilleure pénalisation du droit des affaires n'est pas très différente des réformes de dépénalisation, prise dans son sens large, tant demandées par le monde des affaires et un courant doctrinal. Toutefois, il faut reconnaître que les différentes considérations formant le débat de la dépénalisation du droit des affaires place le législateur devant un dilemme : la voie pénale consacrée par la législation semble être rejetée par la pratique alors que la suppression de la sanction pénale favorise l'insécurité juridique. Ces controverses laissent le principe de la dépénalisation du droit des affaires non définitivement acquis.

¹⁵⁸ M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelles*, Economica, 1982, p.159.

¹⁵⁹ M.-T. CALAIS-AULOY, « *La dépénalisation en droit pénal des affaires* », D.1988, chr., p.315, n°2.

¹⁶⁰ L. BIHL, *Le droit de la consommation*, op.cit. p.18.

TITRE 2. LES IMPACTS SUR LE DROIT RÉPRESSIF DES AFFAIRES

L'affirmation selon laquelle les critiques sur le mouvement de dépénalisation sont portées uniquement sur sa mise en œuvre mais non dans son principe¹⁶¹ n'est pas vérifiée. Les analyses précédentes montrent que la nécessité d'une dépénalisation ne fait pas l'unanimité de la doctrine. Il convient plutôt d'affirmer que les failles de la dépénalisation effective ne sont que les conséquences des incertitudes sur l'opportunité réelle d'un tel mouvement. Ainsi, l'encadrement répressif de la vie des affaires est marqué par l'absence d'une véritable politique criminelle en matière économique. Les lois favorisant un recul du droit pénal en droit des affaires sont ponctuelles. L'ampleur de la dépénalisation est limitée. La dépénalisation est alors relative dans son domaine (Chapitre 1^{er}).

Par ailleurs, la dépénalisation est généralement considérée comme un « mouvement de politique criminelle »¹⁶² comportant deux phénomènes bien distincts. Le premier, l'abolition d'incriminations au profit de l'instauration de nouvelles libertés et le second consiste en ce que la répression pénale s'efface au profit de sanctions alternatives¹⁶³. Or en droit des affaires, il convient de signaler une forme toute particulière de la dépénalisation: au lieu de procéder à une substitution de la sanction pénale par une sanction d'une autre nature (civile, administrative, disciplinaire,...), le législateur, en utilisant les sanctions non pénales, surajoute ces nouvelles sanctions. Ce troisième phénomène témoigne de l'hésitation du législateur devant le choix entre la voie pénale et la voie concurrente. Ainsi, la dépénalisation est aussi partielle dans sa forme (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er}. La relativité des tentatives de dépénalisation

Le législateur ne s'est pas attaqué à l'ensemble des incriminations mais seulement à des domaines précis qu'il examinait à un moment donné, la dépénalisation est alors spécialisée (Section 1^{ère}). Dans les autres domaines, le législateur pénalise, et même après avoir dépénalisé, repénalise certains agissements (Section 2).

¹⁶¹ J.-M. COULON, op.cit.p.13.

¹⁶² M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politiques criminelles*, Economica, 1982, p.159.

¹⁶³ Ce second phénomène a été qualifié par Jacques-Henri ROBERT de « forme machiavélique de dépénalisation », J.-H. ROBERT, « *La dépénalisation* », Arch.phil.droit, 1997, pp. 191-197.

Section 1^{ère}. Le caractère spécialisé du mouvement

La dépenalisation est limitée dans son domaine d'application. Le droit pénal des affaires n'a pas fait l'objet d'une réforme d'ensemble systématique, son contenu a été transformé au fil des années et les infractions constituant le droit pénal des affaires d'aujourd'hui est le fruit de réformes partielles. Il est d'ailleurs important de souligner que lorsque le législateur modifie la législation dans le sens de la dépenalisation, cet acte n'est pas pris dans le cadre précis d'une volonté de diminuer l'emprise du droit pénal sur le droit des affaires. Le législateur entend souvent par ces réformes adapter la législation nationale aux besoins de la vie des affaires en général, et aux exigences du contentieux des affaires en particulier. En outre, et surtout, il s'agit de mettre à jour la législation au vu et par rapport aux législations internationales et régionales relevant du domaine des affaires. Ce sont les modifications opérées çà et là qui occasionnent la dépenalisation. Afin de montrer la réalité du mouvement, quelques présentations descriptives des lois de dépenalisation et de quelques faits dépenalisés en droit des affaires, aussi bien en France qu'à Madagascar, sont nécessaires.

Paragraphe 1^{er}. La portée limitée de la dépenalisation de droit

A. Aperçu général des lois de dépenalisation

En France, quelques dépenalisations spectaculaires mais pas toujours irréversibles ont concrétisé la prise de conscience de la saturation du système de répression du droit des affaires : la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, les lois du 3 janvier 1975 et du 30 décembre 1991 sur le chèque, la loi du 25 janvier 1985 en matière de banqueroute, l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour certaines pratiques anticoncurrentielles¹⁶⁴, la loi Nouvelles Régulations Economiques (Loi NRE) du 15 mai 2001, les lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière (LSF) et sur l'initiative économique (LIE), les Ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises et du 25 juin 2004 sur les valeurs mobilières¹⁶⁵.

A Madagascar, la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales a dépenalisé quelques faits autrefois incriminés par la loi de 1867, la loi n°2003-042 du 03 septembre 2004 sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif en matière de banqueroute, la loi n°2004-045 du 14 janvier 2005 sur la prévention et la répression des infractions en matière de chèques, la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence ; le code des douanes de 2006 a

¹⁶⁴ V. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., 1998, Dalloz, p.68, n°54.

¹⁶⁵ V. J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit. p.13.

également été le fruit de réforme allant dans ce sens. Des lois plus spécialisées comme les lois n°2004-003 du 24 juin 2004 portant libéralisation du secteur pétrolier aval et modifiant certaines dispositions de la loi n°99-010 du 17 avril 1999 régissant les activités du secteur pétrolier aval et n° 2004-031 du 30 septembre 2004 relative aux sanctions et constatations des infractions aux lois sur les activités du secteur aval sont aussi des lois de dépénalisation touchant la vie des affaires.

B. Une dépénalisation sélective du droit des affaires

La dépénalisation touche plusieurs domaines du droit des affaires dont certains sont moins dépénalisés que d'autres. En effet, certains faits seulement sont dépénalisés dont quelques uns peuvent être énumérés.

1. En droit des sociétés

A Madagascar, la loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales a dépénalisé plusieurs infractions prévues par l'ancienne loi de 1867.

a. Les violations des règles relatives à la constitution de sociétés

❖ La négociation irrégulière d'actions

Ce fait était prévu et réprimé par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867 et demeure une infraction pénale tant dans l'Acte Uniforme OHADA sur les sociétés commerciales que dans le nouveau code de commerce français (article L. 242-3 NCCF).

❖ La publication de valeurs

C'est le fait d'avoir établi ou publié la valeur des actions ou promesse d'actions irrégulières. Cette infraction est encore incriminée par l'article L. 242-4 NCCF mais dépénalisée par la loi malgache et l'AUSC.

b. Les violations des règles relatives à la gérance, à l'administration et la direction des sociétés

❖ L'abus de pouvoir ou l'abus des voix

Ni les articles 927 et suivants de la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 ni les articles 886 et suivants de l'AUSC relatives aux dispositions pénales ne visent plus l'infraction d'abus de

pouvoir ou d'abus de voix (prévu et réprimé par l'article 15-7° de l'ancienne loi de 1867) alors que l'article 242-64° NCCF incrimine et punit d'emprisonnement de 5 ans et d'amende le fait pour le « *président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

❖ L'omission d'appel du montant non versé des actions souscrites

Dans la loi sur les sociétés commerciales, la libération du non versé doit intervenir dans un délai qui ne peut excéder trois ans mais cette obligation n'est plus actuellement sanctionnée pénalement.

❖ Les infractions relatives aux assemblées générales

L'importance que le législateur a attachée aux assemblées d'actionnaires devait conduire celui-ci à multiplier les cas dans lesquels des pénalités sanctionnent l'inobservation des règles essentielles relatives à la convocation et à la tenue des assemblées, ainsi qu'à la communication des documents essentiels de la gestion. Mais l'incrimination de la non convocation aux assemblées a provoqué de nombreuses réactions de la part de la doctrine. Beaucoup voyaient mal en quoi la morale et la sûreté sont dans une telle circonstance menacées au point que l'on maintienne une sanction pénale. Selon une majorité doctrinale, cette infraction fait partie de celles qui doivent purement et simplement disparaître, étant obsolètes et inappliquées. C'est ainsi que les infractions prévues par l'article 35 de la loi de 1867 ont été dépénalisées¹⁶⁶. Le législateur de la loi de 2003 qui a dépénalisé ces infractions a prévu d'organiser l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux (articles 180 à 188).

En France, l'article 122 de la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques a également supprimé quelques incriminations relevant du droit des sociétés¹⁶⁷. Il en est de même pour l'article 134-1¹⁶⁸ de la loi sur la sécurité financière de 2003, l'article 9¹⁶⁹ de la loi sur l'initiative économique de 2003, l'ordonnance française du 25 mars 2004¹⁷⁰, et l'article 50¹⁷¹ de

¹⁶⁶ Ces infractions sont citées en annexe I

¹⁶⁷ Les infractions dépénalisées par la loi NRE sont citées en annexe I.

¹⁶⁸ Les infractions dépénalisées par la loi LIE sont citées annexe I.

¹⁶⁹ Les infractions dépénalisées par la loi LSF sont citées en annexe I.

¹⁷⁰ Les infractions dépénalisées par l'ordonnance du 25 mars 2004 sont citées en annexe I.

l'ordonnance du 24 juin 2004 relative aux valeurs mobilières. Si près de quarante infractions ont été dépénalisées par cette vague de lois de dépénalisation, il demeure que le droit français des sociétés compte toujours aujourd'hui plus d'infractions qu'en droit malgache.

2. En droit du chèque

En France et à Madagascar, le système de répression des chèques émis sans provision a connu une évolution progressive vers la dépénalisation. En France, les dispositions de la loi du 14 juin 1865 ont été modifiées ou remplacées successivement et principalement par le décret-loi du 30 octobre 1935, la loi du 03 janvier 1975, la loi du 30 décembre 1991 et l'Ordonnance du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du code monétaire et financier dans lequel ont été intégrées les dispositions relatives aux chèques et aux cartes de crédit ou de paiement.

A Madagascar la matière a été régie successivement et principalement par le décret-loi du 30 octobre 1935 qui fut promulgué à Madagascar par arrêté gubernatorial, modifié par la loi du 24 mai 1938, l'Ordonnance n°72-041 du 16 novembre 1972 et actuellement, la loi n°2004-045 du 14 janvier 2005 qui prévoit, à l'instar de la législation française, un système de prévention des infractions en matière de chèques, impose une obligation de prévention à la profession bancaire et lui confie un pouvoir sanctionnateur. La dépénalisation opérée consiste en ce que la loi partage la compétence de la répression entre les institutions bancaires et les appareils judiciaires qui n'agissent plus qu'en dernier recours¹⁷² et qui laissent une chance, contrairement à la précédente loi, au tireur en infraction d'être plus responsable de ses actes en lui permettant légalement de réparer ses errements.

En France, l'infraction de l'émission sans provision a été dépénalisée mais il est évident que le comportement reste interdit. Mais ce n'est plus le juge qui prononce les sanctions mais la Banque de France. Pour la législation malgache, la dépénalisation n'est que partielle et préventive.

3. En droit de la concurrence

La loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence marque une importante évolution de la réglementation du contentieux relatif à la concurrence. En effet, plusieurs points relevés de cette loi témoignent de la modernisation opérée au niveau de la législation malgache. Les

¹⁷¹ Les infractions dépénalisées par l'ordonnance du 24 juin 2004 sont citées en annexe I.

¹⁷² B. ANDRIAMIHANTA, « Commentaires de la nouvelle loi sur les chèques », in Revue MCI, février 2005, n°17, p. 3suiv.

Ordonnances n°73-054 du 11 septembre 1973 portant refonte de l'ordonnance n°60-129 du 3 octobre 1960 relative au régime des prix et à certaines modalités d'intervention en matière économique et n°73-055 du 11 septembre 1973 portant refonte de l'ordonnance n°60-130 concernant la constatation, la poursuite, la répression des infractions à l'ordonnance n°73-054 étaient le reflet de la politique économique de l'époque caractérisée par le dirigisme économique. Elles avaient réglementé le régime des prix et l'intervention de l'Etat en matière économique.

Fidèle à son esprit, lequel consacre le principe de la liberté des prix, la loi sur la concurrence de 2005 a dépénalisé les infractions relatives à la pratique de prix illicites, infractions qui ont été prévues par l'article 61 de l'Ordonnance n°73-054. Il en est de même concernant les infractions portant atteinte aux règles relatives à l'intervention de l'Etat sur le marché. Ces infractions ont été prévues par les articles 63 et 64 de l'Ordonnance n°73-054. En outre, la loi de 2005 a redéfini certains éléments constitutifs de certaines infractions prévues par les ordonnances de 1973 dans le sens de la dépénalisation. Tel est par exemple le cas du fait pour toute personne de participer à des pratiques anticoncurrentielles collectives. En effet, la loi sur la concurrence exige désormais une intention délictuelle en ayant ajouté l'expression « d'une manière frauduleuse et déterminante » pour caractériser l'infraction¹⁷³. Mais l'innovation majeure apportée par cette loi est sans doute l'institution du Conseil de la concurrence auquel est confié un pouvoir sanctionnateur.

En France, c'est l'Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui a dépénalisé certaines infractions. L'article 36 de cette Ordonnance a supprimé trois comportements : les pratiques discriminatoires, le refus de vente et les ventes subordonnées entre les professionnels jusqu'alors sévèrement réprimés. Il s'agissait dès lors de simples fautes civiles ou commerciales engageant la responsabilité de leurs auteurs et les obligeant à réparer le préjudice causé¹⁷⁴. Récemment, la loi de modernisation de l'économie (LME) de 2008 a dépénalisé l'obligation de communication des conditions générales de vente

¹⁷³ article 62 de l'ordonnance n°73-054 du 11 septembre 1973 et l'article 49 de la loi n°2005-020.

¹⁷⁴ Cependant, cette liste a été ensuite remaniée profondément par la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996. Les pratiques discriminatoires sont maintenues, le délit civil de refus de vente supprimé, les ventes subordonnées se voient substituer une série de quatre comportements toujours entre professionnels constitutifs d'abus de dépendance économique. L'article 36 contient ainsi cinq séries de fait constitutives de fautes civiles. Ces textes ont été abrogés par l'Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

qui n'est plus désormais sanctionnée que civilement par l'article L.442-6, I, 9° du code de commerce français¹⁷⁵.

4. En matière de banqueroute

En France, la législation napoléonienne, sans aller comme auparavant jusqu'à la peine capitale pour les cas les plus graves fit encore preuve de beaucoup de rigueur puisque certaines hypothèses de banqueroute étaient des crimes (banqueroute frauduleuse) alors que d'autres étaient de simples délits (banqueroute simple). Il aura fallu attendre 1958 pour que le crime de banqueroute soit correctionnalisé : l'excès de sévérité avait conduit à l'extrême inverse de l'acquittement systématique par les cours d'assises¹⁷⁶. Cette réforme n'était pas toutefois suffisante car le droit de la banqueroute était d'une effarante complexité. La banqueroute frauduleuse connaissait trois cas. La banqueroute simple se dédoublait en banqueroute simple obligatoire (six cas) et en banqueroute simple facultative (six cas).

Ce n'était pas tout : à côté de la banqueroute concernant les commerçants personnes physiques avaient été créées en 1935 pour les dirigeants sociaux les infractions assimilées à la banqueroute, dont certaines étaient punies de peines de la banqueroute frauduleuse (trois cas) et d'autres des peines de la banqueroute simple (sept cas). Cette abondance de matière pénale se traduisait dans les faits par des statistiques non négligeables¹⁷⁷ mais n'était rationnellement pas satisfaisante. La loi n°85-98 du 25 janvier 1985 a profondément refondu la matière en simplifiant et en dépénalisant. La simplification, c'est la suppression de tous les distinguos antérieurs au profit d'une incrimination unique qui est la banqueroute. La dépénalisation, c'est l'institution de quatre cas (ramenés à cinq dans la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 et dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) reprenant les anciens cas de banqueroute frauduleuse et un ancien cas de banqueroute obligatoire.

Quant à la législation à Madagascar, les infractions de banqueroute étaient prévues et punies par les articles 614-4 et suivants du code de commerce (livre troisième intitulé « des faillites et règlements judiciaires de la réhabilitation et des banqueroutes et autres infractions en matière de faillite » intégré dans le code de commerce suivant Ordonnance n°62-008 du 31 juillet 1962) et les articles 402 à 404 du code pénal, lesquels textes qui ont fait la distinction entre banqueroute

¹⁷⁵ G. TOUSSAINT-DAVID, « La LME et la nouvelle autorité de la concurrence, enjeux et perspectives », Les Petites Affiches, 18 septembre 2009, n°187, p.9.

¹⁷⁶ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 1998, p. 237, n°222suiv.

¹⁷⁷ 3000 condamnations en 1978, *ibid.*

facultative et banqueroute obligatoire, banqueroute obligatoire, banqueroute simple et banqueroute frauduleuse ont été abrogés par les articles 284 et 286 de la loi n°2003-042 du 03 septembre 2004 sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif. Cette loi a cependant maintenu la distinction des deux banqueroutes (simple et frauduleuse), laquelle distinction, nous l'avons vu, n'existe plus en France.

L'énumération de ces quelques faits dépénalisés par le législateur montre que, quel que soit le domaine ou le secteur considéré, le champ de la dépénalisation n'est pas total. Seules quelques infractions formant une plus ou moins grande partie de la branche pénale de ce droit considéré ont été dépénalisées, le reste étant maintenu par le législateur.

Certains auteurs regrettent cette « timidité »¹⁷⁸ du législateur et le vœu d'une dépénalisation « plus large et plus énergique »¹⁷⁹ est souvent émis. Cependant, l'ampleur de cette dépénalisation consacrée dans les textes est en contraste avec l'ampleur réelle de la dépénalisation de fait.

Paragraphe 2. La portée significative de la dépénalisation de fait

Alors que le nombre d'infractions relevant du droit pénal des affaires est difficile à évaluer, seuls quelques articles de ces dispositions pénales sont utilisés par les juridictions pénales. Pourtant, dans les faits, les règles prévues par les articles non utilisés ne sont par pour autant respectées. Ce phénomène est expliqué par l'importance de la dépénalisation de fait observée dans tous les secteurs de la vie des affaires et quel que soit le pays considéré. En effet, la plupart des infractions d'affaires sont réglées par des avertissements informels de la part des pouvoirs publics. Seules les infractions graves et pouvant être incriminées par des qualifications de droit commun sont portées devant le juge répressif.

Sont réglées par voie extra pénale de façon quasi-systématique alors qu'elles constituent des infractions par exemple, les infractions douanières¹⁸⁰ telles que les violations aux obligations relatives à la déclaration de valeur des marchandises à la douane qui sont constitutives de l'infraction d'importation ou exportation sans déclaration ; les infractions aux règles relatives à la concurrence¹⁸¹ telles que la violation à l'obligation de transparence et de loyauté des transactions, ou les infractions aux règles de la loi n°2004-003 du 24 juin 2004 réglementant les

¹⁷⁸ J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Masson, 1995, p.23.

¹⁷⁹ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 2001, p.9.

¹⁸⁰ Ces infractions sont, dans les faits, réglées par la voie transactionnelle.

¹⁸¹ Souvent, l'avertissement donné par le Ministère chargé du commerce suffit.

activités du secteur pétrolier aval¹⁸² telles que le fait des personnes non titulaires de licence d'exploitation d'hydrocarbure prévue par la loi d'exercer des activités de distribution de produits pétroliers.

En France, on a noté les effets dangereux que peut avoir à côté de la dépénalisation ouverte, une sorte de dépénalisation de fait¹⁸³. Il y a, par exemple, très peu de poursuites pour banqueroute (sans pour autant que les décisions prononçant la faillite personnelle soient plus nombreuses) ; la constatation satisfait sans doute les tenants de la dépénalisation, mais réjouit plus encore les débiteurs malhonnêtes, qui ne sont pas toujours, en la matière, de pauvres malchanceux.

Cet écart entre la dépénalisation ouverte et la dépénalisation de fait est parfois source de désordre¹⁸⁴ et d'insécurité juridique¹⁸⁵, ayant favorisé des incertitudes dans le milieu des affaires quant aux sanctions réellement encourues mais aussi des inégalités de traitement des contentieux.

Mais la dépénalisation du droit des affaires n'est pas seulement sélective. Elle est aussi doublée d'un mouvement non moins important de pénalisation, outre le fait qu'elle n'est pas irréversible.

Section 2. Le mouvement parallèle de pénalisation et de repénalisation

Si le législateur entend abandonner la répression de certains comportements des acteurs de la vie des affaires, le contenu du droit pénal des affaires n'est pas pour autant diminué de son volume. En effet, il pénalise non seulement d'autres comportements mais aussi d'autres personnes. En France, depuis le 31 décembre 2005, toutes les personnes morales autres que l'Etat peuvent être reconnues responsables pénalement pour quelque infraction que ce soit.

Paragraphe 1^{er}. Le mouvement rampant de pénalisation

A. L'aggravation des peines

Dans une seule et même loi, le législateur dépénalise certains comportements et pénalise, parfois repénalise, d'autres. Il en est ainsi par exemple de la loi n°2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques. Si cette loi est caractérisée

¹⁸² L'Office Malgache des Hydrocarbures recourt souvent à l'avertissement.

¹⁸³ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal général*, op.cit, p. 471.

¹⁸⁴ J. LEFEBVRE, « La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ? », in Désordre(s), P.U.F, 1997, pp.245-253passim.

¹⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, P.U.F, 1986.

par le système de prévention, elle est revenue à une certaine sévérité dans la répression. En effet, on a constaté dans l'Ordonnance du 16 novembre 1972 un allègement des peines : le maximum des peines qui était fixé à cinq ans d'emprisonnement par le décret-loi du 30 octobre 1935 modifié par la loi du 24 mai 1938, a été réduit à deux ans d'emprisonnement. Actuellement, l'on revient au maximum de cinq ans. L'utilisation abusive des chèques est devenue un véritable fléau pour la société et pour les victimes de l'infraction.

L'objectif de la loi de 2004 serait de réinstaurer l'importance et la crédibilité des chèques en tant que moyen de paiement. Le législateur entendait certainement faire valoir la fonction intimidante de la peine et a élevé, à ce titre, le taux maximum d'emprisonnement¹⁸⁶.

Les peines des autres infractions en matière de chèque ont été également augmentées. L'émission sans provision, le retrait de tout ou partie de la provision, la défense au tiré de payer et l'acceptation en connaissance de cause étaient punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et/ ou d'une amende, avec des peines complémentaires facultatives. Depuis la loi de 2004, ces faits sont punis de six mois à cinq ans d'emprisonnement et/ou d'une amende.

Il en est de même dans la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence. Les peines prévues pour les infractions maintenues ont été élevées. L'on peut noter une augmentation générale des amendes ; la peine minimale encourue pour l'infraction de participation individuelle à une pratique anticoncurrentielle collective est, en outre, passée de deux mois à six mois.

Ce mouvement « en sens inverse » est également observé dans le droit de la banqueroute dans la loi française de 1985 ainsi que dans les textes postérieurs¹⁸⁷. Ainsi, certains faits déjà punissables le sont plus sévèrement qu'auparavant¹⁸⁸.

B. Extension des incriminations à d'autres personnes

Il s'est produit, dans le domaine de la banqueroute, une extension des sanctions pénales à des catégories de personnes qui n'étaient pas visées par les textes antérieurs. En effet, depuis la loi de 1985 en France, un plus grand nombre de personnes peuvent être poursuivies : les agriculteurs, les artisans et les dirigeants de société qui n'ont pas la qualité de commerçant peuvent être poursuivis sur le fondement d'une incrimination jadis réservée aux seuls

¹⁸⁶ V. H. RAKOTOMANANA, *Droit pénal malgache des affaires*, Jurid'ika, 2008, p. 202.

¹⁸⁷ F. DERRIDA, « *La dépénalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises* », R.1989, p.658.

¹⁸⁸ Par exemple : l'achat en vue d'une revente au dessous du cours.

commerçants (article 196)¹⁸⁹. De même, la loi malgache n°2003-042 du 03 septembre 2004 relative aux Procédures Collectives d'Apurement du Passif maintient la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse et prévoit encore des délits assimilés aux banqueroutes en ses articles 264 et suivants. Par ailleurs, il serait erroné de croire que les infractions prévues par cette loi se limitent à la banqueroute. Le dispositif pénal de cette loi est complété par un cortège d'incriminations intéressant les tiers (article 269), les proches du débiteur (article 270), les organes de la procédure (article 272) et les créanciers (article 273). En outre, en France, la responsabilité pénale a été étendue à l'entreprise elle-même.

Paragraphe 2. La responsabilité pénale de la personne morale¹⁹⁰

Pénaliser c'est soumettre une personne au droit pénal, quelle qu'en soit la méthode. Cette pénalisation peut venir de l'instauration de nouvelles peines, de l'aggravation des peines encourues, mais aussi par l'extension du champ de la responsabilité pénale. A cet égard, il ne fait aucun doute que la consécration du principe de la responsabilité pénale de la personne morale par la loi française n° 92-683 du 22 juillet 1992 ainsi que l'extension de cette responsabilité des personnes morales intervenue avec la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite « loi Perben II) sont une forme non négligeable de pénalisation¹⁹¹. Alors que le législateur français a édicté une vague de lois de dépenalisation du droit des affaires depuis la loi NRE de 2001, il a été question de généraliser la responsabilité pénale des personnes morales en 2004. Or, les principaux intéressés par cette règle sont les entreprises. Ainsi, l'extension de la responsabilité des personnes morales paraît contredire la dépenalisation du droit des affaires.

A. Une pénalisation légale du droit des affaires

1. Le cumul de responsabilités pénales de la personne du dirigeant et de la personne morale

L'admission de la responsabilité pénale de la personne morale est loin d'être universelle¹⁹². C'est ainsi que dans un grand nombre de pays, cette responsabilité est exclue à titre de règle

¹⁸⁹ V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, 1999, p. 32.

¹⁹⁰ V. M. DAURY-FAUVEAU, M. BENILLOUCHE (dir), *Dépenalisation du droit des affaires et responsabilité pénale de la personne morale*, P.U.F, 2009 ; T. DALMASSO, *La responsabilité pénale de la personne morale*, EFE, 1996.

¹⁹¹ ACE, *Propositions pour une dépenalisation du droit des affaires*, 2008, p. 15.

¹⁹² J. PRADEL, *Droit pénal Comparé*, 3^{ème} éd., 2008, p.164.

générale¹⁹³. Tel est le cas de Madagascar. Longtemps en Europe, seule l'Angleterre a connu ce type de régulation des entreprises. En France, le principe est devenu, depuis 1992, celui de la responsabilité pénale de la personne morale. L'article 121-2 alinéa 1^{er} du code pénal français (entré en vigueur le 1^{er} mars 1994) stipulait « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Ainsi, la responsabilité pénale de la personne morale était une responsabilité spéciale et avait requis une disposition expresse de la loi d'incrimination.

L'exposé des motifs du code pénal de 1992 a justifié la réforme « *l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent par l'ampleur des moyens dont elles disposent à l'origine d'atteintes graves à [...] l'ordre public économique [...]* ». L'adoption du principe de la responsabilité pénale des personnes morales était aussi liée au constat que malgré les efforts entrepris pour remédier aux infractions d'affaires, le droit pénal des affaires conservait une trop large place à la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Alors qu'il s'agit de faits commis par d'autres personnes, dans le cadre d'une activité collective sur laquelle le chef d'entreprise ne pouvait personnellement et en toute hypothèse assurer la surveillance-responsabilité du fait d'autrui. En droit pénal, la responsabilité ne devrait sanctionner que le fait personnel¹⁹⁴.

Or, il faut bien reconnaître que la responsabilité pénale des dirigeants ne se trouverait pas allégée par l'institution de la responsabilité pénale de la personne morale. Deux principes se combinent : le principe du cumul des responsabilités pénales qui permet la condamnation du dirigeant et de la personne morale à raison d'un même fait (alinéa 3 de l'article 121-2)¹⁹⁵ et le principe de responsabilité d'emprunt qui conduit à ce que la personne morale emprunte à la personne physique tous les éléments de l'infraction (alinéa 1^{er})¹⁹⁶. L'institution du principe de la responsabilité pénale de la personne morale ne saurait donc pas conduire à un allègement de la responsabilité personnelle du dirigeant.

¹⁹³ *ibid.* p.165.

¹⁹⁴ T. DALMASSO, *La responsabilité pénale de la personne morale*, op.cit., p.3.

¹⁹⁵ « *La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs et complices des mêmes faits* ».

¹⁹⁶ Les infractions doivent avoir été commises « *pour leur compte, par leurs organes ou représentants* » ; V. T. DALMASSO, *La responsabilité pénale de la personne morale*, op.cit., p.65.

2. Une extension des champs du risque pénal

Alors qu'il était sérieusement question de limiter l'intrusion du droit pénal dans le droit des affaires, la loi Perben II de 2004 a mis fin au principe dite de spécialité de la responsabilité pénale de la personne morale en supprimant de l'article 121-2 du code pénal les termes « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* ». Depuis cette loi, les personnes morales sont susceptibles d'être responsables de toutes les infractions. Cette généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales serait donc en contradiction avec la dépenalisation du droit des affaires. Certes, la responsabilité pénale des personnes morales ne concerne pas que le droit des affaires¹⁹⁷ mais elle y tient son importance puisqu'elle touche les entreprises en particulier¹⁹⁸. La généralisation de la responsabilité des personnes morales a ainsi considérablement étendu le champ des risques encourus par les entreprises. Entrée en vigueur le 31 décembre 2005, elle a ouvert des perspectives immenses à la responsabilité pénale des personnes morales dans des domaines où celle-ci n'était pas accueillie notamment dans les droits fiscal, douanier, des sociétés, etc.¹⁹⁹ A ce titre, on citera par exemple le cas de l'abus de biens sociaux pour lequel une personne morale dirigeante d'une autre personne morale pourra désormais être poursuivie.

B. Vers une dépenalisation jurisprudentielle au profit de la personne du dirigeant ?

1. Une conception anthropomorphique de la responsabilité pénale des personnes morales

La jurisprudence française a accompli en 2006 une discrète révolution. L'article 121-2 alinéa 1^{er} du code pénal français subordonne la responsabilité pénale au constat d'une infraction commise « *pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Fidèle à la lettre de ce texte, la Cour de cassation française avait consacré la thèse de la responsabilité reflet ou par ricochet²⁰⁰ selon laquelle la responsabilité pénale des personnes morales est le reflet exact de la responsabilité pénale de la personne qui la représente. En pratique, il incombe au juge de caractériser tous les

¹⁹⁷ Elle soulève également des problèmes dans le domaine des infractions de droit commun telles que l'homicide,...

¹⁹⁸ « *La responsabilité des personnes morales s'est concentrée sur le droit des entreprises* » affirme Jacques –Henri ROBERT, J.-H. ROBERT, « *De l'insécurité juridique : de l'incrimination à la répression, du risque pénal au risque civil* », in « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », 2008, p. 18.

¹⁹⁹ Avant l'extension de la responsabilité, la personne morale n'était pas punissable pour banqueroute, pour abus de biens sociaux, ou pour fraude fiscale, etc. V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, op.cit. ; A.C.E., *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 15.

²⁰⁰ Autrement dit, une responsabilité par représentation ou par redondance.

éléments, tant matériel que moral de l'infraction dans la personne physique de l'un de ses représentants dont la personne morale emprunte la criminalité.

Cependant, deux arrêts du 20 juin 2006 ouvrent la voie à une conception anthropomorphique de la responsabilité pénale des personnes morales. Si auparavant la Chambre criminelle excluait la responsabilité de la personne morale à défaut de précision suffisante donnée par les juges du fond sur l'organe ou le représentant auteur de l'infraction, ici le premier arrêt déclare : « *une société [...] ne saurait se faire un grief de ce que les juges du fond l'aient déclarée coupable [...] sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit, dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société ; que par ses organes ou représentants* »²⁰¹. Le second arrêt, quant à lui, a censuré une décision qui excluait une faute commise par la personne morale alors que l'organe ou représentant coupable ne soit désigné²⁰². La responsabilité pénale des personnes physiques se double désormais d'une responsabilité pénale directe des personnes morales.

Mais peut être assiste-t-on en réalité à un transfert de la responsabilité pénale de la personne physique vers la personne morale ?

2. Un transfert de la responsabilité de la personne physique vers la personne morale

Plusieurs indices tels que l'interprétation jurisprudentielle extensive de certaines conditions de la responsabilité pénale des personnes morales pourraient confirmer un transfert de la responsabilité pénale de la personne physique vers la personne morale²⁰³. En effet, plus intéressantes sont les conditions auxquelles les personnes morales sont responsables²⁰⁴. Toutefois, la loi Perben II a exclu du champ d'application de cette responsabilité certaines infractions. Ainsi, si la responsabilité pénale de la personne morale est devenue le principe, elle connaît quelques exceptions.

Au fil des années, la Cour de cassation a estimé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher l'organe ou le représentant ayant commis l'infraction. Il est vrai que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques (alinéa 3 de l'article 121-2) mais concernant les délits non intentionnels, les personnes morales sont soumises à un régime plus

²⁰¹ Cass. crim. 20 juin 2006, dr.pén. 2006, comm.128.

²⁰² Cass. crim. 20 juin 2006, D.2007, 617.

²⁰³ V. M. DAURY-FAUVEAU, M. BENILLOUCHE (dir), *Dépénalisation du droit des affaires et responsabilité pénale de la personne morale*, op.cit.

²⁰⁴ J.-H. ROBERT, « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », op.cit., p. 18.

répressif que les personnes physiques. En effet, ces dernières ne peuvent être poursuivies que si la faute par elles commise a exposé autrui à un risque d'une particulière gravité que son auteur ne pouvait ignorer (article 121-3 alinéa 3) alors qu'une simple faute pourrait permettre d'engager la responsabilité pénale de la personne morale²⁰⁵. En définitive, la responsabilité de la personne morale s'est divisée en deux : une responsabilité de plein droit pour les délits non intentionnels et une responsabilité accessoires pour les délits intentionnels.

La généralisation de la responsabilité des personnes morales a créé de nouvelles incertitudes. Certains auteurs reprochent à la dépenalisation du droit des affaires et à la responsabilité pénale des personnes morales d'être sources de désordre pour le droit des affaires²⁰⁶. En effet, cette dernière soulève de nombreuses difficultés.

C. Une pénalisation constitutionnelle du droit des affaires

L'articulation entre pénalisation des comportements et régulation des marchés pose le problème du cumul des sanctions dans le domaine financier²⁰⁷ et celui de la concurrence²⁰⁸. L'Autorité des Marchés Financiers et l'Autorité de la concurrence peuvent prononcer et ce, parallèlement aux juridictions répressives, des sanctions administratives qui, tout en étant distinctes des sanctions pénales, s'en rapprochent par leur caractère fortement punitif. Ce cumul atteint l'entreprise avec la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales.

1. En droit de la concurrence

En matière de concurrence, jusqu'à l'entrée en vigueur du principe de généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, les sanctions relevaient du Conseil de la concurrence (actuellement Autorité de la concurrence). Il n'existait pas réellement de cumul entre sanctions pénales et sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence car cette dernière sanctionnait des personnes morales, le juge pénal prononçant pour sa part des sanctions à l'encontre des personnes physiques.

Mais une inquiétude pourrait légitimement surgir de cette réforme qui conduit à intégrer les personnes morales par le biais de l'article L. 420-6 du code de commerce français dans le droit

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ J. LEFEBVRE, « La dépenalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ? » in Désordre(s), P.U.F, 1997, p. 248suiv.

²⁰⁷ Manquement et délit d'initié, délit de communication d'information privilégiée doublée d'un manquement administratif, diffusion d'informations fausses ou trompeuses également susceptibles de sanctions administratives.

²⁰⁸ Le droit des pratiques anticoncurrentielles et celui des pratiques restrictives de concurrence.

pénal de la concurrence. C'est donc la loi Perben II qui, en instaurant la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, a instauré un cumul de sanctions à leur encontre²⁰⁹. Toutefois, dans les faits, certains mécanismes existent déjà pour régir l'articulation entre les deux procédures : la possibilité pour le juge de consulter l'autorité pour avis et la possibilité pour celle-ci de transmettre les affaires concernant des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale au juge²¹⁰.

2. En droit boursier

En matière financière, les comportements visés sont ceux des personnes morales, mais tout autant si ce n'est plus ceux de personnes physiques. Dès lors, le droit boursier est sans doute le principal domaine concerné par le cumul étant précisé que les infractions boursières constituent tant des violations de la réglementation de l'Autorité des Marchés Financiers que des violations de la loi pénale.

En effet, alors que le règlement n°90-08 de l'ancienne Commission des Opérations de Bourses définit le manquement d'initié, l'article 10-1 de l'Ordonnance 67-833 du 28 septembre 1967 définit le délit d'initié. Constitue un délit d'initié le fait pour les dirigeants d'une société anonyme et les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur de titres ou sur les perspectives d'évolution d'une valeur mobilière ou d'un contrat à terme négociable, d'avoir réalisé, ou sciemment permis de réaliser, sur le marché, soit directement, soit par personnes interposées, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations²¹¹.

En réalité, les mêmes faits constituent un manquement boursier. Deux sanctions coexistent : pénale, prononcée par le juge répressif, et administrative, prononcée par l'Autorité des Marchés Financiers.

3. L'approche constitutionnelle

La difficulté naît de la violation d'un principe général du droit pénal qui prohibe ce cumul de sanctions. Cependant, le Conseil constitutionnel français affirme que les sanctions administratives et pénales étant de nature différente, le principe selon lequel une personne ne

²⁰⁹ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 63.

²¹⁰ Ibid., p.64. ; V. pour l'absence de difficultés dans les faits, Quel droit pénal du droit pénal des affaires ?, op.cit., p.21suiv.

²¹¹ Article L.465-1 alinéa 1^{er} C.mon.et fin.

peut être punie deux fois pour le même fait (non bis in idem) ne s'applique pas²¹². Ainsi, dans l'ordre juridique français, ces deux types de sanctions coexistent et un même comportement peut constitutionnellement donner lieu à une sanction pénale et à une sanction administrative. Ce point marque une pénalisation du droit des affaires, l'hypothèse d'un cumul étant susceptible d'alourdir encore le poids des sanctions et notamment des sanctions pécuniaires.

Avant, ce cumul était tempéré par un double tempérament. Le premier a été organisé par le conseil constitutionnel lui-même sur la base du principe de proportionnalité : le montant global des sanctions administratives ne peut dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Le second tempérament résultait du principe de spécialité de la responsabilité pénale de la personne morale. En effet, aucun cumul de sanctions n'était possible que si la loi ne prévoyait expressément que les faits qui pourraient donner lieu à des sanctions de la part des autorités administratives pourraient également donner lieu à des poursuites et donc à des sanctions contre les personnes morales sur le plan pénal. Avec la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, ce second tempérament a disparu.

De même, la Cour de cassation française a jugé que des poursuites devant le juge répressif ne sont pas interdites parallèlement à une procédure conduite devant l'Autorité des Marchés Financiers²¹³.

De toutes ces considérations, il résulte qu'il est reproché à la dépénalisation d'être partielle, timide, sélective et source de désordre. C'est que le législateur, sans réelle philosophie générale sur la place du droit pénal en droit des affaires, tantôt dépénalise certains domaines et pénalise d'autres, tantôt après avoir dépénalisé, repénalise.

Ainsi, le législateur n'a dépénalisé qu'une partie des infractions quelle que soit la branche considérée. Plusieurs infractions sont maintenues et d'autres ont été même créées. Et quand il décide de dépénaliser, il est rare que le législateur procède à une franche dépénalisation, c'est-à-dire la suppression pure et simple de l'infraction.

Chapitre 2. Les particularités de la forme de la dépénalisation

Le mouvement effectif de dépénalisation est limité, nous l'avons vu, le droit des affaires n'ayant été dépénalisé qu'en partie. L'utilité d'un droit pénal des affaires empêche une dépénalisation complète de son contenu. Ce chapitre montrera que les mêmes considérations limitent

²¹² Déc.89-260 DC. du 28 juillet 1989.

²¹³ Cass. Crim., 1^{er} mars 2000.

doublément la dépénalisation. En effet, la partie du droit des affaires qui a été dépénalisée l'a été selon une forme partielle. Ainsi, la dépénalisation du droit des affaires est limitée aussi bien dans son domaine que dans sa forme. Il est à rappeler que la dépénalisation est une politique et recouvre, de ce fait, plusieurs modèles. « *Il n'existe en effet pas un seul modèle qui consisterait simplement en une abrogation de la qualification pénale* »²¹⁴. Ce modèle là est la forme de dépénalisation totale de l'infraction. Dans cette diversité, le mouvement est marqué par l'absence de véritables lignes directrices. Ce qui est certain, c'est que le législateur, en dépénalisant l'infraction, n'entend pas abandonner la répression de celle-ci (Section 1^{ère}). Et même dans certains cas, la dépénalisation qu'il opère favorise la dualité du système répressif, ce qui est à l'origine de dérives observées dans la pratique (Section 2).

Section 1^{ère}. Le maintien de la répression

Rares sont, avons-nous dit, les infractions qui ont été désincriminées. En effet, « *dans la vie des affaires le droit pénal, quand il semble disparaître change de forme mais pas de nature* »²¹⁵. Dépénaliser le droit des affaires, c'est souvent changer la forme de la répression. En d'autres termes, on sort du champ du droit pénal au sens strict pour rentrer dans le champ de ce qui est appelé « droit pénalisant »²¹⁶. Ainsi, l'infraction dépénalisée reste un comportement « interdit » qui appelle une sanction laquelle sera, par nature, répressive²¹⁷. L'appréciation de l'opportunité et de l'efficacité des sanctions alternatives fera l'objet d'une étude à part. Il convient ici de vérifier cette hypothèse selon laquelle la dépénalisation en droit des affaires ne signifie pas recul de la répression²¹⁸. Il s'agit tout simplement de réprimer autrement l'agissement interdit. Pour ce faire, sera identifié le choix de la méthode de dépénalisation fait par le législateur pour un domaine bien précis ou pour une infraction déterminée.

Paragraphe 1^{er}. Les modes de répression classiques

La sanction peut être civile, administrative, ou relever d'une toute autre autorité. En effet, la dépénalisation recouvre plusieurs mouvements normatifs qui ne sont pas exclusifs les uns des autres.

²¹⁴ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p.19.

²¹⁵ J.-H. ROBERT, « *La dépénalisation* », in Arch. phil. droit, 1997, p. 193.

²¹⁶ Le droit pénalisant comprend le domaine coordonné des sanctions civiles, commerciales, déontologiques et pénales du droit des affaires. V. Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », in Pouvoirs n°128, 2009, p. 90.

²¹⁷ Ibid. p. 91.

²¹⁸ J.-H. ROBERT, « *La dépénalisation* », op.cit., p. 197.

A. La répression administrative pour les infractions de masse

Généralement, pour la délinquance de masse, la sanction est d'abord infligée et seulement ensuite discutée en cas de difficultés. Tel est par exemple le cas des amendes et pénalités fiscales. En effet, la majorité des cas de fraudes fiscales sont traités au niveau de l'administration fiscale et du contribuable. Dès la constatation de l'infraction, l'administration prononce une amende ou pénalité suivant les textes régissant la matière, à savoir, le Code Général des Impôts et les lois de finances²¹⁹. Certaines infractions fiscales sont, quant à elles, réglées par voie de transaction, toujours entre l'administration fiscale et le contribuable.

Il en est de même pour la plupart des fraudes douanières. L'article 295 du Code douanier de 2006 reconnaît effectivement à l'administration douanière la faculté de transiger. La majorité du contentieux douanier est réglé par la voie transactionnelle. Les modalités d'exercice de la transaction font l'objet de réglementations précises au niveau de l'administration douanière²²⁰.

L'on note à partir de ces types de répression que la dépenalisation comporte, dans les cas sus cités, un processus de désindividualisation remarquable. Le souci de préserver les finances publiques et celui d'assurer le traitement égalitaire de tout opérateur économique constituent sans doute une explication de ce phénomène. L'impact de la réaction sociale sur l'individu semble être déplacé sur l'entreprise. Certains auteurs parlent à ce titre de « fiscalisation » de l'infraction²²¹.

L'évolution de la législation sur le chèque donne un autre exemple de migration de la répression mais cette fois-ci vers les autorités de la profession. La loi n°2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèques a prévu l'institution de la mesure d'interdiction bancaire automatique d'émettre des chèques encourue par le tireur et notifiée par le banquier au tireur dès la constatation de l'incident. Une faculté de régularisation consistant dans le règlement du chèque est ouverte à celui-ci afin de l'inciter à désintéresser rapidement le bénéficiaire du chèque impayé. Ce type de répression s'analyserait comme une sanction civile préalable des émetteurs de chèques sans provision par la mise à contribution des institutions bancaires qui se substituerait à une sanction pénale systématique²²².

²¹⁹ V. annexe III.

²²⁰ V. annexe II.

²²¹ M. VAN DE KERCHOVE, « *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation* », in *Déviance et Société*, 1981, Vol 5, n°1, p. 10.

²²² V. notamment, B. ANDRIAMIHANTA, « *Commentaires de la loi sur les chèques* », in *Revue de la MCI*, février 2005, n°17, p. 3suiv.

Cette même loi a également prévu un mécanisme de prévention des incidents de paiement qui est rendu possible par la création d'un système d'information centralisé auprès de la Banque Centrale de Madagascar. Notons que l'infraction de l'émission sans provision fait également partie de la délinquance de masse que Foucault aime appeler les « illégalismes populaires » faisant, à l'instar des amendes fiscales, l'objet de répression sans discussion préalable.

B. L'intervention du juge civil dans la répression

En revanche, dans certains domaines comme le droit des sociétés ou de la consommation, le juge civil joue un rôle fondamental. En droit des sociétés, dans le cas où les agissements des dirigeants échappent à la répression pénale alors qu'ils causeraient des préjudices aux tiers ou aux créanciers, voire aux associés ou actionnaires, ceux-ci peuvent intenter une action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux. Cette action est prévue par les articles 180 à 181 de la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales. Ce n'est là que l'application de l'article 1382 du Code Civil français ou de l'article 204 de la loi relative à la Théorie Générale des Obligations. L'action peut être intentée individuellement par les tiers (article 181 alinéa 2), ou individuellement par l'actionnaire (article 181 alinéa 1) et lorsque c'est la société elle-même qui est victime du préjudice causé par la faute du dirigeant, un ou plusieurs associés peuvent exercer l'action sociale (articles 183 et 184). En application des règles de droit commun, doivent être prouvés une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

Plusieurs autres sanctions civiles existent également en droit des sociétés. En France, par exemple, la loi NRE du 15 mai 2001 a créé les injonctions de faire pour dépénaliser certaines infractions en droit des sociétés. Par ailleurs, aussi bien à Madagascar qu'en France, le mécanisme de la nullité de l'acte passé en fraude de l'obligation légale ou contractuelle a été utilisé pour sanctionner un événement passé.

Civiles, administratives, professionnelles, ces différentes sanctions ne sont pas choisies au hasard par le législateur. A une infraction dépénalisée correspond une sanction alternative plus appropriée que d'autres. Néanmoins, il ne peut être prétendu l'exhaustivité de ces formes énumérées de répression utilisées par le législateur dans les différentes lois de dépénalisation. Les techniques juridiques en la matière sont nombreuses : les amendes civiles, les sanctions civiles contractuelles, le contrôle préalable, les injonctions administratives, etc.

Toutefois, il est estimé utile de signaler l'existence d'une forme particulière relativement moderne de répression. Elle concerne « *les manquements de puissances financières peu nombreuses* »²²³.

Paragraphe 2. La répression sous l'angle de la régulation²²⁴

A. Le choix de la régulation

Des infractions d'affaires autrefois incriminées pénalement sont aujourd'hui parfois incriminées administrativement sous l'angle de la régulation. La régulation peut être définie comme la « *tâche qui consiste à assurer entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi tout en précisant que le rôle de l'Etat est moins de commander aux acteurs sociaux que d'établir entre eux des règles du jeu et de veiller à ce qu'elles soient respectées* »²²⁵. Pour assurer cette fonction de régulation, le législateur a créé des autorités administratives telles que l'Autorité des Marchés Financiers²²⁶, le Conseil de la concurrence²²⁷ ou l'Autorité de la concurrence²²⁸, respectivement en droit boursier et en droit de la concurrence, pour réprimer par la sanction administrative des comportements hier punis par la peine pénale. Les fautes à sanctionner sont des atteintes à la concurrence et des indécences boursières. Ces instances sont communément appelées autorités administratives indépendantes. En matière boursière par exemple, la dépénalisation apparaît par l'absence de création d'incriminations pénales nouvelles et par le développement d'incriminations administratives²²⁹. Des secteurs économiques ayant pour particularité leur technicité connaissent également l'apparition de ces autorités spécialisées. Tel est par exemple le cas du secteur pétrolier aval où l'Office Malgache des Hydrocarbures (OMH) joue le rôle d'autorité de régulation²³⁰. A Madagascar, les autorités administratives indépendantes sont d'une création très récente, pour tout le moins en ce qui concerne le droit des affaires.

²²³ J.-H. ROBERT, « *La dépénalisation* », op.cit., p. 196.

²²⁴ V. notamment, M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le droit de la régulation* », in Le Dalloz, 2001, n° 7, pp. 610-616 ; C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT (dir), *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F, Les voies du droit, 1988.

²²⁵ F. GAZIER, Y. CANNAC, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, ECDE, 1983-1984, n°35, p.20.

²²⁶ Ancienne Commission des opérations de bourses créée par l'Ordonnance n°67-833 du 08 septembre 1967, devenue Autorité des marchés financiers en application de la loi sur la sécurité financière de 2003.

²²⁷ Créé par la loi malgache n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence.

²²⁸ Ancienne Conseil de la concurrence créée par l'Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 devenue Autorité de la concurrence en application de la loi de modernisation de l'économie de 2008.

²²⁹ J. LEFEBVRE, « *La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?* » in Désordre(s), P.U.F, 1997, p.246.

²³⁰ Article 3 du décret n°2004-670 fixant le statut et les attributions de l'Office Malgache des Hydrocarbures.

Pour expliquer l'approche choisie par le législateur pour réprimer les comportements anticoncurrentiels, les manquements boursiers ou les manquements aux règles prévues dans le cadre de secteurs techniques tels que le secteur pétrolier aval, il serait approprié de se référer au rapport du groupe de travail dirigé par M. Coulon en 2008 sur la dépénalisation de la vie des affaires²³¹. En effet, ce rapport, pour rejeter l'idée de créer une autorité administrative indépendante spécialisée en matière de consommation, estime que « *le droit de la consommation n'est pas assez sectoriel pour justifier une régulation administrative* »²³².

A contrario, le choix de la régulation fait par le législateur serait donc fondé sur la considération que le droit boursier ou le droit de la concurrence est « assez sectoriel » pour justifier la création de l'autorité de régulation. Cependant, bien que la régulation concerne principalement le droit de la concurrence et plus précisément un secteur de la concurrence²³³, des doutes sont permis quant à la difficulté d'appliquer celle-ci au droit de la consommation.

Dans tous les cas, il est certain que pour le législateur malgache, la création du Conseil de la concurrence par la loi n°2005-020 s'inscrit entre autres considérations, dans le mouvement général de modernisation du droit des affaires et entendue ainsi, dans la mise en conformité de la loi malgache sur la concurrence avec les législations plus avancées.

B. Le pouvoir répressif des autorités de régulation

La loi accorde généralement un pouvoir sanctionnateur à ces autorités. L'Autorité des Marchés Financiers et l'Autorité de la concurrence en France, le Conseil de la concurrence à Madagascar mais aussi l'OMH sont ainsi chargés de prononcer et d'appliquer les sanctions prévues pour réprimer les manquements relevant de leur domaine respectif. Les sanctions seront celles qui sont prévues par la loi. A ce titre, elles varient selon le manquement réprimé allant du simple avertissement jusqu'à la transmission du dossier au parquet en passant par des injonctions de faire, des amendes et autres sanctions pécuniaires. Mais dans les faits, la voie transactionnelle est souvent préférée par les parties. Selon la doctrine, l'autorité publique aurait trouvé là un moyen d'instituer un droit à caractère disciplinaire, construit par ces autorités administratives²³⁴. Contrairement aux sanctions des fraudes fiscales ou douanières, dans la régulation, chaque affaire est appréciée, au cas par cas. La sanction est, à l'instar de la sanction pénale, individuelle.

²³¹ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, La documentation française, 2008.

²³² Ibid., p. 39.

²³³ Ch. DU TERTRE, « *La dimension sectorielle de la régulation* », in R. BOYER, Y. SAILLARD (dir), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, pp. 313-322 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le droit de la régulation* », D. 2001, chron., pp. 610-616 ; « *Les nouveaux champs de la régulation* », in *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 109, pp. 53-64.

²³⁴ J. LEFEBVRE, « *La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?* », op.cit., p. 248.

Toutefois, il convient de signaler l'existence d'autorités administratives en matières fiscale et douanière. Le gouvernement a mis en place récemment deux nouvelles institutions pour favoriser d'une part « *le dialogue entre le secteur privé et les administrations et d'autre part l'implication réelle du secteur privé dans le règlement des litiges avec l'administration* »²³⁵. La première institution s'appelle la Commission Fiscale de Recours Administratif créée en 2008. Cette structure est appelée à donner des avis pour un litige en matière fiscale. Toutefois, les parties concernées ne sont pas obligées de suivre l'avis de la Commission. Dans la foulée, il a été également institué la Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière. Cette Commission constitue « *un organe de recours pour des opérateurs qui contestent les sanctions douanières qui leur sont infligées à la suite de la constatation d'une infraction au moment du dédouanement des marchandises par les service de la douane* »²³⁶. A l'instar des conclusions de la Commission Fiscale de Recours Administratif, celles de la Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière ne lient pas obligatoirement les parties. La mise en place de ces institutions constitue une avancée remarquable des nouveaux modes alternatifs de règlement de litiges pour éviter de porter les affaires devant les tribunaux mais également pour humaniser les relations entre le public et le privé. Si le défaut du pouvoir sanctionnateur ne semblerait pas faire obstacle à la qualification d'autorité administrative indépendante à ces différentes Commissions, il empêche la qualification d'autorité de régulation.

Par ailleurs, il arrive dans certains domaines et pour certains manquements que ce sont les services ou directions particulières de l'Administration qui jouent cette fonction de régulation. C'est par exemple le cas du Ministère chargé du Commerce pour les atteintes à la concurrence autres que celles qui relèvent du Conseil de la concurrence²³⁷. Il en est de même pour les atteintes au bien-être des consommateurs. Les mêmes sanctions administratives que celles prononcées par les autorités de régulation sont applicables.

Enfin, toujours concernant la forme de la sanction, une méthode sans doute moins évidente que les précédentes, la dépénalisation peut tout simplement consister à assouplir la répression pénale.

²³⁵ R. JAKOBA, « *La Commission Fiscale de Recours Administratif et La Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière* », in Revue du MCI n°42, 2^{ème} trimestre 2008, p. 3.

²³⁶ Ibid. ; Direction Générale de la Douane, *Manuel des procédures contentieuses douanières*.

²³⁷ Article 28 de la loi n°2005-020 sur la concurrence ; article 35 du décret n°2008-771 fixant les conditions d'application de la loi n°2005-020 sur la concurrence : « (...) le ministère chargé du commerce veille à la régulation et au bon fonctionnement des marchés sous leurs divers aspects (...) ».

Paragraphe 3. La désincrimination

Peut-être le mode le plus discret de dépénalisation, la désincrimination est pourtant la forme la plus usitée par le législateur. Elle peut être « sèche »²³⁸ ou s'accompagner de la mise en place de sanctions alternatives (celles qui ont été développées supra).

A. La désincrimination sèche

La désincrimination sèche est la décriminalisation au sens strict c'est-à-dire que le comportement sort de la sphère pénale sans entrer dans un nouveau champ de répression. Tels ont été les cas des infractions relatives au prix²³⁹. Mais souvent, le comportement demeure une infraction prévue et punie par une loi pénale. Sont modifiés soit la qualification de l'infraction soit ses éléments constitutifs soit les peines.

B. Le changement de qualification

Il peut s'agir d'une contraventionnalisation. En France, l'émission de chèque sans provision, avant sa dépénalisation complète, a été contraventionnalisée. Suivant une loi du 3 janvier 1972, l'infraction d'émission sans provision n'était plus qu'une contravention si le chèque était d'un montant inférieur à 1 000 francs²⁴⁰. Il peut également s'agir d'une correctionnalisation. A ce titre, l'on peut citer la banqueroute frauduleuse qui fut jadis un crime et qui, depuis la loi du 25 janvier 1985 est devenue un délit²⁴¹.

C. Modifications des éléments de l'infraction

Sont modifiés l'élément intentionnel, l'élément matériel ou l'élément légal de l'infraction. La dépénalisation par modification de l'élément intentionnel consiste à renforcer les conditions de l'incrimination en exigeant la mauvaise foi ou la fraude de la part du délinquant. Ainsi par exemple, l'élément intentionnel des infractions douanières a été modifié par le Code des douanes de 2006. Si, avant cette réforme, les infractions douanières étaient réputées par leur caractère matériel, désormais la loi permet au juge de prendre en considération l'élément intentionnel de l'infraction ; il en est de même pour l'infraction prévue à l'article 49 de la loi n°2005-020 sur la

²³⁸ Rapport COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 20.

²³⁹ Article 61 de l'ordonnance 73-054 du 11 septembre 1973 portant refonte de l'Ordonnance n°60-129 du 3 octobre 1960 relative au régime des prix et à certaines modalités d'intervention en matière économique.

²⁴⁰ V. Y. CHAPUT, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement*, P.U.F, 1992, p.179, n°269.

²⁴¹ V. F. DERRIDA, « La dépénalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », *Rev.sc.crim.*, 1989, p.658 ; J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p. 471.

concurrence. La participation personnelle à une pratique anticoncurrentielle collective ne constitue plus une infraction que si elle a été commise « d'une manière frauduleuse et déterminante ». En outre, la dépenalisation par modification de l'élément matériel consiste à supprimer un fait comme n'étant plus caractéristique d'une infraction laquelle demeure incriminée. Les éléments matériels des infractions de banqueroute ont été, entre autres, modifiés en France par la loi de 1985, à Madagascar par la loi n°2003-042 sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif. Certains anciens cas de banqueroute tels que les dépenses successives ont disparu et d'autres, comme le paiement préférentiel d'un créancier, sont devenus des causes de faillite personnelle, laquelle n'est pas une infraction en soi²⁴². La dépenalisation par modification de l'élément légal se confond avec la désincrimination sèche.

D. L'allègement des peines

Il s'agit d'abaisser les peines d'amendes pénales ou de réduire la durée d'emprisonnement encourue pour une infraction déterminée. Cette méthode a aussi souvent été employée par le législateur. En matière douanière, le Code des douanes de 2006 a prévu un abaissement général des amendes. De même en droit du chèque, l'Ordonnance antérieure de 1972 a réduit à deux ans la peine maximale d'emprisonnement pour toute infraction relative au chèque. Cette technique a pour principal objectif d'inciter le juge à appliquer la peine plutôt que de décider un classement sans suite.

Section 2. Les dérives de la mise en œuvre

Les effets escomptés de la dépenalisation ne sont pas toujours positifs pour l'efficacité du contentieux des affaires. Par conséquent, ils ne sont pas favorables au développement de la vie des affaires. Si apparemment la dépenalisation transfère le pouvoir sanctionnateur à une autre autorité, en réalité elle crée une superposition de la sanction pénale avec les nouvelles sanctions, créant une insécurité juridique et une ineffectivité de certaines sanctions nouvelles.

Paragraphe 1^{er}. Un transfert apparent du pouvoir sanctionnateur

A. La dépossession du juge pénal

La majorité, sinon l'unanimité de la doctrine s'accorde à dire que la dépenalisation du droit des affaires diffère de la dépenalisation des infractions de droit commun²⁴³ en ce que cette dernière

²⁴² Ibid.

²⁴³ Les infractions de droit commun sont celles prévues par le code pénal.

emporte souvent disparition de toute sanction juridique attachée à la norme, c'est-à-dire suppression pure et simple de l'infraction, alors que la première « substitue une sanction civile ou administrative à une sanction jusque-là pénale²⁴⁴ ». D'où l'appellation de « sanctions de substitution » attribuée à ces nouvelles sanctions²⁴⁵.

L'abandon de toute sanction juridique qui aboutit en pratique à l'abolition (ou au moins à l'affaiblissement considérable) du caractère juridique de la norme à laquelle elle était attachée est un évènement très rarement observé (même pour les infractions de droit commun)²⁴⁶. En revanche, l'abolition d'une sanction pénale au profit d'une autre qui ne l'est pas serait un sujet très actuel. C'est ce que semble montrer nos précédentes réflexions sur le changement de la forme de la répression en droit des affaires. Par conséquent, au niveau de l'autorité investie du pouvoir sanctionnateur, la dépénalisation, opérant par un jeu de vases communicants, déposséderait le juge pénal au profit soit du juge civil, soit de l'administration soit d'une autorité disciplinaire,... Le champ de compétence du juge pénal se trouverait ainsi réduit par la dépénalisation.

B. L'approche française

La pénalisation du droit des affaires soumet le chef d'entreprise ou plus généralement l'opérateur économique au contrôle du juge répressif. Dépénaliser, c'est par définition retirer à ce juge tout pouvoir de sanction²⁴⁷. L'approche française de la dépénalisation du droit des affaires consiste à maintenir une place pour le juge. La solution qui consiste à confier la sanction à un juge civil ou commercial est alors privilégiée par les spécialistes en la matière, attachée au « *maintien d'une autorité juridictionnelle rempart de l'arbitraire*²⁴⁸ ». Dépénaliser c'est alors favoriser l'attractivité de la justice civile²⁴⁹, la voie civile étant plus pacificatrice et moins infamante²⁵⁰. Certains auteurs proposent à cet effet de rendre « plus attractive économiquement²⁵¹ » l'action civile.

²⁴⁴ M.-T. CALAIS-AULOY, « *La dépénalisation en droit pénal des affaires* », D.1988, chr., p.315., n°2, note 5. V. également, J. LEFEBVRE, « *La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?* », op.cit., pp.245-253.

²⁴⁵ Cette dénomination est surtout utilisée par le groupe de travail présidé par M. COULON, J.-M. COULON, op.cit.

²⁴⁶ Il n'intéressait que les règles gouvernants les mœurs, avec la disparition en 1791 des incriminations du blasphème, du suicide, ou de l'homosexualité puis au cours du XIX^{ème} siècle avant la levée des entraves pénales qui pesaient sur la liberté syndicale et le droit de grève.

²⁴⁷ ACE, *Propositions pour une dépénalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 5.

²⁴⁸ ACE, op.cit., p.5.

²⁴⁹ J.-M. COULON, op.cit., p.86suiv.

²⁵⁰ JULES, « *Le rapport sur la dépénalisation du droit des affaires* », in Alternatives économiques n°267, mars 2008.

²⁵¹ Cette proposition montre l'influence de l'approche économique sur les considérations juridiques. Certains dénoncent une américanisation du droit, mais il est un fait que les aspects économiques sont une motivation puissante de l'action. V. J.-M. COULON, op.cit., p. 87.

Néanmoins, le véritable fondement de cette approche est la considération selon laquelle le corollaire de la contractualisation est l'intervention du juge civil alors que les systèmes dirigistes se traduisent par l'intervention du juge pénal²⁵². Dans tout contexte contractuel, ainsi dans un système contractuel de droit de sociétés par exemple, les différends doivent être soumis au juge civil, car si l'on essaie de définir une économie de marché, une économie libérale, le critère fondamental serait le fait que le conflit privé est résolu devant les tribunaux civils²⁵³. Se mélangent ainsi droit civil et droit pénal, justice civile et justice pénale, responsabilité civile et culpabilité ; les intérêts collectifs prétendent être l'intérêt général²⁵⁴. Favorables à cette approche, doctrine (pénaliste et commercialiste), parlementaires, et praticiens ont préconisé de confier au juge civil certains conflits qui relevaient du juge pénal ; dans la même optique, il a été souvent proposé de mettre en œuvre, dans le droit de la consommation, « l'action de groupe » devant le juge civil. Il s'agit de permettre à une association d'exercer une action au nom du groupe. Les consommateurs intéressés pourraient se déclarer à l'action. Mais la décision rendue aurait autorité de la force jugée à l'égard de tous les consommateurs placés dans la même situation et leur donnerait un titre exécutoire contre le professionnel condamné.

Ces différents points montrent la préférence française à déposséder le juge pénal d'un certain pouvoir répressif pour en investir le juge civil. Substituer des sanctions civiles à des sanctions pénales inutiles²⁵⁵, telle est la conception française de la dépenalisation du droit des affaires. Certes, l'existence d'un contrôle juridictionnel évite les éventuels abus mais cette proposition de la doctrine suscite des déconvenues.

C. L'approche malgache

Les poursuites des infractions d'affaires à Madagascar sont principalement des poursuites administratives. Il est observé qu'elles le sont plus aujourd'hui qu'avant les différentes réformes effectuées au niveau des différents domaines du droit des affaires. La dépenalisation du droit malgache des affaires déplacerait ainsi le pouvoir de punir du juge pénal vers l'administration.

²⁵² Ce qui reviendrait à dire que la pénalisation serait une forme de l'intervention de l'Etat et la dépenalisation qui serait le retrait de l'Etat doit par conséquent investir le pouvoir répressif à une autorité qui n'est pas attachée à l'Etat : la justice civile. V. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, P.U.F., 1986.

²⁵³ Mais il faut souligner que le droit français a toujours eu un concept très institutionnel de la société où le capital est une notion juridique et où la notion d'intérêt social prime l'intérêt de l'actionnaire. Il s'agirait là d'un intérêt général dont la réglementation s'accompagne de la pénalisation.

²⁵⁴ D. DE COURCELLES, « *Le regard d'un philosophe sur l'articulation entre droit pénal, vie des affaires et protection de la société civile* », in « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », 2008, p.10.

²⁵⁵ « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », op.cit., p. 11.

Les transactions douanières sont de plus en plus importantes en nombre et en montant ; elles deviennent même le mode « normal » de règlement de litige. Les infractions commises dans le cadre d'un secteur économique donné sont souvent réglées par une mise en demeure, un avertissement, des injonctions administratives et parfois par des sanctions pécuniaires prononcées par l'administration. Souvent, le comportement préjudiciable l'intérêt général – atteint peu une victime précise, ce qui rendrait plus rarement utile un recours devant le juge civil. C'est ainsi que le législateur malgache tend à élargir les domaines où de nouvelles institutions administratives auront pour compétence de statuer sur ces comportements interdits.

Cependant, ce mouvement connaît des dérives inquiétantes. Au lieu de transférer tout le pouvoir de réprimer à l'administration pour une infraction donnée, le législateur crée un partage de pouvoir entre cette dernière et le juge pénal.

Paragraphe 2. Juxtaposition des sanctions pénales et des sanctions nouvelles

A. La dualité du système répressif des affaires

Les demandes de dépenalisation sont rarement satisfaites par le législateur sous leur aspect négatif (suppression de la sanction pénale) mais volontiers sous leur aspect positif (création de la sanction nouvelle extra pénale superposé à la sanction pénale). On voit alors se développer les autres réponses de type administratif, civil, parfois disciplinaire sans que pour autant la réponse pénale disparaisse, du moins dans les textes. Les sanctions extra pénales ne sont plus, à cet effet, des sanctions de « substitution ». En effet, plutôt que de choisir entre les sanctions, le législateur les multiplie en édictant plusieurs sanctions pénales, plusieurs sanctions administratives ou en cumulant sanctions administratives et sanctions pénales. Il est ainsi fréquent qu'un dispositif répressif combine sanctions pénales et sanctions administratives. Il en est ainsi par exemple de la loi n°2004-003 du 24 juin 2004 portant libéralisation du secteur pétrolier aval et modifiant certaines dispositions de la loi n°99-010. Cette loi confie à l'Office Malgache des Hydrocarbures le pouvoir de prononcer et d'appliquer les sanctions en cas d'infractions aux règles qu'elle édicte. L'article 37 nouveau de cette loi dispose : *« en cas d'infractions dûment constatées, selon leur gravité, et sans préjudice des sanctions pénales prévues par les lois en vigueur, les sanctions ci-après peuvent être appliquées : avertissement ; suspension des activités ou des travaux, annulation des licences ; les sanctions ci-dessus sont assorties d'amendes. Les infractions prévues par les paragraphes E et F de l'article 36 ci-dessus sont passibles d'emprisonnement ou d'amendes »*. Il faut reconnaître que ce cumul de sanctions existe dans de

nombreux domaines en dehors du droit des affaires, une sanction pénale n'excluant pas souvent l'application d'une sanction disciplinaire par exemple.

Par ailleurs, il convient de souligner que le cumul de sanctions dont il est question diffère de celui qui résulte de la généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale, lequel constitue un problème propre à la législation pénale des affaires française, une « spécificité française » pour reprendre l'expression de la doctrine. Cette juxtaposition de sanctions résulte plutôt du caractère désordonné du mouvement effectif de dépenalisation. Toutefois, le même principe semblerait s'appliquer : la règle non bis in idem n'interdit pas le cumul de sanctions pénales et de 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 pas²⁵⁶.

B. L'insécurité juridique dans le jeu des sanctions alternatives

Cette dualité du système répressif n'est pas très propice à la sécurité du contentieux des affaires puisqu'elle pourrait favoriser l'arbitraire dans le traitement de chaque cas. La difficulté se pose lorsque le système extra pénal fonctionne selon des règles insuffisamment précises telle qu'une délimitation trop vague de l'infraction. De plus, la relation à la loi (légalité des incriminations) est beaucoup plus faible dans ces réseaux de sanctions extra pénales. C'est ainsi qu'une sanction, notamment administrative, peut être imposée alors que l'existence préalable d'une infraction n'aura pas été véritablement établie, l'administration faisant parfois jouer la menace d'une poursuite pénale pour obtenir l'adhésion du délinquant à la sanction.

Dans divers cas, l'infraction n'est pas établie par l'administration avec les mêmes garanties qu'en matière pénale. Il en est ainsi en matière douanière surtout lorsque l'infraction est réglée au niveau administratif par le moyen de la transaction. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un contrat, l'opérateur économique n'a de choix que d'acquiescer sans que l'administration ait à prouver l'existence d'une infraction véritable, celle-ci n'ayant fait concession que de renoncer à la poursuite pénale.

Or la voie pénale principale apparaît traumatisante pour celui qui la subit. Elle est difficilement acceptée par l'opérateur économique qui, dans certains cas, a commis une erreur de bonne foi. Ainsi la dépenalisation, par ses dérives, crée une juxtaposition de deux sanctions, l'une pénale et

²⁵⁶ Déc. n°89-260DC du 28 juillet 1989.

l'autre extra pénale qui, ni l'une ni l'autre ne semble être parfaitement adaptée à la vie des affaires.

A l'analyse, l'origine de ces dérives pourrait résider dans le fait qu'en gardant la sanction pénale, et en s'appuyant sur elle, le législateur minimise l'encadrement de la mise en œuvre de la sanction alternative. Il en résulte une grande insécurité juridique dans la mesure où celle-ci n'offre pas de garanties procédurales suffisantes à l'acteur économique. Pour M. DELMAS MARTY, ces sanctions administratives s'analysent davantage en une gestion des risques qu'en une répression des infractions²⁵⁷.

Dans une étude française publiée en 1995²⁵⁸, le Conseil d'Etat français recommande de ne prévoir le cumul des sanctions pénales et administratives que dans trois cas. D'abord, lorsque l'utilisation d'une sanction administrative est provisoire, dans l'attente d'une sanction pénale ; ensuite, 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) et enfin, lorsque la sanction pénale a un caractère exceptionnel (infraction à caractère frauduleux notamment).

Paragraphe 3. L'ineffectivité des sanctions nouvelles

La dépenalisation consiste quelque fois à développer le recours à des sanctions non pénales lors de la création d'incriminations nouvelles. En droit de la concurrence par exemple, pour pouvoir réprimer les personnes morales pour atteinte à la concurrence, le législateur a instauré le Conseil de la concurrence par la loi n°2005-020 du 17 Octobre 2005, la responsabilité pénale de la personne morale n'étant pas admise en droit malgache. Or, sept ans après la promulgation de cette loi, le Conseil n'est pas encore mis en place par le gouvernement. Cette situation empêche le Ministère chargé du commerce d'intervenir en cas de pratiques anticoncurrentielles collectives faute de compétence légale en la matière. La mise en œuvre des sanctions de substitution requiert beaucoup de prudence de la part du législateur surtout en termes de sécurité juridique et d'effectivité.

Seules ces considérations générales ont retenu notre attention dans la mesure où elles dégagent les aspects majeurs des dérives, surtout d'ordre pratique, de la dépenalisation du droit des affaires. Les problèmes liés à chaque forme de sanction seront développés ultérieurement dans la typologie des sanctions alternatives.

²⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, P.U.F, 1986.

²⁵⁸ ECDE, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, 1995.

Les mêmes préoccupations animent les arguments pour et les arguments contre la dépénalisation du droit des affaires et elles se résument dans le mot « sécurité ». C'est cette aspiration à la sécurité juridique des affaires qui pousse les tenants de la dépénalisation à demander des règles pénales moins nombreuses, claires, précises, cohérentes efficaces et effectives. En effet, il faut reconnaître que le droit pénal des affaires est devenu un droit hétérogène et banal qui ne suscite pas l'intérêt ni des juges ni du milieu des affaires. Seulement, les arguments en faveur de la dépénalisation paraissent quelque peu contradictoires. Réclamant plus de liberté, les acteurs économiques ainsi qu'un courant doctrinal dénoncent un risque pénal important pesant sur la vie des affaires. La pénalisation serait alors déplacée et excessive – le juge pénal instrumentalisé.

Or, un certain droit pénal des affaires est indispensable au développement de la vie économique elle-même. Il doit être maintenu. Garant de l'effectivité des règles et des principes édictés par le droit des affaires, le droit pénal des affaires assure également le respect de l'ordre public économique aussi bien de direction que de protection. Il permet à la fois de prévenir et de réprimer les fraudes d'une part, et de protéger les acteurs faibles contre les plus forts, d'autre part.

Par ailleurs, le droit pénal des affaires véhicule et défend des valeurs morales et éthiques essentielles à la vie des affaires.

Néanmoins, un redéploiement de ce droit est unanimement reconnu comme devant s'imposer. Ainsi, il ressort de l'analyse que la dépénalisation tient son caractère paradoxal des spécificités de la vie des affaires, notamment le concept de libéralisme qui contient en lui-même les germes des difficultés. Ces considérations placent le législateur devant un dilemme : la dépénalisation du droit des affaires contribuerait-elle à garantir plus de sécurité juridique aux acteurs et aux activités des affaires ?

Dans tous les cas, le principe n'est pas acquis définitivement. Le phénomène doit être ramené à des proportions relativement modestes, si l'on s'en tient à l'examen des transformations du seul droit positif. Les quelques mouvements de recul du droit pénal dans le droit des affaires ne suffisent pas à contrebalancer la pénalisation observée dans tous les secteurs de la vie économique, notamment la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales en France depuis une loi de 2004. Le droit des affaires n'a été ainsi dépénalisé que partiellement.

Un deuxième élément vient encore relativiser la portée effective de ce phénomène. C'est le fait que la dépénalisation de certains faits n'entraîne pas nécessairement leur décriminalisation. Bien

au contraire, il arrive fréquemment que la dépenalisation des infractions d'affaires s'accompagne d'une extension parallèle de leurs conditions d'incrimination ou de la volonté de les réprimer plus efficacement. Dans ce cas, le retrait ou la réduction du droit pénal peut être interprété sans contradiction comme une véritable extension de la répression ou comme d'autres formes de répression. Se trouvent principalement investis du pouvoir de sanctionneur l'administration, le juge civil ou aussi les organismes professionnels.

Ainsi, la dépenalisation enlève le caractère pénal de la sanction et la qualification pénale du comportement tout en lui substituant une sanction qui ne relève pas du pénal. Mais cette assertion est à nuancer. D'abord, certaines formes de dépenalisation consistent à maintenir le caractère pénal de la sanction. Sont modifiés soit la qualification de l'infraction, soit ses éléments constitutifs, soit les peines encourues.

Ensuite, l'analyse des parties législatives traitant du contentieux en droit des affaires montre que la doctrine est en présentation fautive de ces nouvelles formes de répression. Contrairement à ce qu'avancent plusieurs auteurs, il ne s'agit pas là de sanctions de substitution. En effet, ces sanctions jouxtent les sanctions pénales et non les substituent. Or, cette superposition de sanctions pénales et sanctions extra pénales conduit à des dérives inquiétantes dans la pratique, notamment des abus de la part de l'autorité nouvellement investie du pouvoir répressif et ineffectivité de la sanction alternative elle-même. C'est que le législateur organise mal le recours à la voie concurrente à la voie pénale. Ainsi, la voie pénale est toujours prévue par le législateur comme étant le dernier rempart des comportements quelle que soit leur gravité dans le cas où l'application de la sanction « alternative » soulèverait des difficultés.

En définitive, les tenants de la dépenalisation ne seraient satisfaits que par une meilleure application de tous les mécanismes de répression prévus, qu'ils soient pénaux ou non pénaux.

DEUXIÈME PARTIE - LES CONDITIONS D'UNE DÉPÉNALISATION RATIONNELLE

Un des principaux enjeux de la dépénalisation en droit des affaires est de « résoudre les contradictions entre l'éthique et la finalité économique²⁵⁹ ». Le genre nécessaire de dépénalisation est celui qui serait à la fois au service du droit des affaires qu'au droit pénal. Apparaît ainsi une recherche de dépénalisation ou de pénalisation rationnelle²⁶⁰ laquelle implique l'examen des différentes dispositions rattachées au droit et l'analyse de leur impact réel dans la pratique. De ce fait, l'objectif de la dépénalisation est d'améliorer la sécurité juridique et la confiance légitime de tous les acteurs économiques envers les normes et envers ceux qui les exécutent²⁶¹. Il s'agit de contribuer au développement de la vie des affaires à travers la garantie de l'effectivité des règles du droit des affaires, l'amélioration de son contentieux et cela n'exclut pas nécessairement une meilleure pénalisation de certaines matières relevant du droit des affaires. En effet, dépénaliser, c'est « restreindre le nombre de textes répressifs afin que leur application soit effective dans les cas où elle est vraiment nécessaire²⁶² ». Cependant, le véritable aboutissement de la dépénalisation va encore plus loin. Il sera question non seulement de réprimer plus efficacement mais surtout de « réguler » d'une manière efficiente l'ensemble des matières relatives aux activités d'affaires ainsi que les autorités concernées par la réglementation de la vie des affaires.

En premier lieu, une meilleure pénalisation implique une refonte du droit pénal des affaires : une reconsidération de la véritable fonction de la sanction pénale et surtout de la manière du droit pénal face aux rationalités économiques. En effet, le contexte a changé tant dans le fond que dans la forme : les relations et les frontières du droit pénal par rapport aux autres modes de sanction en ont été affectées. De ce fait, une meilleure pénalisation signifie un recentrage de son domaine mais aussi une meilleure efficacité de sa mise en œuvre dans les matières qu'elle régit. L'atteinte de cet objectif suppose alors un redéploiement cohérent donc réfléchi du droit pénal

²⁵⁹ Y. CHAPUT, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », in Pouvoirs n°128, 2009, p.93.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ J.-M. COULON, « Dépénalisation de la vie des affaires : « Construire un travail équilibré, cohérent, en proposant des règles claires » », in Revue Lamy Droit des affaires n°25, mars 2008.

²⁶² J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Masson, 1995, p. 16.

des affaires. En effet, les modifications apportées aux dispositions pénales relatives au droit pénal ne doivent plus être effectuées d'une manière ponctuelle. Elles doivent s'inscrire dans une réforme d'ensemble de façon à ce que leur contenu et leur application soient cohérents aussi bien avec le droit pénal général qu'avec le droit des affaires lui-même.

Si dépénaliser le droit des affaires ne signifie pas repli total du droit pénal du droit des affaires, doit en revanche être défini clairement le périmètre pénal dans le vaste champ du droit des affaires. En d'autres termes, les frontières du droit pénal doivent être délimitées d'une manière objective, tenant compte de l'équilibre à instaurer en permanence entre dynamisme économique et politique pénale. Une dépénalisation rationnelle est donc une dépénalisation équilibrée (Titre 1^{er}).

Cependant, la dépénalisation n'est pas aisée²⁶³. Elle est une entreprise à facettes multiples, tant elle ne saurait être réduite à un catalogue de suppressions et de modifications des incriminations pénales²⁶⁴. Et remplacer la sanction pénale par une autre qui ne l'est pas est certainement la phase la plus délicate de la dépénalisation du droit des affaires²⁶⁵. En effet, l'enjeu fondamental de la dépénalisation demeure la sécurité juridique des activités d'affaires. Le choix et la mise en œuvre des sanctions alternatives pourraient être compromettants pour l'atteinte de cet objectif de sécurité. Seulement, il n'est pas ici superflu de rappeler que la pratique connaît une importante dépénalisation de fait. Et le législateur gagnerait toujours à prendre en compte certaines de ces pratiques dans les textes pour mieux les encadrer. Ainsi, nous nous attellerons, dans le second titre, à déterminer comment l'amélioration de l'encadrement juridique des modes alternatifs de régulation pourrait garantir cette sécurité. Une dépénalisation rationnelle est aussi une meilleure organisation des modes de substitution (Titre 2).

²⁶³ ACE, *Propositions pour une dépénalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 20.

²⁶⁴ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 103.

²⁶⁵ A. LEINHARD, « Pas si facile de passer du pénal au civil » in « Quelle dépénalisation pour le droit des affaires », *AJ Pénal* n°02/2008, février 2008, p 66.

TITRE 1^{ER}. LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE PÉNALISATION-DÉPÉNALISATION

Certains reprochent à la pénalisation d'avoir envahi un domaine qui selon eux aurait dû lui échapper. Le premier volet de la dépenalisation consiste précisément à « réduire l'espace pénal »²⁶⁶ notamment en limitant le périmètre des incriminations. En fait, cette dépenalisation consiste à désincriminer c'est-à-dire à diminuer l'emprise du droit pénal sur la vie des affaires. L'objectif est d'adapter la pénalisation à la vie des affaires. Pour ce faire, les infractions les plus graves et portant atteinte à l'ordre public doivent bien entendu demeurer. Le droit pénal des affaires doit être, en conséquence, recentré, compte tenu des rationalités des affaires (Chapitre 1^{er}). Cette recomposition du champ pénal imposée par des impératifs d'adaptation des dispositions répressives aux impératifs et principes du droit des affaires doit également être suivie des mesures plus rigoureuses de mise en œuvre pour rendre efficace, à terme, la voie pénale ainsi réduite (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er}. Le recentrage critérié du droit pénal des affaires

Le mouvement effectif de dépenalisation a été limité par des considérations économiques, juridiques et éthiques. Le mouvement souhaité doit être lui-même mesuré²⁶⁷. En effet, dépenaliser « à l'excès » ne serait pas favorable à la sécurité des affaires. La dépenalisation du droit des affaires est présidée par le souci de favoriser une incrimination qualitative et non par celui de supprimer le maximum d'infractions du champ pénal. Tout mouvement massif en la matière pourrait avoir des conséquences redoutables pour les entreprises²⁶⁸. Si un courant doctrinal en faveur de la dépenalisation réclame un droit répressif flexible pour le milieu des affaires, notre hypothèse consiste à avancer que la sécurité des affaires nécessite des règles claires et stables. Ainsi, c'est en établissant des critères de dépenalisation (Section 1^{ère}) que l'on pourra identifier les éventuelles infractions dépenalisables (Section 2).

Section 1^{ère}. La délimitation critériée de la dépenalisation

Décider qu'un comportement interdit doit, d'une part, être réprimé ou doit simplement faire l'objet de prévention, de contrôle, et d'autre part, lorsqu'il est réprimé, doit l'être par une

²⁶⁶ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 19.

²⁶⁷ Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », op.cit., p. 92;

²⁶⁸ CCIP, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises*, 2008, p. 16.

sanction pénale ou une autre sanction, nécessite une référence à une politique pénale prédéterminée. En effet, la pénalisation ou la dépénalisation ne doit pas être décidée au hasard, au fur et à mesure des difficultés pratiques rencontrées dans le monde des affaires. La détermination du périmètre qui doit être celui de la matière pénale aujourd'hui permettra a contrario d'identifier les dispositions du droit des affaires à dépénaliser.

Afin de cerner les comportements pour lesquels une sanction pénale est justifiée, des « critères d'incrimination objectifs »²⁶⁹ doit être retenus. Des pays comme le Canada²⁷⁰ ou l'Italie²⁷¹, et aussi le droit européen²⁷² ont défini des critères. Ces règles de politique criminelle pourraient concerner toute la matière pénale. A ce titre, une « table de lois »²⁷³ est à établir. Appliqués au droit des affaires, ces principes directeurs de la législation pénale pourraient connaître quelques variances.

Paragraphe 1^{er}. Les critères classiques de dépénalisation

Les principes directeurs sont le principe de justice et les indicateurs de la proportionnalité, d'une part, et le principe de l'utilité et les indicateurs d'effectivité et d'efficacité, d'autre part.

A. Le principe de justice et les indicateurs de proportionnalité

Le principe de justice conduit à faire une approche comportementale et sociétale²⁷⁴ de la sanction pénale. Ce type d'appréciation constitue l'un des grands filtres de l'application du droit pénal. Il tourne autour des notions de gravité et de nature des intérêts en jeu. Ces notions dégagent trois critères.

1. Le critère de gravité : un critère emprunt au droit pénal

La gravité est un concept protéiforme²⁷⁵. Si on pense assez naturellement au critère de la gravité, très vite on en vient à s'interroger sur la nature de cette gravité, ne serait-ce qu'à travers son premier référent qu'est l'élément intentionnel. D'une part, il importe ainsi de redonner toute sa vigueur au « critère de l'intentionnalité » pour recentrer le pénal dans une sphère qui en relève

²⁶⁹ CCIP, « Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises », op.cit., p. 17.

²⁷⁰ Programme de politique pénale.

²⁷¹ Critères d'orientation pour le choix entre sanctions pénales et sanctions administratives.

²⁷² Jurisprudences des cours de Luxembourg et de Strasbourg.

²⁷³ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Dalloz, Mémentos, 2001, p. 14.

²⁷⁴ CCIP, « Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises », op.cit., p. 18.

²⁷⁵ Ibid.

incontestablement. Or, devant les juridictions répressives, cet élément intentionnel est trop souvent réduit à sa plus simple expression, voire quasiment présumé. D'autre part, il faut définir de manière claire l'intentionnalité du moins pour les manquements graves. Signalons, pour illustrer l'importance de la question, que le droit pénal douanier est réputé pour le caractère matériel des infractions qu'il prévoit. Il en résulte un risque pénal plus grand par rapport aux autres branches du droit pénal des affaires. Cet état de la pénalisation du droit douanier aboutit à réprimer également une simple erreur de bonne foi et une infraction d'une gravité supérieure. Selon le critère de la gravité, la faute est revêtue de l'un des caractères suivants : elle est soit matérielle, soit d'imprudence, soit intentionnelle.

2. Le critère de la valeur en cause : un critère emprunt au droit des affaires

Généralement, la valeur protégée est classée selon qu'elle est ordinaire, protégée par la législation interne ou protégée par la Constitution et les textes internationaux²⁷⁶. Le rôle du droit pénal est d'assurer la protection des valeurs essentielles. Cependant, en droit des affaires, cette notion de « valeur », est une notion d'une appréhension difficile.

En effet, le monde des affaires est un monde en constant changement, si bien que les valeurs changent avec le même rythme. Le marché deviendrait une valeur sociale protégée au même titre que la vie, l'intégrité physique des personnes et des biens. Le rapport Coulon sur « *la dépénalisation de la vie des affaires* » en 2008 a d'ailleurs été introduit par cette citation de Paul Ricœur, philosophe français du XIX^{ème} siècle : « *les valeurs ne sont pas des essences éternelles* »²⁷⁷. Certains auteurs²⁷⁸ estiment que ces valeurs sont les mêmes que celles qui sont protégées par le droit pénal général. Le droit pénal des affaires serait alors « *une extension à la vie des affaires du droit pénal classique qui protège les valeurs fondamentales du corps social* ».

En réalité, l'étude des frontières intrinsèques au droit pénal des affaires a révélé l'existence d'un monde binaire, relevant alternativement de l'éthique ou de la discipline. Le droit pénal des affaires peut réprimer des infractions véhiculant une morale et chercher à imposer une valeur éthique et sociale, considérée comme importante, à l'image de la propriété, de la probité, de la vérité ou de la confiance publique. Ce sont les infractions qui doivent être maintenues. Les infractions d'abus de biens sociaux et de banqueroute ont en effet pour objectif la protection de l'ordre public économique et les frontières éthiques semblent exclues de la critique. Le droit

²⁷⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p. 14.

²⁷⁷ J.-M. COULON, op.cit., p.1.

²⁷⁸ Tel que A. ROGER.

pénal des affaires actuel est parallèlement susceptible de réprimer des infractions désincarnées, tournées vers une valeur disciplinaire étrangère à toute conduite morale. Ces frontières « techniques » font l'objet de grand rejet car privilégiant efficacité répressive sur le respect des principes fondamentaux, provoquant des dérives dans la mise en œuvre du droit pénal des affaires. Ainsi, suivant cette approche par la valeur à protéger, la pénalisation du droit des affaires serait constituée par la seule présence d'infractions véhiculant une morale des affaires²⁷⁹.

3. Le critère de la nature du dommage

Une gradation de la nature du dommage est effectuée. Elle peut consister en une simple menace, une mise en danger sérieuse ou une atteinte à la valeur qui est protégée. Et sur ce dernier point, l'ampleur de cette atteinte est également déterminante. Comme le critère de l'intentionnalité, ce critère concerne l'intensité de la transgression.

La légitimité du droit pénal n'a jamais été discutée et ne se discute pas pour les atteintes « sérieuses » à l'ordre public économique. Mais toute la difficulté – soulignée par la doctrine universitaire depuis longtemps – est de définir ce dernier. De nombreuses situations se situent à la frontière de cette notion. Pour dépénaliser, il faut distinguer ce qui relève de l'ordre public économique de ce qui ne concerne que la régulation de la vie des affaires²⁸⁰.

En application de ces trois critères, une faute intentionnelle mettant en cause une valeur protégée par la Constitution ayant occasionné un grave dommage effectif emporterait nécessairement pénalisation ; à l'inverse, une faute matérielle constituant une simple menace contre une valeur ordinaire ne devrait en aucun cas être pénalisée. Les cas intermédiaires peuvent relever soit de la pénalisation soit de la dépénalisation.

B. Le principe d'utilité et les indicateurs d'effectivité et d'efficacité

Ce principe conduit, quant à lui, à une approche fonctionnelle de la sanction pénale au regard de son efficacité mais aussi de son coût. En effet, l'approche comportementale et sociétale n'a aucun sens si elle ne se double pas d'une mesure de l'adéquation et de l'efficacité des sanctions pénales. Une incrimination ne devrait être mise en œuvre que si la sanction peut être réellement appliquée (effectivité) et que s'il peut en découler un effet réel et positif sur les conduites

²⁷⁹ P. MISTRETTA, « *Les frontières du droit pénal des affaires* », in « *Les frontières du droit pénal* », Clermont-Ferrand, 18 novembre 2010.

²⁸⁰ CCIP, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises*, op.cit., p. 18.

individuelles ou collectives et sur les représentations de ces conduites en faisant naître la réprobation (efficacité). Plusieurs orientations sont possibles.

1. Le critère de l'efficacité préventive et dissuasive

L'expérience doit servir de référence pour déterminer si la sanction pénale a ou n'a pas de portée préventive. Il faut tirer les conséquences en termes de dépénalisation « sèche » ou de substitution de sanctions. De même, l'efficacité dissuasive prime le critère de l'effectivité réelle. Certaines infractions sont à maintenir même si elles sont en pratique peu appliquées quand elles ont un effet dissuasif tendant à éviter la commission d'infractions plus graves. Ce sont les délits-obstacles.

2. Le critère de l'échelle des peines

Il s'agit moins d'un critère que d'une condition pour maintenir une sanction pénale. L'efficacité et l'effectivité des sanctions pénales à maintenir dépendent de la nature des peines laquelle doit être adaptée à la diversité des infractions. Ainsi par exemple, le maintien de l'emprisonnement ne se justifie pas toujours en droit des affaires. Quant au quantum des amendes, certaines hypothèses sont traitées différemment sans véritable justification et conduit à une incohérence.

Compte tenu des particularités du droit des affaires, une deuxième série de critères est à analyser. Toutefois, il est à souligner qu'il ne s'agit, à quelques différences près, que d'une application des premiers critères qui viennent d'être énoncés.

Paragraphe 2. Les critères pratiques de dépénalisation

Devant la diversité des approches, les unes fondées sur la libéralisation de l'économie, les autres sur une plus grande cohérence du droit, il convient de privilégier une approche combinatoire s'attachant à l'équilibre de la dépénalisation.

A. Les statistiques des condamnations

C'est le critère de l'effectivité de la sanction. Cette démarche s'appuie sur l'idée qu'une sanction n'a de légitimité et d'efficacité que si elle est réellement appliquée par les tribunaux. La faiblesse du nombre de condamnations ferait ainsi perdre à l'incrimination sa justification et démontrerait l'importance de sa suppression. Cependant, cette analyse qui détermine le nombre d'écarts à la norme est contestable. Elle méconnaît, d'une part, certaines fonctions de la sanction et, d'autre part, la nature des infractions d'affaires.

Sur le premier point, le droit pénal possède une fonction dissuasive et préventive. Même inappliquées, les sanctions pénales gardent ainsi leur fonction utilitaire. Par ailleurs, leur ineffectivité peut avoir d'autres causes que l'absence de transgression des règles du droit des affaires. Il peut s'agir, entre autres, de la possibilité, surtout en fait, de poursuivre par une voie concurrente l'infraction, ou tout simplement du respect de la norme (ce qui est peu probable). S'agissant du second point, les infractions d'affaires sont essentiellement astucieuses, donc difficiles à connaître puisque justement faites pour tromper et rester inconnues²⁸¹.

En outre, se fonder sur l'évolution du nombre de condamnations n'est pas seulement difficile mais peut induire en erreur quant à la conclusion tirée. En France par exemple, lorsqu'on examine les statistiques des condamnations prononcées en matière économique et financière au cours des vingt dernières années, on constate une assez grande stabilité voire une légère diminution du nombre de condamnations prononcées²⁸². Mais cette tendance à la baisse dissimulerait quelques pics de délinquance²⁸³. Par conséquent, la diminution du nombre de condamnations ne peut pas être un motif de dépenalisation. Un examen attentif de chaque incrimination est indispensable.

B. Concours d'infractions

Une seconde approche, moins évidente, consiste à dépenaliser les infractions en concours. Ce critère est présenté et discuté dans de nombreux travaux sur la dépenalisation du droit des affaires. Les infractions en concours sont celles qui sont déjà incriminées par d'autres qualifications, généralement tirées du droit pénal commun. Ceci est rendu possible car le droit pénal des affaires est un droit spécial. Il s'agirait ainsi de limiter le nombre de qualifications en utilisant les infractions plus connues des acteurs économiques. Pourraient être dépenalisées plusieurs infractions spécifiques du droit des sociétés susceptibles d'être poursuivies pour escroquerie. Toutefois, un certain nombre de difficultés peuvent être rencontrées dans la mise en œuvre de ce critère. Les infractions en concours sont rarement punies des mêmes peines. Dépenaliser une infraction au profit d'une autre peut paradoxalement conduire à augmenter les peines encourues. En effet, l'abrogation de « petits » délits spéciaux risquerait d'entraîner l'application des qualifications de droit commun plus sévères. En outre, ce critère semble ignorer

²⁸¹ V. notamment, G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit. ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1998.

²⁸² 28 497 condamnations économiques et financières en 1990 et en 2008, V. T.GODEFOY, *La délinquance économique et financière serait-elle en voie de disparition ?*, op.cit., p.3. ; Rapport COULON, op.cit., p. 22.

²⁸³ Ibid., p. 22-23.

que la création d'infractions spéciales a été nécessitée par l'impossibilité de la qualification générale à réprimer certains agissements condamnables.

Mais au-delà de la suppression de certaines qualifications en concours au profit d'infractions plus générales, il serait utile dans une perspective de sécurité juridique de poser de manière claire le principe de l'utilisation de l'infraction spéciale et non de l'infraction générale en cas de concours. Une telle disposition permettrait de mettre fin au principe de l'utilisation de l'infraction ayant la plus haute acception pénale. A ce titre, par exemple, l'article 382 du code des douanes qui traite du concours d'infractions stipule que « *tout fait tombant sous le coup de dispositions répressives distinctes édictées par le présent code doit être envisagé sous la plus haute acception pénale dont il est susceptible (alinéa 1). En cas de pluralité de contraventions ou de délits douaniers les condamnations pécuniaires sont prononcées pour chacune des infractions indûment établies (alinéa 2)* ». Le principe de l'utilisation de l'infraction spéciale doit être réaffirmé en droit pénal pour permettre au législateur de tracer plus précisément les contours de la pénalisation.

C. Incohérence des incriminations

Certaines infractions peuvent être dépénalisées lorsqu'ils ne sont plus en cohérence avec d'autres comportements quasi-identiques. Il en est ainsi par exemple des infractions qui concernent uniquement certaines formes sociales, alors que des comportements identiques ont été dépénalisés pour d'autres. Par exemple, la loi française du 1^{er} août 2003 a dépénalisé l'infraction d'omission de la mention « à participation ouvrière » sur tous les actes et documents émanant de la société en cas d'émission d'action de travail pour certaines formes de société alors que l'article L.242-31 code de commerce la maintient pour la société anonyme. En d'autres termes, il s'agit de terminer des dépénalisations incomplètes.

Section 2. Les infractions dépénalisables

Au vu de ces différents critères, quelques propositions méritent d'être avancées. Il n'est pas question ici de présenter une liste exhaustive des infractions à dépénaliser mais d'en citer quelques unes qui montreraient le plus l'applicabilité des critères de dépénalisation proposés.

Paragraphe 1^{er}. Les irrégularités douanières

Le droit pénal douanier est un arsenal répressif devenu anachronique. Il faut impérativement distinguer en droit douanier, l'irrégularité ou erreur matérielle qui devrait être régularisée de la

fraude qui appelle une sanction pénale appropriée. Appliquons à titre d'illustration les différents critères aux infractions qualifiées de contravention de première classe pour pouvoir en tirer les conséquences en matière de pénalisation ou de dépenalisation. Il s'agit essentiellement d'infractions matérielles appelées « irrégularités » qui ne portent aucun préjudice important et ne constituent une réelle menace aux transactions douanières dans la mesure où elles n'exercent « aucune influence sur l'application des droits ou des prohibitions ». Par ailleurs, ces infractions dans les cas où elles sont poursuivies font l'objet d'une manière quasi systématique d'une transaction administrative. Le choix de la voie pénale ne semblerait pas être justifié dans ces cas. Une injonction de régularisation pourrait suffire, suivie d'une sanction administrative en cas de difficultés.

En outre, au-delà de ces irrégularités appelant une simplification de leur traitement, la dépenalisation au sens large doit couvrir tout le droit pénal douanier. En effet, les dispositions répressives douanières s'avèrent peu adaptées au droit des affaires contemporain malgré l'importance de la réforme en la matière. D'abord, par leur champ d'application : il arrive parfois que les mêmes textes et mêmes procédures s'appliquent aux trafics criminels et aux opérations ordinaires des entreprises. Ensuite, par leur caractère exclusivement pénal : toute irrégularité, aussi bénigne soit elle, donne lieu à l'établissement de procès-verbal d'infractions, se trouve qualifiée de contravention ou de délit et relève de la compétence des juridictions pénales. Puis par le mépris du droit de la défense : la mauvaise foi est présumée et il appartient à la partie poursuivie de démontrer sa bonne foi sans que cela ne l'exonère nécessairement de l'infraction. Mais également par la disproportion des peines applicables et l'existence des peines planchers. Ces principes favorisent le recours quasi systématique à la transaction qui n'est pas non plus sans inconvénients.

Paragraphe 2. Les infractions formelles en droit des sociétés

A. Les propositions insatisfaisantes de la doctrine

Depuis environ un quart de siècle, différents groupes de réflexion avaient proposé de dépenaliser les négligences formelles en droit des sociétés²⁸⁴. Ils ont ainsi suggéré de ne conserver que cinq grands secteurs d'infractions en droit des sociétés. Mais ces travaux n'ont débouché sur de résultats tangibles en France que depuis la loi NRE en 2001.

²⁸⁴ Entre autres groupes de travail, on peut citer la Commission Badinter, la Commission Bézard, la Commission Douvreur, le sénateur Marini dans son rapport sur la modernisation du droit des sociétés, V. B. BOULOC, « *Le droit pénal des sociétés* », in J.-J. DAIGRE, *La modernisation du droit des sociétés*, op.cit., n° 95, p. 74.

Ces secteurs à conserver seraient tout d'abord celui des comptes sociaux y compris le défaut d'établissement de comptes et les entraves aux missions des commissaires aux comptes. Le deuxième groupe concerne les valeurs mobilières, les souscriptions fictives, la publication des prospectus mensongers et les émissions d'obligations négociables ne donnant pas les mêmes droits de créance pour une même valeur négociable. Le troisième groupe a trait à la gestion (abus de biens, de pouvoirs, distribution de dividendes fictifs, et la perte du capital social). Le quatrième groupe vise la tenue des assemblées, les procès-verbaux d'assemblée et la confirmation d'informations inexacts dans les rapports destinés aux assemblées pour la suppression du droit préférentiel de souscription. Enfin, le dernier secteur à maintenir est celui de la liquidation. Pour d'autres infractions, la loi pourrait renvoyer au droit pénal général ou définir une action civile de substitution. Ces différentes commissions prétendaient proposer de ne conserver comme agissements punissables que les actes graves ou frauduleux et de dépénaliser certaines négligences formelles. Or, il n'en est rien.

B. Les pistes envisageables de dépénalisation

La loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales a largement dépénalisé le droit des sociétés et n'a conservé que les infractions graves. De ce fait, le droit malgache des sociétés est de loin dépénalisé par rapport au droit français. En effet, la dépénalisation du droit français est limitée par des obligations juridiques auxquelles est tenue la France. Par exemple, la Convention de Mérida oblige à maintenir l'infraction d'abus de pouvoir.

Néanmoins, certaines infractions doivent être dépénalisées. Les sanctions civiles suffisent dans la plupart des cas. Quelques exemples pourraient être proposés. Pour les sociétés à responsabilité limitée, il s'agit de l'omission de la déclaration de répartition des parts de l'acte de constitution (article L.241-1 du code de commerce français), l'absence de réunion de l'assemblée (article L.241-5), l'absence de décision lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social (article L.241-6). Pour les sociétés anonymes, l'absence de réunion de l'assemblée générale ordinaire (article L.242-10), l'absence d'annexion des pouvoirs ou l'absence de procès-verbal (article L.242-15), l'absence de la mention « à participation ouvrière » sur les documents dans les coopératives agricoles (article L.242-31), le remboursement des actions à dividende prioritaire sans droit de vote postérieurement aux actions ordinaires (article L.245-5), la mise au nominatif des actions appartenant aux dirigeants et à leurs proches (article L.247-4), l'absence de la mention « société à capital variable » (article L.247-8). La dépénalisation de ces infractions nécessite néanmoins le recours à des mécanismes civils de substitution tels que la nullité, les

injonctions de régulariser, etc. Plusieurs autres infractions sont en revanche à maintenir. Il s'agit, entre autres, de l'abus de biens sociaux²⁸⁵, l'attribution frauduleuse d'apport en nature²⁸⁶, les infractions relatives à l'appel public à l'épargne²⁸⁷. Toutefois, il est à signaler que si le maintien de certaines infractions dans le domaine pénal n'est pas contesté, parfois les éléments de ces infractions ou les sanctions devraient être révisés.

Paragraphe 3. Quelques manquements en droit de la concurrence

La loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence ne prévoit actuellement que peu d'infractions par rapport aux anciens textes qu'elle a abrogés. Parmi ces infractions, quelques unes pourraient être dépénalisées tandis que d'autres doivent être maintenues. Une dépénalisation complète du droit de la concurrence n'est donc pas envisageable. Est à maintenir, entre autres, la violation aux dispositions relatives à l'obligation de transparence et de loyauté des transactions pour la raison que celles-ci protègent des valeurs essentielles à la société et défendent la morale des affaires. Ces valeurs sont la transparence et la loyauté. De plus, ces dispositions visent à protéger les consommateurs, acteurs plus faibles de la vie des affaires, contre les professionnels, acteurs plus forts. Dans le même sens et d'une manière générale, dans tous les domaines touchant à la sécurité ou à la santé des consommateurs, le recours à la sanction pénale s'imposerait à l'évidence²⁸⁸.

Néanmoins, la sanction doit être proportionnée à la gravité de l'infraction et adaptée à l'intérêt sauvegardé par l'incrimination. Il en est de même pour le délit d'accaparement prévu à l'article 47 de la loi. L'accaparement consiste en la mise en œuvre de procédés tendant à contrôler l'écoulement d'un produit et à provoquer ou aggraver sa pénurie à des fins spéculatives. Ainsi, l'accaparement est une transgression d'une grande intensité, avec un élément intentionnel caractérisé, provoquant un réel dommage économique ; il réunit tous les critères de la pénalisation. Son maintien ne peut, de ce fait, être discuté. En revanche, le législateur pourrait dépénaliser l'imposition de prix minimum (article 45) ou la revente à perte (article 48). Ces infractions resteront des comportements interdits mais la sanction civile paraît appropriée. En effet, ces infractions ne préjudicient pas directement l'ordre public. Les mêmes propositions

²⁸⁵ Article L. 241-3 du code de commerce français. L'infraction de l'abus de biens sociaux est maintenue par la loi malgache n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales en son article 931.

²⁸⁶ Article L.242-2 du code de commerce.

²⁸⁷ Article L.244-3 ; L.242-3 et R. 247-2 pour les sociétés cotées. De même, ces infractions sont prévues par la loi malgache sus visée.

²⁸⁸ V. dans ce sens Ph. GUILLEMIN, « *Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale* », in « *Quelle dépénalisation pour le droit des affaires* », AJ Pénal n°2/2008, février 2008, pp.73-77.

peuvent être faites à l'endroit du droit français. L'Autorité de la concurrence ayant un champ de compétences plus large que le Conseil de la concurrence malgache, ces infractions d'imposition d'un prix minimal de vente et de revente à perte pourraient être dépénalisées et transférées à l'Autorité de la concurrence.

Instaurer l'équilibre entre pénalisation et dépénalisation du droit des affaires nécessite obligatoirement le recentrage du droit pénal des affaires autour des comportements frauduleux. En effet, les auteurs observent que le droit pénal des affaires s'est gonflé du souci qu'avait le législateur d'assurer l'efficacité d'une règle posée. Autrement dit, ce n'est pas l'importance du trouble causé à l'ordre public qui justifie la pénalisation d'un comportement mais l'inquiétude que la règle ne fût pas appliquée si elle était limitée au domaine civil. Pourtant cet éclatement des incriminations a abouti à l'inefficacité du droit pénal des affaires. Il ne convient pas non plus de dégager le droit des affaires de toute sanction pénale mais de retrouver une cohérence : engager une réforme d'ensemble à partir d'une politique pénale adaptée à la vie des affaires pour parvenir ainsi à préciser les frontières de la pénalisation. Chaque règle pénale doit être évaluée en fonction de la faute, le dommage et surtout la valeur protégée (car le droit pénal entend avant tout moraliser le milieu des affaires) et l'on doit s'assurer que la répression de l'infraction est effective. Le droit pénal se limiterait à cet effet à réprimer les comportements immoraux et non tous les comportements illégaux. Ainsi, la pénalisation du droit des affaires tournerait autour de trois infractions principales²⁸⁹, à savoir l'abus de confiance, l'escroquerie et le faux. Ces infractions ainsi que leurs déclinaisons constitueraient le socle du droit pénal des affaires recentré. Les comportements qui ne relèvent pas de cette sphère pénale seraient dépénalisables. Le domaine de la dépénalisation étant clairement défini, une grande interrogation reste à poser. C'est le « comment » du mouvement souhaité, c'est-à-dire la question de la méthode appropriée, compte tenu des spécificités du droit des affaires.

Chapitre 2. Le développement de l'efficacité de la voie pénale

Réduire le champ d'application du droit pénal en droit des affaires est la première forme de dépénalisation. Elle permettrait de moderniser le corpus législatif dans une optique d'équilibre et d'utilité. Toutefois, recentrer le droit pénal des affaires autour d'infractions utiles n'est qu'une composante du travail de réflexion sur la voie pénale incontournable pour la sécurité juridique des affaires. Derrière cette question du domaine dépénalisable ou du domaine pénalisé, c'est la

²⁸⁹ Ces infractions sont appelées les infractions-mères, J.-M. COULON, op.cit., p. 15 ; M.-O. HUBSCHWERLIN, « *La dépénalisation du droit des affaires* », op.cit.

question du risque pénal « anormal » qui doit être soulevée. Ce risque pénal, principal argument en faveur de la dépénalisation, devrait être éliminé. En effet, si le droit pénal est parfaitement légitime pour réprimer les infractions et malversations condamnables, il ne doit pas être un risque²⁹⁰. Le fait que tel agissement relèverait du droit pénal des affaires ainsi recentré ne signifie pas toujours que son incrimination serait maintenue telle quelle. La recherche d'une incrimination qualitative conduirait à revoir les éléments constitutifs de certaines infractions ou les sanctions correspondant à d'autres infractions. L'ensemble de ces techniques de modification forme le système de reconfiguration du domaine pénal. L'analyse de l'évolution des différentes lois en droit des affaires a permis de constater que le législateur a déjà eu recours à cette forme de dépénalisation. Mais le mouvement devrait être poursuivi compte tenu des incertitudes posées par certaines incriminations, devenant une gêne pour la sécurité des activités d'affaires. Nos réflexions porteront ainsi sur l'opportunité et l'efficacité espérée à partir de telles modifications (Section 1^{ère}).

Cependant, les conditions d'une voie pénale efficace ne pourraient se réduire au seul redéploiement du contenu du droit pénal des affaires. L'origine du problème de la pénalisation actuelle du droit des affaires remonte au fonctionnement des institutions qui la mettent en œuvre. Il s'agit du législateur mais aussi du juge. De ce point de vue, la dépénalisation du droit des affaires serait une véritable remise en cause du système pénal. Limiter le risque pénal, c'est aussi accompagner le maintien des infractions d'affaires utiles d'un renforcement de l'efficacité du système pénal (Section 2).

Section 1^{ère}. La reconfiguration nécessaire du domaine pénal²⁹¹

Véritable dépénalisation²⁹² ou simple rénovation²⁹³, dépénalisation stricto sensu²⁹⁴ ou dépénalisation relative²⁹⁵, reconfigurer le champ pénal par les méthodes dites de désescalade à l'intérieur du système pénal est nécessaire pour la modernisation du droit des affaires à travers les modifications apportées à ses dispositions répressives. Souvent utilisé par le législateur dans certaines lois telles que le code des douanes de 2006 pour les infractions douanières, la loi

²⁹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « *Considération des règles répressives dans les prises de décisions des entreprises* », Les petites affiches, 19 novembre 1997, n°139, p.25.

²⁹¹ V. notamment, H. MATSOPOULOU, « *Un regard sur la dépénalisation des affaires* », Revue Dalloz, n°13, pp. 864-870.

²⁹² C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, p. 392.

²⁹³ L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*, Nathan, 1989, p. 12.

²⁹⁴ J. PRADEL, *Droit Pénal*, Manuel, 14^{ème} éd., Cujas, 2002, n°10.

²⁹⁵ M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats Unis*, Publications des Facultés Universitaires, Bruxelles, 1987, p.311.

n°2003-042 du 03 septembre 2004 sur les procédures collectives pour les infractions de banqueroute, la loi n°2004-045 du 14 janvier 2005 pour les infractions relatives au chèque, etc. ce processus doit être continué. Ainsi, la dépénalisation peut être mise en œuvre par une modification des éléments constitutifs des infractions, elle peut consister à rationaliser davantage les sanctions.

Paragraphe 1^{er}. La redéfinition des éléments de l'infraction

Nombreuses sont les critiques formulées sur la définition de certaines infractions en matière économique et financière²⁹⁶. Les partisans de la dépénalisation dénoncent une trop grande insécurité juridique due à une définition trop large et imprécise des infractions d'affaires²⁹⁷. En effet, certaines incriminations sont difficilement accessibles, imprévisibles ou tout simplement inadaptées à la vie des affaires alors que dans le principe, leur maintien dans le champ de la pénalisation n'est pas contesté. Il convient de soulever à ce propos le cas des infractions douanières et celui de l'abus de biens sociaux.

A. L'analyse de l'intentionnalité et les infractions douanières

Le droit pénal des affaires devrait appréhender les infractions dans le cadre d'une organisation complexe impliquant de multiples acteurs²⁹⁸, l'intentionnalité devrait être analysée dans un contexte collectif. De plus, le droit pénal s'appuie sur une définition générique de l'intention²⁹⁹ laissant place à une grande subjectivité dans l'appréciation des délits. Ces remarques paraissent pertinentes à l'endroit du droit pénal douanier. En effet, malgré la refonte globale du code des douanes occasionnant un certain assouplissement du droit répressif douanier, certains principes issus des dispositions répressives du code ne sont pas admissibles ni au regard des droits fondamentaux ni par rapport à l'environnement juridique des affaires.

Il s'agit plus précisément des fortes présomptions de responsabilité prévue dans le code qui placent l'opérateur économique dans une situation juridique qui lui est préjudiciable. L'exposé des motifs du code de 2006 présente le souci de préserver l'intérêt des investisseurs comme motif de la prise en considération dans la loi de la notion de circonstance et de l'autorisation faite au juge de se baser « sur l'élément intentionnel de l'auteur et du coauteur de l'infraction ».

²⁹⁶ Notamment en droit des sociétés, V. notamment. MARINI, *Rapport au Premier ministre. La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996.

²⁹⁷²⁹⁷ Rapport COULON, op.cit., p.14.

²⁹⁸ Ibid. p.46.

²⁹⁹ Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Pourtant à la lecture de la loi, il semble que cette prise en compte de l'élément intentionnel est très limitée. Si pour certaines infractions, cet élément moral est réel³⁰⁰, pour d'autres³⁰¹, soit il fait défaut et le caractère matériel de l'infraction est maintenu, soit il est réduit au minimum par la notion de « présomption d'intention ». En effet, la signification et surtout la portée pratique de la suppression du délit matériel énoncée par l'exposé des motifs du code sont considérablement réduites par l'existence de présomption de faute ou de responsabilité pesant sur le détenteur, le capitaine du navire, les intéressés à la fraude d'une part, et des présomptions relatives relevées dans diverses circonstances d'autre part. Ce sont ces dernières présomptions qui, précisément, intéressent la vie des affaires : à part les présomptions légales prévues pour quelques cas, des présomptions de fait parfois extrêmement puissantes sont rendues possibles à cause du caractère large des termes de la loi d'incrimination³⁰² pour des cas qui concernent l'opérateur économique, c'est-à-dire « l'investisseur », dont l'intérêt est à préserver.

Rappelons que la finalité du droit pénal est de réprimer les fraudes³⁰³. Ainsi, il est préconisé une réelle intégration de l'élément intentionnel dans la définition de l'infraction douanière de manière à distinguer les véritables fraudes des négligences et erreurs de bonne foi. La responsabilité pénale devrait être davantage rattachée à une faute moralement condamnable que sur le risque attaché à la détention d'un pouvoir quelconque.

B. Le paradigme de l'abus de biens sociaux

L'abus de biens sociaux est le « noyau dur³⁰⁴ » du droit pénal des sociétés. Il ne peut être question de dépénalisation « sèche » en ce domaine. Sa pénalisation est incontestable (et n'est pas contestée d'ailleurs). Seulement, compte tenu des « excès » de la jurisprudence française dénoncés par la doctrine en la matière, l'opportunité de certaines restrictions envisagées par la doctrine pourrait être analysée au niveau des textes faute de pouvoir limiter de manière directe lesdits excès.

³⁰⁰ Par exemple : article 345-2°c. « *Sont réputés intéressés [à la fraude] ceux qui ont sciemment, soit [...] » ; article 357-1° « [...] lorsque l'irrégularité a pour but ou pour résultat d'éluder ou compromettre le recouvrement d'un droit ».*

³⁰¹ Par exemple : infraction de contrebande (article 363suiv.) ou infraction d'importation sans déclaration (article 366suiv.).

³⁰² A ces considérations s'ajoute le fait que la plupart des irrégularités constatées par les agents de la douane sont systématiquement érigées en infractions sans que l'existence de un élément intentionnel soit prouvée et lesquelles infractions sont généralement traitées et réglées au niveau de l'administration.

³⁰³ Quant au souci de préserver le financement de l'Etat, il pourrait être résolu par une dépénalisation de type fiscal des irrégularités autres que les fraudes.

³⁰⁴ B. BOULOC, « *Le droit pénal des sociétés* », in J.-J. DAIGRE (dir), *La modernisation du droit des sociétés*, Joly éd., 1997, p. 78. ; J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 21.

1. Une meilleure définition du délit

L'abus de biens sociaux est prévu et défini par l'article 931 de la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales. C'est essentiellement le fait pour les dirigeants sociaux, de mauvaise foi, de faire des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt social à des fins personnelles, matérielles ou morales. Il est relevé que la contrariété à l'intérêt social a des contours incertains³⁰⁵. Il suffirait d'un risque de perte pour qu'il y ait atteinte à l'intérêt social, selon M. DELMAS-MARTY, et que l'élément moral est entendu largement. Il est à rappeler que l'abus des biens sociaux n'est pas une simple faute de gestion mais une fraude de gestion, impliquant la détermination de l'élément intentionnel³⁰⁶.

S'agissant notamment du périmètre de la notion d'intérêt, particulièrement celle de l'intérêt personnel³⁰⁷, une meilleure définition de cet élément serait nécessaire. Sur ce point, selon un arrêt de la Cour de Cassation française³⁰⁸, celle-ci présume que « *des prélèvements occultes ont nécessairement été accomplis dans l'intérêt personnel du dirigeant* ». Dans ces conditions, il n'y a pas vraiment de prévisibilité juridique en la matière. L'intérêt personnel est devenu « *une clause de style qui est toujours caractérisé* »³⁰⁹. Des propositions ont été avancées.

S'agissant de l'intérêt social, le sénateur Marini, dans son rapport sur la modernisation du droit des sociétés³¹⁰, a par exemple proposé de substituer à la contrariété à l'intérêt social, « l'atteinte aux intérêts patrimoniaux de la société ». De ce fait, faire usage des biens ou du crédit pour des objectifs conformes aux intérêts patrimoniaux fût-ce par des moyens ou des procédés critiquables, ne serait plus punissable. Ce qui est douteux.

Quant à la notion d'intérêt personnel, le même rapport a aussi proposé de compléter la loi en prenant en compte non « l'intérêt personnel » mais « l'enrichissement personnel ». Or, cela supprimerait pratiquement l'abus du crédit de l'incrimination car il n'y a pas enrichissement tant que la société n'a pas encore décaissé quelque somme que ce soit. Le problème de la restriction

³⁰⁵ MARINI, *Rapport au Premier ministre. La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996.

³⁰⁶ J.-M. COULON, op.cit., p.46.

³⁰⁷ Ou « fin personnelle » selon les termes de la loi de 2003.

³⁰⁸ Cass.crim., 11 janvier 1996 : Bull. crim., n°21.

³⁰⁹ Commentaire de D. REBUT, Cass.crim. 14 mai 2003, Bull.crim. n° 97 in *Revue des sciences criminelles* 2003 p. 797, cité par J.-M. COULON, op.cit. p.46, note 2.

³¹⁰ MARINI, *Rapport au Premier ministre. La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996.

de la définition de l'abus de biens sociaux fait l'objet de débats juridiques récurrents depuis quelques décennies sans réel aboutissement dans les textes.

La modification qui serait adéquate serait celle qui permettrait à l'abus de biens sociaux de garder sa fonction. En effet, cette incrimination a été maintes fois étendue par la Cour de Cassation pour caractériser d'autres comportements tels que la corruption³¹¹. Bien que ces propositions soient critiquables³¹², la question de l'opportunité de redéfinir ce cas précis de l'abus de biens sociaux ne peut être éludée d'autant plus qu'elle illustre la délicatesse du sujet : modifier les éléments constitutifs d'une infraction, et particulièrement d'une fraude, pourrait aboutir à sa décriminalisation c'est-à-dire sa dépénalisation complète. Ce qui créerait une plus grande insécurité juridique dans les activités d'affaires. A part ce problème de la définition de l'abus de biens sociaux, celui-ci pose également le problème du délai de prescription.

2. L'oubli du délit

Toujours dans le contexte français de l'abus de biens sociaux, le délai de prescription de cette infraction fait l'objet de plaintes chroniques aussi bien de la part de la doctrine que du milieu des affaires. Il convient de rappeler que la prescription vise classiquement à un objectif principal qui est de favoriser l'oubli de l'infraction après un délai raisonnable pour deux raisons principales : la sécurité juridique et le constat d'une diminution du trouble à l'ordre public d'une part, et passé ce laps de temps, l'action public que perd de son efficacité en raison du dépérissement des preuves d'autre part. En général, le principe en matière pénale est que la prescription court du jour de la commission du délit. Seulement, s'agissant des infractions occultes, la jurisprudence a fixé le point de départ de la prescription le jour de la découverte de l'infraction. La raison en est que l'on ne peut pas agir tant que l'infraction demeure ignorée. Cette jurisprudence est appliquée à l'abus de biens sociaux. Un courant doctrinal affirme que « *l'application prétorienne des règles de prescription [...] heurte en droit pénal des affaires stricto sensu [...] les principes de proportionnalité, de lisibilité, de stabilité, sources de sécurité juridique et de confiance dans la loi et les institutions* »³¹³. L'abus de biens sociaux serait imprescriptible, le système de la prescription étant « intenable » à cause du caractère artificiel des notions de « découverte » et de « dissimulation »³¹⁴. Ces délais parfois longs et incertains de prescription seraient incompatibles avec le temps économique.

³¹¹ J.-M. COULON, op.cit., p. 46.

³¹² Et c'est probablement pour défaut de solution idoine que la définition de cette infraction n'a pas reçue modification après tant d'« excès » dénoncés.

³¹³ J.-M. COULON, op.cit., p. 100.

³¹⁴ Ibid.

En outre, le délit d'abus de biens sociaux était par exemple utilisé pour réprimer des faits de corruption, faits qui étaient prescrits, la corruption ne bénéficiant pas du régime prétorien de report de la prescription³¹⁵. Ceci étant, il est difficile d'envisager un texte spécifique qui limiterait le droit d'engager l'action publique au-delà d'un certain délai sans envisager les cas des délits comparables. De même, la solution qui consisterait à apporter une réponse s'agissant uniquement des délits d'abus de biens sociaux en intégrant dans le corpus législatif la jurisprudence sur la découverte et la dissimulation consacrerait l'inégalité des citoyens devant la loi, et ne doit non plus être privilégiée. Certains auteurs ont proposé une réponse globale qui rejetterait le concept de dissimulation, éliminant ainsi les aléas de la jurisprudence. En contrepartie, les délais de prescription seraient augmentés³¹⁶. Cette dernière proposition va dans le sens de la dépénalisation. Bien qu'elle prévoie une augmentation globale du délai de prescription, elle empêcherait la poursuite d'infractions qui n'auraient été découvertes qu'après l'expiration du délai de prescription devenu fixe, ce qui représente un danger pour la vie des affaires.

Une autre piste de solution consiste à tenir compte de l'équilibre à instaurer entre rationalité économique, politique criminelle et droits fondamentaux. En priorité, l'action publique se prescrit toujours par un, trois, dix ans révolus à compter du jour de la commission des faits. A titre subsidiaire, et tout en conservant les délais de droit commun (trois ans pour les délits), un délai butoir pourrait être prévu, en s'inspirant des systèmes allemand et suisse³¹⁷. Cette règle de portée générale viserait de facto les infractions pour lesquelles la jurisprudence fait partir la prescription à compter de la révélation des faits : dans un tel système de prescription dite « absolue », interruption et suspension ne pourraient pas avoir pour effet de prolonger le délai de prescription au-delà de deux fois sa durée à partir de la date des faits³¹⁸.

Une fois encore il convient de s'interroger sur l'opportunité de restreindre l'incrimination de l'abus de biens sociaux par modification du délai de prescription dans le sens d'une éventuelle simplification du contentieux. La prise en compte de ces différentes positions doctrinales mènerait à la fermeture de la répression d'infractions clandestines graves³¹⁹. Il est à rappeler que l'esprit de la dépénalisation consiste certes à restreindre l'application du droit pénal mais ce n'est

³¹⁵ Ibid ; MARINI, *Rapport sur la modernisation du droit des sociétés*, op.cit., p. 100suiv.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ V. sur le délai absolu de prescription, F. DEL PERO, *La prescription pénale*, thèse, Lausanne, 1993, Staempfli, Berne, p. 187suiv.

³¹⁸ CCIP, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises*, 2008, p. 22.

³¹⁹ P. MISTRETTA, « Les frontières du droit pénal des affaires », in *Les frontières du droit pénal*, Clermont-Ferrand, 18 novembre 2010.

que pour donner plus d'efficacité à la pénalisation dans les cas où elle s'impose vraiment³²⁰, et l'abus de biens sociaux fait incontestablement partie de ces cas. En définitive, la modification d'un quelconque élément de l'abus de biens sociaux ne semble pas participer à rendre plus efficace la pénalisation du droit des affaires. Mettant en doute la pertinence de ces différentes positions théoriques de la doctrine, le législateur français n'a pas modifié les différents éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux.

Paragraphe 2. La rationalisation des sanctions

La recherche de l'effectivité du droit pénal des affaires peut également passer par la révision des sanctions pénales encourues. En effet, les peines trop lourdes provoquent un certain énervement de la répression qui se traduit par un nombre important de classements sans suite et de condamnations avec sursis³²¹. De plus, le droit pénal a une vertu traditionnellement éducative, le justiciable doit être en mesure de comprendre sa sanction et de l'accepter, afin notamment d'éviter la récidive³²². Or, tel n'est pas toujours le cas particulièrement lorsqu'une seule et même sanction est prévue pour des faits aux gravités très diverses. Le droit pénal douanier en est un exemple.

A. La révision nécessaire des peines en matière douanière

1. Aperçu du dispositif répressif des délits douaniers

En matière délictuelle, le droit douanier comporte des délits de première classe (article 360 code des douanes), de deuxième classe (article 361) et de troisième classe (article 362). La contrebande est le principal délit douanier de première classe. Il s'entend des importations ou exportations en dehors des bureaux ainsi que toute violation des dispositions légales ou réglementaires relatives à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier (article 363). Est également visé tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration c'est-à-dire des importations sans déclaration proprement dites, mais aussi toute une série de situations où une déclaration en bonne et due forme a été effectuée auprès des autorités compétentes mais se trouve a posteriori invalidée en tout ou partie (article 366suiv.). Les personnes déclarées coupables de ces délits encourrent une peine de six mois à un an d'emprisonnement, de confiscation de l'objet de fraude, de confiscation des moyens de transport,

³²⁰ J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Masson, 1995, p. 23.

³²¹ V. dans ce sens, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1998, p. 222suiv; H. RAKOTOMANANA, *Droit pénal malgache des affaires*, Jurid'ika, 2008, p. 203.

³²² ACE, *Propositions pour une dépénalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p.6.

de confiscation des objets servant à masquer la fraude et d'une amende comprise entre une fois et deux fois la valeur de l'objet de fraude. Les délits de deuxième classe visent les mêmes faits lorsqu'ils ont été commis par une réunion de trois à six individus. La peine d'emprisonnement devient d'un an à deux ans. Les mêmes faits constituent des délits de troisième classe lorsqu'ils ont été commis soit par plus de six individus soit par trois individus ou plus à l'aide de véhicule. La peine d'emprisonnement devient de deux ans à trois ans et la peine d'amende est comprise entre le double et le triple de la valeur des objets confisqués.

2. Les aspects de la lourdeur des sanctions douanières

Incontestablement, les sanctions prévues par le code des douanes sont très lourdes³²³. A partir de cet aperçu des délits douaniers, il est constaté qu'ils font encourir à leur auteur, outre des peines d'emprisonnement, des amendes proportionnelles à la valeur des marchandises et non à l'importance des droits redressés. Ainsi en cas de délit de première classe, les amendes peuvent représenter jusqu'à 200% de la valeur de la marchandise (on imagine ce que représente une amende de deux fois la valeur des marchandises importées au cours de la période non prescrite de trois ans, à quoi s'ajoute la confiscation des marchandises ou d'une somme équivalente à leur valeur). Pourtant, contrairement à ce que son appellation peut laisser penser, le délit de contrebande ou d'importation sans déclaration couvre un nombre considérable de comportements qui ne concernent pas nécessairement des marchandises qui sont en elles-mêmes interdites à la commercialisation, ni même des marchandises soumises à des formalités particulières. Tel est le cas par exemple lorsqu'il est reproché au prévenu d'avoir importé des marchandises sous couvert de certificats délivrés par les autorités du pays exportateur permettant à ces marchandises de bénéficier d'un régime tarifaire préférentiel et il s'avère que ceux-ci sont faux. Si l'importateur ne rapporte pas la preuve de sa bonne foi, il encourt les sanctions correspondantes. Or, cette preuve n'est pas toujours aisée à rapporter et suppose que l'intéressé démontre à tout le moins qu'il s'est montré vigilant. Il résulte que l'opérateur négligent encourt les mêmes peines que celui qui a organisé une véritable fraude.

Certes, le juge peut modérer cette peine pour tenir compte du cas d'espèce mais dans une certaine mesure seulement puisqu'il ne peut pas descendre au dessous de la limite prévue par la loi. On pourrait donc regretter que le code des douanes ne distingue pas suffisamment, en ce qui concerne les sanctions, entre le cas des irrégularités résultant d'une négligence ou d'une erreur et

³²³ Les opérateurs économiques, la doctrine douanière et même l'administration douanière partagent cet avis, « *Les sanctions encourues sont lourdes en ce sens qu'il s'agit de celles édictées par le code des douanes* », Direction Générale des Douanes, *Manuel des procédures contentieuses en matière douanière*.

le cas de véritables fraudes. Par ailleurs, les dispositions répressives du code des douanes n'est pas d'une lecture facile : plusieurs incriminations par renvoi, soit à d'autres dispositions du code, soit à d'autres textes, existent.

3. La nécessaire mise en place d'une échelle des sanctions

Le principe de fixation des peines doit être révisé de manière à moderniser la voie pénale, aujourd'hui peu utilisée par l'administration douanière à cause de cette lourdeur des sanctions prévues par la loi. D'abord, les amendes douanières doivent être fixées en priorité en fonction des droits compromis ou éludés et seulement lorsqu'il n'en existe pas, en fonction de la valeur des marchandises litigieuses, la définition de ces valeurs de référence devant être précisée dans la loi d'incrimination elle-même. Ensuite, le législateur devrait distinguer les différentes infractions selon leur gravité de manière à ce que la gradation des sanctions soit possible au niveau même des textes. Il doit à cet effet catégoriser davantage les infractions de manière à graduer les fautes et les dommages causés par l'infraction de manière à affiner la répression.

B. Les aménagements nécessaires des sanctions dans les autres matières

1. Un allègement des sanctions

L'analyse de l'évolution de la législation française ou malgache sur le chèque a permis d'avoir une vision moins optimiste quant à l'efficacité de la spirale d'aggravation des peines à chaque modification des textes. Les peines prévues par le décret-loi de 1935 ayant été jugées trop lourdes³²⁴, l'Ordonnance de 1972 a baissé le maximum de la peine d'emprisonnement à deux ans. La loi de 2004 est revenue au maximum de cinq ans, quelle que soit l'infraction considérée. Cette aggravation des peines aboutit pourtant aux mêmes résultats que ceux des peines prévues par le décret-loi de 1935 : une ineffectivité des sanctions due au refus du juge de prononcer de lourdes sanctions. Dans les faits, celui-ci prononce souvent une peine d'amende avec sursis. Dans un souci d'effectivité, la peine maximale de deux ans aurait dû être maintenue.

2. Une harmonisation des sanctions

Certaines sanctions sont incohérentes et doivent être harmonisées. A titre d'illustration, pourrait être cité le cas de l'abus des biens sociaux en droit français. La peine encourue s'élève à cinq ans

³²⁴ H. RAKOTOMANANA, *Droit pénal malgache des affaires*, op.cit. p. 203 ; B. ANDRIAMIHANTA, « Commentaires de la nouvelle loi sur les chèques », in *Revue MCI*, février 2005, n°17, p. 3suiv.

d'emprisonnement et à 375 000 euros en cas d'abus de biens sociaux commis au sein d'une société anonyme (article L. 242-6 du code de commerce français) alors qu'elle est de cinq ans d'emprisonnement et de 9 000 euros en cas d'abus de biens sociaux et de détournement d'actifs en cas de liquidation. Il conviendrait ainsi d'harmoniser cette dernière peine avec la peine générale d'abus de biens sociaux.

3. Une variation des sanctions

En règle générale, la dépénalisation peut également passer par un élargissement de la variété de sanctions pouvant être prononcées par les juridictions répressives³²⁵. Ainsi, des peines telles que les interdictions de gérer sont-elles particulièrement adaptées et mériteraient d'être généralisées. Ces peines d'interdiction ont le mérite d'avoir à la fois une nature de sanction mais également un rôle préventif en ce qu'elles écartent le dirigeant fautif de la vie des affaires. Cet élargissement a pour but de permettre au juge de mieux statuer sur le cas qui lui est présenté.

C. La rationalisation des peines encourues par les personnes morales en droit français³²⁶

Lors de l'extension de la responsabilité pénale des personnes morales depuis la loi Perben II en 2004, les peines alternatives ou complémentaires à l'amende n'ont pas été revues. Par conséquent, les personnes morales sont différemment sanctionnées selon que leur responsabilité pénale était déjà prévue par la loi ou le règlement et qu'elles encourent des peines complémentaires ou que cette responsabilité résulte de la seule généralisation de la responsabilité.

S'agissant des peines criminelles et correctionnelles par exemple, l'article 131-37 du code pénal français prévoit d'une part l'amende, sans restriction, pour toute infraction, et d'autre part d'autres peines dont la liste est donnée à l'article 131-39 mais applicables seulement dans les cas prévus par la loi. Dans le cas où aucune amende spécifique n'est prévue, son montant maximal est égal au quintuple du taux maximal prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction et au décuple en cas de récidive. Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 euros. L'article 131-39 prévoit d'autres peines : dissolution,

³²⁵ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 47suiv ; Cependant, on pourrait se demander en quoi consiste une dépénalisation qui renforce l'arsenal pénal, B. BOULOC, « *Le droit pénal des sociétés* » in J.-J. DAIGRE, *La modernisation du droit des sociétés*, 1997, n° 96.

³²⁶ Ibid. ; ACE, *Propositions pour une dépénalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p.15suiv. ; V. également M. DAURY-FAUVEAU, M. BENILLOUCHE (dir), *Dépénalisation du droit des affaires et responsabilité pénale de la personne morale*, P.U.F, 2009.

fermeture définitive ou temporaire des établissements ayant servi à commettre l'infraction, etc. Ces peines ne sont applicables que si la loi le prévoit expressément infraction par infraction sauf récidive. Or, aucune infraction touchée par la généralisation ne prévoyait l'utilisation de telles peines puisqu'elles n'envisageaient pas la condamnation des personnes morales.

Cette situation a conduit à des incohérences au niveau des sanctions. Par exemple, en matière d'abus de confiance, la personne morale risque les peines de l'article 131-39 du code pénal dont la dissolution. Par contre, pour l'abus de biens sociaux désormais touché par le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, la personne morale n'encourra que l'amende puisqu'aucune peine complémentaire n'est prévue. D'où le manque de logique, puisque c'est l'abus de biens sociaux qui est l'infraction normalement la plus grave³²⁷. Ainsi, le législateur français devrait modifier les articles relatifs aux infractions qui ont « bénéficié » de la responsabilité pénale de la personne morale pour que les peines encourues par les personnes morales françaises soient cohérentes.

Section 2. Le renforcement de l'efficacité du système pénal

Mieux dépénaliser pourrait conduire à renforcer l'efficacité du système pénal. En effet, les arguments en faveur de la dépénalisation ont mis en accusation non seulement le législateur, mais aussi « les systèmes juridiques et leurs institutions elles mêmes »³²⁸.

Paragraphe 1^{er}. Le renforcement de la fonction légistique³²⁹

Renforcer la cohérence de la norme pénale nécessite plus que des modifications des textes pénaux. Cela suppose une véritable réforme du processus de création des infractions d'affaires. Il sera ici question d'apporter quelques réflexions quant à la confection des textes du droit des affaires par rapport au principe de la légalité criminelle.

A. L'éclatement du droit pénal des affaires

1. L'hétérogénéité du droit pénal des affaires

Le droit pénal des affaires, aussi bien malgache que français, est un droit hétérogène, « une fourre-tout »³³⁰. Il est dispersé dans un grand nombre de corpus normatifs. S'agissant du droit

³²⁷ D'ailleurs, sur ce point, il paraît approprié de signaler l'existence de la même incohérence en droit malgache (bien entendu, il s'agit des personnes physiques). En cas d'abus de confiance, les peines d'emprisonnement prévues sont de six mois à cinq ans alors qu'elles sont de deux mois à deux ans pour l'abus de biens sociaux.

³²⁸ Y. CHAPUT, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », in Pouvoirs n°128, 2009, p.87.

³²⁹ La légistique est la fonction d'études et de confection des textes de lois.

malgache, le code des douanes, la loi sur la concurrence, la loi sur les sociétés commerciales, ... sont autant d'exemples de textes contenant des dispositions pénales qui concernent l'entreprise et ses dirigeants. Pour le droit français, les infractions du livre III du code pénal français ne sont qu'une minorité par rapport aux incriminations qui figurent dans divers codes ou lois autonomes : le code de commerce, le code monétaire et financier, le code de la consommation, etc. Cet éclatement freine ainsi l'accessibilité de la norme pénale³³¹ pourtant considérée comme l'un des éléments constitutifs du principe de légalité.

2. L'existence de l'incrimination par renvoi

Dans sa conception pure, le principe de la légalité suppose que dans le même texte soit définie l'incrimination et soit précisée la sanction encourue³³². Le droit pénal des affaires déroge largement à cette conception par l'existence de la technique du renvoi dont les implications s'avèrent assez dangereuses. La technique législative de l'incrimination par renvoi consiste à déterminer les éléments constitutifs d'une qualification pénale dans un texte et de renvoyer à un autre texte pour la répression. Le droit douanier est rempli d'exemples à ce propos³³³.

Il en est de même pour les deux lois n°2004-003 du 24 juin 2004 portant libéralisation du secteur pétrolier aval et n°2004-031 du 24 juin 2004 relative aux sanctions et constatation des infractions aux lois sur les activités du secteur pétrolier aval. La première loi prévoit en son titre X toutes les qualifications pénales touchant le secteur tandis que la deuxième contient toutes les sanctions correspondantes³³⁴. La technique est aussi très utilisée par le législateur français³³⁵. Cet éclatement est particulièrement important en droit français de la consommation. Si le code de la consommation procède fréquemment par renvoi, le droit de la consommation est lui-même éclaté en plusieurs codes (code de commerce, code de la construction et de l'habitation,...). Il en résulte une atteinte à la cohérence de la matière et à la sécurité juridique des consommateurs comme des entreprises du fait de la dissémination des règles. Le rassemblement de l'ensemble

³³⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 1989, p. 13.

³³¹ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 58.

³³² G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p. 13.

³³³ On peut citer l'article 356-1° du code des douanes qui dispose : « Est passible d'une amende de 500 000 à 2 500 000 ariary toute infraction aux dispositions des lois et règlements douaniers lorsque cette irrégularité n'est pas plus sévèrement réprimée par le présent code [...] toutes infractions aux dispositions des articles 47, 58.-b), 60, 61, 64, 71-2° et 129.2° ci-dessus ou aux dispositions des arrêtés pris en application de l'article 12-2° du présent code » ou l'article 363-2° « Constituent en particulier des faits de contrebande la violation des dispositions des articles 69.-1°, 72-1°, 76, 251 et 252 ci-dessus ».

³³⁴ Ainsi, par exemple, l'article 13 de la loi n°2004-031 sus visée stipule : « les infractions prévues aux paragraphes A1 et A2 de l'article 36 nouveau de la Loi (loi n°2004-003) sont punies d'un avertissement »

³³⁵ Un exemple, l'article L.641-1 du code monétaire et financier stipule « est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, le fait, pour toute personne participant aux délibérations ou aux activités du comité des établissements de crédit des entreprises d'investissement de violer le secret professionnel institué à l'article L.612-6, sous réserve des dispositions de l'article 226-14 du code pénal ».

des textes serait alors nécessaire pour plus de lisibilité et pour parvenir à une harmonisation de la matière.

3. Le préjudice pour la vie des affaires

La technique d'incrimination par renvoi accentue la dispersion normative. Si elle a l'avantage d'éviter de réécrire certains textes et de favoriser la cohérence entre les instruments normatifs, elle dégrade l'accessibilité de la norme par les justiciables³³⁶. Elle contribue ainsi au sentiment d'un risque pénal difficile à appréhender pour l'entreprise et donc préjudiciable à l'investissement économique. Par ailleurs, cet éclatement et ces renvois entretiennent la méconnaissance du droit des affaires et des infractions pénales par le milieu des affaires notamment par le chef d'entreprise. Certes, l'argument des personnes poursuivies consistant à dire qu'ils n'ont pas été formés au droit, qu'ils ne peuvent comprendre la complexité du droit pénal et qu'en conséquence, il ne faudrait pas les sanctionner n'est pas juridiquement recevable. Néanmoins, il existe une réelle méconnaissance des textes répressifs par les acteurs de la vie des affaires que la pratique ne peut pas ignorer³³⁷ et qui nuit aux relations entre eux et au développement de leurs activités. La norme perdrait sa dimension préventive faute d'être connue par les acteurs économiques concernés et sa dimension symbolique faute d'être compréhensible par les non professionnels du droit. L'aboutissement final de telles situations est l'ineffectivité de la loi pénale en droit des affaires.

4. L'indispensable travail légistique

La dispersion du droit pénal des affaires reflète la production des textes et les enjeux de pouvoirs au sein de ministères concernés par les activités économiques et financières. Faute d'analyse suffisante sur l'autorité de la règle de droit, les normes sont bien souvent exclusivement garanties par des mécanismes pénaux. C'est ainsi que d'une manière presque systématique, les ministères³³⁸ porteurs d'un projet de texte insistent pour créer une infraction pénale pour assurer l'effectivité de la règle du droit des affaires sans qu'il soit effectué une réflexion sur l'ensemble des sanctions. En d'autres termes, cet éclatement est le reflet de l'absence d'une véritable politique pénale en matière économique et financière.

³³⁶ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 59.

³³⁷ Ainsi dans les faits, notamment lorsque l'infraction est d'une faible gravité, au lieu d'appliquer directement la sanction encourue, l'administration poursuivante se contente souvent de donner un avertissement ou tout au plus de menacer par l'existence de la sanction pénale de manière à vulgariser la loi et son contenu.

³³⁸ Tels que le ministère chargé du commerce, le ministère chargé des finances.

Remédier à cette production poussée et désordonnée de la sanction pénale implique une véritable évolution légistique. En effet, seule une solution au niveau du processus et de la mécanique de production de la norme pénale permettrait une dépénalisation à terme de la vie des affaires, de simples modifications au niveau des textes n'étant pas suffisantes. Le système de la confection des textes exige cohérence, proportionnalité des réponses et surtout utilisation de l'ensemble des mécanismes juridiques pour garantir l'effectivité de la règle de droit.

Sur ce point, le système est bien meilleur à Madagascar qu'en France. En effet, à Madagascar, le monopole de la création de la norme pénale revient au Ministère de la justice bien qu'à l'origine de la création de nouvelles incriminations se trouve la sollicitation des ministères techniques concernés par la production du texte. Le renforcement à effectuer consiste à procéder à une meilleure évaluation de l'opportunité de la nouvelle qualification pénale et de la proportionnalité des sanctions ainsi que de leur cohérence avec les incriminations déjà en vigueur.

En France, le projet de texte porté par les différents ministères est rarement présenté sans un volet pénal. Il est alors essentiel de rendre obligatoire un examen des qualifications pénales par le Ministère de la justice ou mieux, la création de l'infraction ainsi que de la sanction encourue devrait relever du seul Ministère de la justice sans pour autant empêcher des sollicitations de la part des différents ministères techniques.

Une fois encore, l'on revient sur la nécessité d'une réflexion d'ensemble sur les textes du droit des affaires et plus particulièrement leurs dispositions répressives. Cette vision d'ensemble serait concrétisée par une politique pénale propre et adaptée au droit des affaires.

Paragraphe 2. Le renforcement de la fonction judiciaire

« Le mouvement de la dépénalisation n'a pas vocation à désarmer la justice pénale aux comportements frauduleux des acteurs économiques, bien au contraire il s'agit de promouvoir une justice pénale occupant un espace moins large mais plus rapide et plus efficace »³³⁹. En effet, les tenants de la dépénalisation du droit des affaires ont toujours reproché à la justice pénale d'être inefficace : procédures longues et incertaines, peu rentables. Il est à rappeler qu'a été notamment soulevé le « divorce » entre deux mondes : celui des acteurs judiciaires et des acteurs économiques favorisant les aléas qui frappent la vie des affaires. Valable ou non pour ainsi réclamer une dépénalisation du droit des affaires, cette argumentation témoigne d'une certaine inadaptation de la justice répressive au traitement du contentieux des affaires. Se trouve

³³⁹ J.-M. COULON, op.cit., p. 79 ; V. dans ce sens, CCIP, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises*, op.cit. ; J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, op.cit., p. 23.

dès lors mise en jeu la confiance des entreprises dans le système judiciaire. Les réflexions qui suivent seront axées sur l'opportunité d'une spécialisation au profit du contentieux des infractions d'affaires.

A. La spécialisation des juridictions

Il est essentiel de renforcer à la fois la confiance des acteurs de la vie des affaires dans la justice mais également une meilleure perception des magistrats du monde et des rationalités des affaires. Un des avantages principaux des voies concurrentes à la voie pénale évoqués par la doctrine est la spécialisation des autorités qui prononcent les sanctions. Il s'agit par exemple de la banque pour les chèques sans provision, la douane pour les infractions douanières, l'administration fiscale pour les infractions fiscales, le Conseil de la concurrence ou l'Autorité de la concurrence pour les infractions aux règles du droit de la concurrence, l'Autorité des Marchés Financiers pour les manquements boursiers, etc.

La nécessité de spécialiser les juridictions pénales se fait de plus en plus ressentir. En France, une spécialisation existe depuis 1975, s'agissant de la délinquance financière complexe et, depuis 2004 pour les affaires financières d'une très grande complexité³⁴⁰. A Madagascar, une spécialisation a existé avec les anciens Tribunaux Spéciaux Economiques compétents pour connaître des infractions d'ordre économique, incluant de ce fait des infractions relevant du droit des affaires. Ces tribunaux spéciaux ont été supprimés par la suite. Une spécialisation n'existe pas actuellement pour le contentieux répressif des affaires au sens strict. Par contre, une juridiction spécialisée existe en matière « économique »³⁴¹ entendue de manière différente. Il s'agit de la Chaîne Pénale Anti Corruption. Ces deux juridictions pénales spécialisées pourraient servir de modèles de spécialisation de juridiction en matière d'infractions d'affaires. Ainsi, il pourrait être envisagé de créer une section spéciale au sein de l'organisation judiciaire répressive qui sera chargée de statuer sur les infractions d'affaires c'est-à-dire celles qui mettent en cause les entreprises et les acteurs économiques. Cette spécialisation pourrait être mise en place pour toute la chaîne pénale, donc, du parquet initiateur de l'enquête jusqu'à la juridiction de jugement. L'expérience de la Chaîne pénale anticorruption montre que la spécialisation des juridictions permet de répondre aux impératifs de célérité, d'exemplarité et offre des garanties procédurales suffisantes. Adoptant ce point de vue et constatant l'efficacité et surtout l'effectivité des sanctions prononcées, les pouvoirs publics seraient amenés à renforcer cette spécialisation. Le

³⁴⁰ J.-M. COULON, op.cit., p.85.

³⁴¹ Les infractions économiques concernées sont les infractions prévues par les articles 174 et suivants du code pénal telle la corruption, la concussion, etc.

projet de modification de la chaîne pénale anticorruption en chaîne pénale économique et financière est en gestation. Cependant, le système de guichet unique judiciaire spécialisé semble moins adapté au traitement du contentieux pénal des affaires que celui de la section spécialisée auprès des juridictions pénales de droit commun. Tel a été le cas des tribunaux spéciaux économiques qui ont été implantées dans les chefs lieux des six provinces.

B. La spécialisation des acteurs judiciaires

Une perception optimale des réalités de la vie des affaires par la juridiction pénale requiert un échevinage de la juridiction de jugement. En France, cet échevinage est particulièrement préconisé pour le contentieux des délits boursiers³⁴². Il est par exemple demandé de désigner des assesseurs supplémentaires reconnus pour leur compétence technique³⁴³. Le système adopté dans les anciens tribunaux spéciaux économiques mérite d'être pris en compte³⁴⁴. Ces tribunaux spéciaux ont été présidés par un magistrat professionnel. Il est assisté de quatre assesseurs ayant voix délibérative dont l'un doit être un fonctionnaire appartenant au département ministériel dont relève l'infraction et les trois autres des citoyens tirés sur une liste. De même le ministère public est bicéphale. Il est représenté par l'agent verbalisateur qui a dressé procès-verbal et à l'audience, celui-ci est assisté par un magistrat membre du parquet. Le législateur a estimé que l'agent qui a relevé l'infraction est le mieux placé pour soutenir l'accusation.

L'échec de la pénalisation du droit des affaires a principalement été l'argument présenté en faveur d'une dépénalisation. Ainsi, le principal enjeu de la dépénalisation est avant tout de définir une politique pénale adaptée à la vie des affaires³⁴⁵. Cela consiste essentiellement à instaurer un équilibre entre pénalisation et dépénalisation, entre considérations éthiques, morales et rationalités économiques. La première forme de la dépénalisation consiste ainsi à réduire le champ d'application du droit pénal dans le droit des affaires (aspect quantitatif) mais en même temps œuvrer à l'effectivité et à l'efficacité de cette répression pénale (aspect qualitatif). Ce travail d'adaptation implique en premier lieu un redéploiement du contenu du droit pénal des affaires. Il s'agit de la suppression des infractions inutiles, la redéfinition de certaines

³⁴² M. RACT-MADOUX, « *Mythe ou réalité de la dépénalisation* », in « *Dépénalisation et contrôles internes : les nouveaux enjeux* », 2008, p.8 ; J.-M. COULON, op.cit., proposition n°15, p. 106.

³⁴³ Mais cette solution est critiquée dans la mesure où la désignation se ferait par voie d'arrêté. Certains auteurs y voient un moyen pour le pouvoir exécutif de choisir son juge.

³⁴⁴ L. RAKOTONIAINA, « *La juridiction économique à Madagascar* », in « *La délinquance économique et financière. Enjeux et stratégies* », colloque international, Antananarivo, 1996, p. 189.

³⁴⁵ CCIP, « *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises* », 2008 ; D. NORQUET, *Quel droit pénal des affaires pour demain ?*, op.cit., p.16.

incriminations notamment en matière douanière, la rationalisation des peines encourues soit dans le sens d'un allègement soit dans le sens d'une plus grande cohérence. Il est aussi essentiel pour la sécurité juridique des acteurs de la vie des affaires de redonner son sens à l'intentionnalité des incriminations ou au principe de la légalité des incriminations et des peines. La dépénalisation en certains domaines est moins importante que dans d'autres. Ainsi, le droit de la concurrence n'appelle pas de modifications majeures par rapport au droit douanier malgache, le droit français des sociétés, ou encore le droit français de la consommation. En revanche, certaines incriminations et sanctions sont à maintenir pour parvenir à distinguer les véritables fraudes des simples manquements de faible gravité aux règles du droit des affaires. Il s'agit tout particulièrement de l'infraction d'abus de biens sociaux.

Cette forme de dépénalisation comprend ensuite une réorganisation des institutions au sein du système pénal. D'une part, elle conduit à remettre en question le jeu de pouvoir dans la confection des textes du droit des affaires ainsi que de sa branche répressive. L'hétérogénéité du droit pénal des affaires est le reflet de l'absence de réelle évaluation de l'incrimination à créer ni de véritable réflexion sur l'ensemble du corpus législatif. Cette vision globale est à promouvoir. D'autre part, il est essentiel de renforcer la justice pénale en créant des spécialisations des juridictions. Aussi précise que soit l'incrimination, sa prévisibilité dépend beaucoup de la maîtrise de la matière par l'institution qui la met en œuvre. Malgré le caractère fondamental d'un travail de dépénalisation au niveau des lois existantes en droit des affaires, il ne saurait résoudre le problème de la pénalisation du droit des affaires à terme sans la prise de mesure concrète au niveau des institutions intervenant aussi bien en amont qu'en aval dans la pénalisation. Par conséquent, bien que la dépénalisation relève essentiellement de la théorie juridique, puisqu'elle traite de la place du droit pénal dans le droit des affaires par rapport aux autres modes de régulation, elle implique la considération des préoccupations d'ordre pratique.

S'agissant des infractions qui n'appelleraient plus une réponse pénale alors que leur interdiction demeure impérative, une sanction extra pénale leur est plus appropriée. Le second volet de la dépénalisation consiste précisément à substituer cette sanction nouvelle à la sanction pénale antérieurement prévue. Certains auteurs estiment que cette méthode de substitution est une forme typique de la dépénalisation du droit des affaires³⁴⁶.

³⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, P.U.F, 1986 ; J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », in Arch. phil. droit, 1997, p.192 ; J. LEFEBVRE, « La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ? », in Désordre(s), P.U.F, 1997, p. 246.

TITRE 2. LA RECHERCHE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES MODES DE SUBSTITUTION

La deuxième forme de dépenalisation substitue une sanction de nature administrative, civile, pécuniaire ou disciplinaire, a priori ou a posteriori à la sanction pénale prévue par le droit pénal des affaires. En effet, le droit répressif des affaires s'est enrichi d'une nouvelle notion : « la matière pénale »³⁴⁷. Les exigences du droit à un procès équitable ont judiciarisé ces autres modes de sanction au point où on est arrivé à une dilution de l'intervention du juge répressif en matière de répression de la délinquance d'affaires. Le droit pénal au sens strict ne suffit plus pour la régulation de la vie des affaires.

Seulement, la mise en œuvre de ces nouvelles sanctions a rencontré quelques difficultés menaçant la sécurité juridique des activités d'affaires : ayant des doutes sur la garantie d'effectivité offerte par ces sanctions de substitution, le législateur a souvent préféré créer le parallélisme entre sanction pénale et sanction extra pénale. Ainsi, l'étude de ce second volet de la dépenalisation aura pour objet de rechercher la sécurité juridique à partir des réflexions portées sur les sanctions alternatives, lesquelles semblent être incontournables pour la modernisation du droit des affaires. L'analyse portera sur l'utilité du recours à tel mode de substitution pour tel manquement à une règle du droit des affaires. En d'autres termes, il est question de présenter une typologie des sanctions de substitution suivie d'une évaluation de leur opportunité et de leur efficacité ainsi que des mesures préconisées en vue de la dépenalisation éventuellement souhaitée. L'analyse du fonctionnement de chaque mode sera déterminante pour l'appréciation de sa pertinence et la détection de ses failles. Néanmoins, une remarque se révèle indispensable dans la conduite de ces réflexions. Les mécanismes de substitution, s'ils assurent la fonction répressive, répondent à une préoccupation plus large et relativement récente : assurer la fonction régulatrice des activités et des relations d'affaires. L'appréciation du recours aux sanctions nouvelles sera orientée vers cette optique de régulation (Chapitre 1^{er}).

En elles-mêmes, ces différentes sanctions pourraient présenter des inconvénients par rapport au droit des affaires. Ces points de défaillance auront été signalés lors de leur analyse respective et des conséquences seraient à tirer quant au choix à opérer face à un manquement donné. En outre, des inconvénients pratiques mais essentiels pourraient être occasionnés par la mise en œuvre de

³⁴⁷ La matière pénale s'entend de « toute matière punitive et ayant une certaine gravité » (CEDH 21 février 1984 Östürk c/RFA § 49 série A n° 73).

ces mécanismes. La sanction pourrait sembler correspondre dans son principe au comportement à « traiter » mais son application pourrait créer une insécurité juridique, obstacle à l'efficacité du contentieux des affaires. D'où la nécessité d'améliorer l'encadrement de ces modes de substitution (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er}. L'opportunité du recours aux modes de substitution

Plusieurs mécanismes de substitution sont possibles. Ils diffèrent par leur nature, par leurs mode et temps d'intervention, par leur finalité principale. Ils sont existants ou à créer. L'analyse de chacun d'entre eux permet de déterminer dans chaque branche du droit des affaires comment les infractions pourront être dépenalisées. Cependant, à ce stade de la réflexion, et au vu des statistiques d'application des textes répressifs en droit des affaires, une question fondamentale se pose : la dépenalisation entraîne-t-elle nécessairement le besoin d'une sanction de substitution ? On le sait, de nombreuses incriminations sont inappliquées. Il apparaîtrait assez naturel, dans le cadre d'une réforme de dépenalisation, de se pencher en priorité sur celle-ci. Or, si la suppression de sanctions pénales s'accompagne systématiquement de la mise en œuvre de sanctions de substitution, le résultat sera en contradiction radicale avec l'objectif de limiter les freins à l'activité économique. En effet, les sanctions seraient pléthoriques même si non pénales. De ce fait, le recours à une sanction de substitution devrait être guidé par le principe d'efficacité et d'effectivité. La dépenalisation peut être sèche, ou s'accompagner de mécanismes nouveaux soit de prévention (Section 1^{ère}), soit administratifs non pécuniaires (Section 2), soit d'ordre pécuniaire (Section 3), soit civils (Section 4).

Section 1^{ère}. Le système de prévention des infractions en matière de chèques

En règle générale, les mesures préventives sont du ressort de l'administration. Dans certains cas particuliers, la prévention est confiée par l'Etat à des organismes professionnels tels que les banques.

Paragraphe 1^{er}. Le choix de la banque

Le banquier est devenu un « seigneur-justicier »³⁴⁸. En effet, depuis la loi n°2004-045 du 14 janvier 2004 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèques, il est imposé à la profession bancaire de faire la police des chèques. Ce choix nous paraît à la fois moral et pragmatique. Il est moral parce que les banques ne sont pas étrangères à l'essor de la délinquance en matière des chèques. Pour drainer une clientèle toujours plus nombreuse, elles ont relâché leur vigilance, accordant des ouvertures de comptes et des délivrances de chéquiers sans discernement. La concurrence sauvage entre établissements bancaires a fini par compromettre l'équilibre du marché financier, le chèque étant devenu un instrument de paiement suspect. Elles se voient donc investies de la mission fondamentale d'assainissement. Il y a là au surplus un choix très pragmatique car les banques sont équipées pour connaître leur clientèle et pour remédier à des agissements irréguliers. En conséquence, le banquier se voit doter d'un certain pouvoir ou d'une certaine obligation selon le point de vue : contrôle accru lors de l'ouverture d'un compte, injonction de régulariser les chèques sans provision, interdiction de délivrer des formules de chèques, obligation de payer certains chèques.

Paragraphe 2. Les principales caractéristiques des mesures de prévention

A. L'interdiction bancaire

Aux termes de l'article 3 de la loi du 14 janvier 2005, dès qu'il y a refus de paiement d'un chèque pour absence, insuffisance ou indisponibilité de provision (incident de paiement), le tireur est interdit d'émettre des chèques pendant un délai d'un an, interdiction qui doit être notifiée par le banquier tiré. Il est à signaler à ce propos que lorsque l'incident de paiement est le fait d'un représentant d'une personne morale, l'interdiction bancaire s'applique et à la personne morale et à son représentant tenu personnellement de l'incident de paiement.

B. Les injonctions bancaires

Cette notification doit également contenir une injonction faite au titulaire du compte de « *restituer à tous les banquiers et autres établissements dont il est le client, toutes les formules de chèques en sa possession et en celle de ses mandataires, et interdiction de ne plus émettre pendant un délai d'un an des chèques autres que des chèques certifiés ou des chèques destinés au retrait des fonds par le tireur* » (article 3 alinéa 2). C'est l'injonction faite au tireur de

³⁴⁸ Selon l'expression de Michel CABRILLAC dans le commentaire de la loi française de 1975.

restituer les formules de chèques. En outre, tout banquier « *informé de la mesure d'interdiction doit réclamer auprès du titulaire du compte et de ses mandataires les formules de chèques en leur possession et s'abstenir, pendant un délai d'un an à compter de l'incident de paiement de leur délivrer des formules de chèques autres que celles qui sont remises pour un retrait des fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification* » (article 5 de la loi).

C. La faculté de régularisation

Par ailleurs, la notification doit contenir un avis au tireur de la faculté de régularisation dans un délai de cinq jours. C'est cette possibilité de régularisation qui constitue le point clé de la dépenalisation de l'émission sans provision. En effet, dans le cas où le titulaire du compte arrive à constituer dans les cinq jours de la réception de l'injonction bancaire une provision suffisante et disponible destinée au règlement du montant du chèque, les poursuites pénales ne sont plus possibles, l'infraction d'émission sans provision n'étant pas caractérisée. Le défaut de mention de cette faculté de régularisation pourrait engager la responsabilité du banquier à l'égard de son client tireur en cas de préjudice.

D. L'information de la Banque Centrale de Madagascar

Une prévention des incidents de paiement est rendue possible par la création d'un système d'information centralisé auprès de la Banque Centrale de Madagascar. D'abord, dès qu'il y a un incident de paiement, la notification de l'interdiction bancaire doit également faire l'objet de déclaration à la Banque Centrale par le banquier tiré (article 3 in fine). Ensuite, si le tireur n'a pas usé de sa faculté de régularisation, le banquier tiré doit confirmer à la Banque Centrale le refus de paiement du chèque (article 22 alinéa 1). De même, toute régularisation dans le délai de cinq jours est portée par le banquier à la connaissance de la Banque Centrale (article 8). En outre, toute clôture de compte doit être avisée à la Banque Centrale dans les cinq jours à partir de cette clôture (article 8). Et d'une manière générale, doivent être déclarées par le banquier tiré toutes infractions aux dispositions de la loi.

E. Les mesures de précaution

Avant de délivrer des formules de chèques lors de l'ouverture d'un compte, tout banquier doit consulter au préalable le fichier central des chèques tenu par la Banque Centrale de Madagascar. Consécutivement à ces mesures de précaution, le banquier peut ne délivrer que des chèques destinés au retrait de fonds par le titulaire du compte ou des chèques certifiés. Ces pouvoirs et

obligations ont pour objectif de remédier aux incidents de paiement devenus chroniques. De ce fait, ils pourraient prévenir les émissions sans provision.

Paragraphe 3. L'efficacité du système de prévention

A. La dépénalisation et la responsabilisation des intervenants³⁴⁹

Ce système de prévention des infractions en matière de chèques a considérablement diminué le nombre des affaires à traiter par les juridictions répressives sans pour autant avoir éradiqué le mal. Le mérite de ce système est que sa mise en œuvre est confiée à des autorités de la profession, c'est-à-dire des organismes professionnels du domaine, à savoir les banques. Par ailleurs, ce type de mécanisme préventif reflète l'existence d'une politique déterminée vis-à-vis des infractions en matière de chèques. En effet, il s'agit, non d'une mesure isolée de prévention, mais un système, un dispositif de prévention, c'est-à-dire toute une série de mesures tendant, certes, à dépénaliser la matière, mais en même temps à responsabiliser tous les intervenants. Chaque intervenant voit ses obligations renforcées.

1. Les titulaires du compte

Pour les oppositions par exemple, les titulaires de compte sont tenus de faire diligence et de respecter certains formalismes. L'émission d'un chèque est un ordre de paiement irrévocable, sauf dans certains cas précisément définis par la loi. En cas d'incident de paiement, le titulaire du compte est tenu d'exécuter l'injonction qui lui est faite de restituer la totalité de ses formulaires de chèque et de respecter l'interdiction bancaire pendant le délai d'un an. Il est déclaré à la Banque Centrale et ses coordonnées sont enregistrées dans le fichier central jusqu'à régularisation de tous les incidents survenus sur un ou plusieurs comptes.

2. Les établissements teneurs de compte

Les obligations des banques sont celles qui ont été précédemment développées. Elles sont relatives à la notification du tireur en cas d'incident de paiement, à l'information de la Banque Centrale et aux différentes obligations de précaution en cas d'ouverture de compte ou de délivrance de formules de chèques. Les manquements à ces obligations engagent la responsabilité aussi bien pénale que civile du tiré.

³⁴⁹ V. notamment, B. ANDRIAMIHANTA, *Commentaires de la nouvelle loi sur les chèques*, in Revue du MCI février 2005, n°17, p.3. ; E. RAKOTONDRAMANANA, *Monographie du chèque bancaire*, in Revue du MCI, février 2005, n°17, p. 5.

3. La Banque Centrale

Elle devient l'organe de centralisation de tous les incidents relatifs au mouvement des chèques. Dans la pratique, il ne s'agit ici que de la sacralisation de la Banque Centrale dans un rôle qu'elle a toujours joué, du moins en ce qui concerne la saisine d'office des tribunaux en cas d'émission sans provision. Si auparavant, le procureur de la République restait juge de l'opportunité de la poursuite sur la base d'une liste des émetteurs de chèque sans provision que lui adresse périodiquement la Banque Centrale, l'esprit de la loi de 2004 oblige celui-ci à engager immédiatement la poursuite pénale dans la mesure où son information par la Banque Centrale signifie que les voies de règlement par la régularisation ont été épuisées. La Banque Centrale est également tenue d'informer les établissements teneurs de compte des clôtures de compte, des interdictions bancaires et judiciaires, mais également de leur levée. La loi a ainsi quasiment créé un droit à l'information préventive au profit des bénéficiaires de chèque. Cet environnement législatif du chèque entraîne un effet en amont sur l'émission même des chèques irréguliers et freine la croissance des impayés.

B. Les critiques

Une critique majeure de la part de la doctrine : « *la dépénalisation est rationnellement arbitraire* ³⁵⁰ ». Des comportements d'une gravité jadis comparable à celle de l'émission sans provision continueraient d'exposer leurs auteurs à des sanctions sévères, désormais choquantes au regard du traitement de faveur réservé au tireur d'un chèque sans provision. Ayant ce point de vue, M. JEANDIDIER affirme qu' « *une dépénalisation arbitraire est une dépénalisation ratée* ³⁵¹ ».

Pourtant, l'affinement de la répression conduit à adapter le régime répressif selon le contexte historique de l'infraction et les caractéristiques de l'infraction elles-mêmes. Bien entendu, le souci de cohérence entre les divers « traitements » des infractions prime, tous étant égaux devant la loi. Mais ce n'est pas créer l'arbitraire que de dépénaliser par la prévention l'émission sans provision d'autant plus qu'il est démontré que la pénalisation rigoureuse de cette infraction n'était pas la solution idoine pour y remédier.

Pour tenir compte de ces critiques, on pourrait suggérer de généraliser le principe de la prévention, tout en ayant en conscience que chaque contexte est différent. Le dispositif de prévention peut alors adopter une forme différente.

³⁵⁰ V. notamment, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, op.cit., p. 106.

³⁵¹ Ibid., p.107.

Section 2. Les voies préalables à la voie pénale

Les voies préalables sont des mécanismes organisés pour éviter de recourir à la voie pénale alors que l'infraction est déjà commise. Autrement dit, ces mécanismes constituent des mesures de prévention secondaire.

Paragraphe 1^{er}. Le mécanisme des avis

L'avis est le mécanisme par lequel une autorité, généralement une commission administrative, se prononce, donne sa position sur un litige qui lui est soumis. Il est un mécanisme de dépénalisation car le contentieux qu'il permet d'éviter est de nature pénale. Pour évaluer l'opportunité et l'efficacité d'un mécanisme d'avis, il convient d'analyser sa mise en œuvre au niveau de la Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière (CCED) en matière douanière.

Toute constatation d'irrégularité au moment du dédouanement des marchandises par le service de la douane entraîne « normalement » à l'égard du déclarant une infraction douanière. Toutefois, il est prévu pour le déclarant la possibilité de ne pas accepter cette constatation et cette possibilité constitue ainsi une voie de recours préalable à un recours devant le juge pénal³⁵². La CCED est donc un organe de recours pour des opérateurs qui contestent les sanctions douanières qui leur sont infligées à la suite de la constatation d'irrégularités. La Commission est composée de représentants du secteur privé et ceux du secteur public. Le système institué est à deux étages. D'une part, un « comité de filtrage » qui est chargé d'exercer le pouvoir reconnu au Directeur Général des Douanes avant la transmission effective de l'affaire devant la CCED et, d'autre part, la transmission par le Directeur Général des Douanes du dossier aux membres de la CCED après « filtrage » par celui-ci.

Les conclusions de la Commission ne lient pas obligatoirement les parties dans la mesure où elles ne constituent qu'un avis. La mise en place de cette Commission contribue à une évolution qui s'inscrit dans le cadre du succès croissant de l'arbitrage et de ses notions voisines. Cependant, aussi louable soit-elle, cette institution contient en elle-même ses limites. En effet, « le principe sacro-saint des règlements alternatifs des différends est bafoué notamment au

³⁵² V. Direction Générale des Douanes, *Manuel des procédures au niveau des administrations douanières*.

*regard de l'indépendance de celles-ci par rapport à l'Etat*³⁵³. Le principe de nomination du président de la Commission compromet son indépendance.

Par ailleurs, dans la doctrine des modes alternatifs de règlement des différends, ce type d'institution ne détient pas de véritable pouvoir de pression. Ainsi, le principal inconvénient du mécanisme de l'avis est qu'il est par définition sujet à contestation et donc n'est pas obligatoire. L'effectivité de la norme n'est donc pas garantie, ni la résolution de la situation issue du manquement à la norme.

Paragraphe 2. L'avertissement

L'avertissement est une sanction de nature disciplinaire. Il est souvent utilisé pour régler des manquements ou irrégularités minimales dans le but d'empêcher la récidive ou la commission d'une infraction plus grave. Le point de départ est toujours le constat de la violation d'une règle générale. Toutefois, soit la faible gravité des faits, soit le caractère de l'auteur (infracteur primaire ou plaidant de bonne foi), soit enfin (et sans doute surtout) la recherche d'un résultat à terme (prévention secondaire) vont faire préférer une action pédagogique à une action répressive que le respect formel des textes imposerait. L'avertissement se présente alors comme une mesure éducative se substituant à une sanction due.

Dans certains domaines du droit des affaires, tel que le droit de la concurrence ou le droit qui régit le secteur pétrolier aval, l'avertissement se place au premier rang des voies de règlement de contentieux les plus utilisées. En effet, les autorités investies du pouvoir sanctionnateur (le Ministère chargé du Commerce pour le droit de la concurrence et l'Office Malgache des Hydrocarbures pour le secteur pétrolier aval) indiquent que l'avertissement suffit souvent pour garantir l'effectivité de la règle du droit des affaires. Il en est de même en France, selon la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), 80% des problèmes rencontrés sont réglés grâce à la procédure d'avertissement³⁵⁴.

Si, de manière générale, l'avertissement est perçu à côté de la transaction comme étant à l'origine de la dépenalisation de fait du droit des affaires, il n'est pas moins présent dans les textes. Ainsi, par exemple, l'article 13 de la loi n°2004-031 du 24 juin 2004 relative aux sanctions et constatations des infractions aux lois sur les activités du secteur aval prévoit

³⁵³ R. JAKOBA, « *La Commission Fiscale de Recours Administratif et la Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière* », in *Revue MCI*, 2^e trimestre, n°42, 2008, p. 3.

³⁵⁴ M.-O. HUBSCHWERLIN, « *La dépenalisation du droit des affaires* » in « *Actualités en droit pénal et procédure pénale* », 25 avril 2008.

expressément la peine d'avertissement pour des infractions concernant le refus de tout titulaire de licence d'exploitation des hydrocarbures ou d'autorisation de travaux pétroliers de communiquer à l'OMH les renseignements dont il a besoin³⁵⁵. En revanche, en droit de la concurrence, si l'ordonnance n°73-055 du 11 septembre 1973 relative à la constatation, à la poursuite et la répression des infractions énumérées à l'ordonnance n°73-054 a clairement prévu que le Ministère chargé de l'Economie (par le truchement du Chef de Province) pouvait adresser un avertissement au délinquant dont c'est la première infraction, ce mode de régulation n'est prévu ni dans la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence ni dans le décret n°2008-771 du 28 juillet 2008 fixant les conditions d'application de la loi n° 2005-020. Cela n'empêche pas pour autant le Ministère chargé du Commerce d'avoir recours à l'avertissement dans les faits puisque celui-ci est chargé de veiller à la régulation du marché. Seulement, si cette fonction relève incontestablement du Ministère chargé du Commerce, son action n'est pas suffisamment encadrée par la loi.

Dans la pratique, la mise en œuvre de l'avertissement ne soulève aucune difficulté. Il est souvent un moyen pour l'autorité administrative de rappeler à l'acteur économique les dispositions législatives régissant son activité et qui lui sont applicables, autrement dit, un moyen pour remédier à la méconnaissance du droit pénal des affaires dont se prévalent (à tort) les acteurs de la vie des affaires. Ainsi, l'efficacité de l'avertissement préalable est largement reconnue pour réguler les comportements d'une gravité moindre.

Aussi est-il proposé de généraliser ce mécanisme à d'autres domaines du droit des affaires, particulièrement pour les infractions-obstacles. Il pourrait en être ainsi par exemple de l'irrégularité formelle douanière qui n'implique ni application des droits ni prohibitions. Dans ce cas comme dans d'autres cas, l'avertissement devrait être suivi d'une injonction administrative ou d'une procédure de régularisation. Certains auteurs proposent également l'application de la procédure d'avertissement préalable au droit de la consommation car elle « permet d'éviter une trop grande judiciarisation », sans pour autant priver les victimes de la possibilité d'agir devant les juridictions judiciaires pour faire valoir leurs droits³⁵⁶.

³⁵⁵ Cet article stipule : « Les infractions prévues aux paragraphes A1 et A2 de l'article 36 nouveau de la loi sont punies d'un avertissement. Si malgré l'avertissement à lui adressé, l'intéressé refuse d'exécuter, il lui est infligé une peine d'amende de un (1) million à quinze (15) millions d'Ariary ».

³⁵⁶ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 39.

Paragraphe 3. L'injonction administrative

L'injonction consiste pour l'autorité administrative d'ordonner, au besoin sous astreinte, l'exécution d'une obligation, de la cessation du manquement ou de l'infraction. Ce mécanisme évite non la commission de l'irrégularité mais l'aggravation de la situation illicite conduisant à une pénalisation du comportement ainsi interdit. En termes clairs, les injonctions administratives sont des pouvoirs de mise en demeure dont disposent certaines administrations à l'égard des acteurs économiques dans des domaines techniques particuliers. Il s'agit plus d'un rôle d'alerte que de sanction destiné à favoriser une solution négociée, tout au moins à éviter une véritable sanction.

L'injonction administrative est utilisée dans plusieurs domaines du droit des affaires. En droit de la concurrence, la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence reconnaît au Conseil de la concurrence cette faculté d'enjoindre en son article 37 : « [...] il (le Conseil de la concurrence) peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles. Il prononce le cas échéant des injonctions [...] ». De même, la loi n° 2004-031 du 24 juin 2004 qui réglemente le secteur pétrolier aval reconnaît à l'OMH ce pouvoir d'injonction. Par exemple, l'article 17 de la loi stipule : « les infractions prévues au paragraphe B4 de l'article 36 nouveau de la loi (loi n°2004-003) sont, à l'expiration d'une mise en demeure, punies d'une pénalité financière [...] ». C'est ainsi que l'injonction administrative est définie comme une voie préalable à l'application de la sanction définitive.

Pour le droit français, en droit boursier, l'Autorité des Marchés Financiers peut aussi ordonner des injonctions de faire spécifiques³⁵⁷. En droit de la consommation, les agents de la DGCCRF peuvent enjoindre au professionnel de se conformer à la réglementation telle qu'elle résulte des livres I^{er} et III du Code de la Consommation dans un délai raisonnable ou de faire cesser des agissements illicites ou abusifs. En pratique, les agents de la DGCCRF adressent un avertissement informel aux contrevenants leur rappelant la réglementation afin de les inciter à rectifier leur comportement. Les agents disposent ainsi, en fait, d'un pouvoir de pression pour faire cesser l'infraction³⁵⁸.

³⁵⁷ ACE, *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 11 ; P. LASCOURMES, « La C.O.B. entre magistrature économique et gestion du droit des affaires » in *Déviance et société*, Vol 9, n°1, 1985, pp. 1-30passim.

³⁵⁸ J.-M. COULON, *La dépenalisation la vie des affaires*, op.cit., p. 28.

Toutefois, les injonctions administratives, tout comme les autres voies préalables à la voie pénale sont critiquables : on a presque désormais le droit de mal faire, il suffit de réparer, de régulariser si l'on est découvert. Il s'agirait d'une certaine manière d'une progression du « pragmatisme ». Pourtant, la modernisation du contentieux des affaires en particulier et du droit des affaires en général est un processus incontournable face au dynamisme de l'objet qu'il a à régir. La montée du concept de « régulation » est perçue à travers l'analyse de l'évolution des textes du droit des affaires, du moins de certaines matières. Et c'est à travers cette optique de régulation qu'est privilégiée la recherche d'un résultat à terme plutôt que la préoccupation de punir à chaque « manquement », « incident » ou « irrégularité ». Cependant, cette position est à nuancer : elle ne vaut que pour des faits d'une gravité limitée et seulement lorsque les manquements consistent en la méconnaissance de règles techniques, d'où la particularité du contentieux de la « délinquance » d'affaires.

Par conséquent, ce mécanisme d'injonction pourrait être généralisé en droit de la concurrence. Il conviendrait de prévoir dans les textes et d'encadrer le rôle joué par le Ministère chargé du Commerce en matière d'injonction pour les affaires qui ne relèveraient pas du Conseil de la Concurrence. De même en France, il peut être proposé l'extension du mécanisme d'injonction administrative à l'ensemble des dispositions du Code de la Consommation. Par ailleurs, il convient de préciser que lorsque la valeur à protéger est d'une importance particulière, ce mécanisme d'injonction pourrait être conjugué avec la sanction principalement due.

Tels sont les principaux mécanismes préalables qui pourraient constituer chacun, exclusivement ou conjointement, une piste de dépénalisation en droit des affaires. Ces mécanismes ont pour point commun, en premier lieu, l'évitement d'une sanction pénale alors que le contentieux est déjà engagé ; ensuite, l'intervention d'une autorité administrative, traditionnelle ou indépendante, pour leur application. Enfin, si l'efficacité de ces différents modes de régulation paraît certaine en cas de comportement d'une faible gravité, ils ne devraient pas être utilisés, du moins à titre principal, et ne seraient pas suffisants pour la répression de manquement d'une importance plus élevée.

Section 3. Les sanctions pécuniaires

La dépénalisation du droit des affaires entraîne souvent l'application à l'égard du délinquant d'affaires des mécanismes impliquant un paiement de somme d'argent de sa part. Il s'agit

particulièrement de mécanismes de nature administrative³⁵⁹. L'appréciation de l'opportunité du recours aux sanctions pécuniaires de substitution ainsi que de leur efficacité implique de dégager leur caractère général. En revanche, la pertinence du choix de la sanction pécuniaire adéquate pour une infraction relevant du droit des affaires dépenalisée repose sur une analyse plus approfondie de chacun de ces mécanismes.

Paragraphe 1^{er}. Approche générale des sanctions pécuniaires

A. Le fondement des sanctions pécuniaires

Les sanctions pécuniaires consistent à mettre à la charge de l'acteur économique une obligation financière. Un auteur y voit un phénomène de monétarisation de la réaction sociale³⁶⁰.

Souvent la loi laisse subsister a priori l'ensemble des sanctions pénales applicables aux infractions en cause. Cependant, la procédure qu'elle introduit s'inscrit dans un mouvement de dépenalisation, au moins facultative en ce sens qu'elle permet non seulement d'appliquer une sanction exclusivement pécuniaire à des faits légalement passibles d'une peine privative de liberté (même si une telle peine est rarement prononcée dans les faits), mais encore de substituer une sanction administrative à toute forme de sanction pénale. Dans les autres cas, la loi prévoit exclusivement ou à titre principal l'application de la sanction pécuniaire. Si le but avoué de ces mouvements législatifs est d'assurer une répression plus efficace des infractions tout en prévenant une surabondance de procès et non une dépenalisation, il faut admettre que c'est à ce dernier résultat que de tels mécanismes aboutissent.

La majorité de la doctrine en droit des affaires privilégie ces sanctions pécuniaires pour réprimer les infractions d'affaires par rapport à la sanction pénale et plutôt que les autres sanctions alternatives. Cette préférence s'explique sans doute par le fait que les préjudices causés par les infractions d'affaires sont essentiellement économiques. De ce fait, des sanctions économiques seraient appropriées.

Cependant, la substitution des sanctions administratives d'ordre pécuniaire aux sanctions pénales ne doit pas leurrer : elle n'est pas toujours assimilable à un allègement de la sanction. Certains

³⁵⁹ Les sanctions pécuniaires de nature civile seront étudiées en section troisième du présent chapitre ; quant aux amendes pénales, elles relèvent de la pénalisation.

³⁶⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation* », in *Déviance et Société*, 1981, V, (1), p. 6.

auteurs remettent en cause l'effectivité de la dépenalisation dans ces cas³⁶¹ et se demandent en quoi consiste une dépenalisation qui aggrave la sanction. Certains redoutent que ces sanctions s'avèrent plus invalidantes et plus lourdes de conséquence que les sanctions pénales³⁶². Mais la dépenalisation du droit des affaires n'est pas synonyme de déresponsabilisation des professionnels (entreprises, dirigeants,...). L'objectif d'une réforme de dépenalisation n'est pas d'orienter vers une « pseudo-immunité » des entreprises mais de rationaliser les mécanismes de responsabilité.

B. Les avantages des sanctions pécuniaires

Les mécanismes de sanctions pécuniaires semblent être effectifs en droit des affaires bien que leur efficacité soit limitée. L'avantage principal de ces mécanismes est qu'ils sont prononcés par des autorités spécialisées. En effet, les manquements en droit des affaires qui sont punis de sanctions pécuniaires consistent souvent en la méconnaissance de règles techniques. Le fait que l'administration maîtrise bien ces règles facilite l'acceptation de la sanction par le délinquant d'affaires. Ces sanctions tiennent également leur efficacité en droit des affaires du caractère discret de la répression. Elles pourraient apparaître moins traumatisantes pour l'acteur économique que les sanctions pénales.

L'une des justifications les plus avancées à l'appui du système des sanctions pécuniaires administratives réside dans ce que « *l'action répressive paraît trop lourde de ses effets et qu'il n'est pas toujours adéquat de n'avoir recours qu'aux sanctions pénales auxquelles s'attache un caractère infamant et des conséquences sur la dignité humaine en général : son caractère déshonorant, sa transcription dans le casier judiciaire de l'intéressé* »³⁶³. L'efficacité de la répression se trouve associée à la cessation de l'état infractionnel et à l'exécution instantanée du substitut pécuniaire. De ce fait, la dépenalisation aboutit à préserver au maximum l'exclusion de l'acteur économique dans le circuit social et économique en maintenant intacte sa liberté individuelle. L'objectif serait davantage de réguler les comportements que punir sévèrement l'auteur des manquements.

³⁶¹ B. BOULOC, « *Le droit pénal des sociétés* » in J.-J. DAIGRE (dir), *La modernisation du droit des affaires*, op.cit., n°101 ; JULES, « *Le rapport sur la dépenalisation du droit des affaires* », in *Alternatives Economiques* n°267, mars 2008.

³⁶² CCIP, op.cit., p.28.

³⁶³ M. VAN DE KERCHOVE, « *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation* », op.cit., p. 10.

Toutefois, quelques auteurs émettent des réserves quant à l'efficacité de ces sanctions. Le caractère dissuasif des sanctions pécuniaires peut en effet être remis en cause³⁶⁴. « *L'efficacité « supposée » de la sanction administrative doit être comparée avec la « soi-disant » inefficacité du droit pénal* ». Une entreprise agit de façon rationnelle : si elle s'engage dans une pratique abusive, une violation de la loi, c'est en fonction d'un calcul coûts-bénéfices où les gains escomptés sont pondérés par des risques financiers (le montant de l'amende qu'elle risque de payer). Elle pourrait même anticiper ce risque et inclure une prime au risque dans son calcul initial. Ce qui rend la sanction administrative quasi-indolore, à moins que l'administration ne décide de montants d'amende très importants. Ces manœuvres dilatoires seraient inefficaces en cas de sanction pénale.

Or, l'analyse économique de la pénalisation montre que même le risque pénal peut être anticipé. Nonobstant ces considérations, dans le principe, le recours à ces sanctions financières semble adapté à la vie des affaires étant donné leur effectivité. C'est dans leur mise en œuvre que des difficultés peuvent surgir. Bien qu'elles constituent toutes les deux des sanctions pécuniaires, les amendes sont à distinguer des mécanismes transactionnels.

Paragraphe 2. Les amendes administratives

Si le résultat auquel aboutit tout mécanisme d'amende est pour le délinquant le versement de sommes d'argent, généralement, au trésor public, sa mise en œuvre diffère beaucoup selon l'autorité administrative qui le prononce. Ces différences d'application témoignent une différence d'objectif au niveau des autorités investies du pouvoir sanctionnateur.

Les amendes sont prononcées soit par une administration rattachée à l'Etat, il s'agit principalement des pénalités fiscales ; soit par une autorité administrative indépendante : ce sont les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence, l'Office Malgache des Hydrocarbures à Madagascar, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des Marchés Financiers en France.

A. Insuffisance de garanties procédurales

Les amendes et pénalités fiscales sont immédiatement infligées par l'administration fiscale dès la constatation de l'infraction. Les décisions sont prononcées par des fonctionnaires et le contentieux de leur contestation est confié aux juridictions administratives. La doctrine insiste sur le fait que cette situation constitue un recul en matière de garanties procédurales par rapport à

³⁶⁴ D. LEBLANC, « *Droit de la concurrence : la dépenalisation n'est pas la solution* » in « *Quelle dépenalisation pour le droit des affaires ?* », AJ Pénal n°2/2008, février 2008, p. 69.

la justice pénale³⁶⁵. En outre, il ferait basculer un contentieux du juge pénal vers le juge administratif³⁶⁶. Ainsi, l'extension de ce mécanisme aux autres domaines du droit des affaires produirait un dualisme juridictionnel pour une même branche de droit.

Néanmoins, il nous semble juste d'appliquer ce mécanisme aux irrégularités de bonne foi en matière douanière alors que les véritables fraudes seront maintenues dans le droit pénal. Il s'agit de la dépenalisation de type fiscal du droit douanier tant demandée par la doctrine douanière. La conduite de cette procédure par l'administration est présidée par le souci d'une répression plus certaine et plus automatique. Elle rend effectivement facile la répression mais préjudicie le contribuable dans la mesure où celui-ci est privé de l'exercice de ses droits de la défense devant l'administration. Toutefois, ces inconvénients sont tempérés par l'automaticité de la répression, laquelle exclut toute mesure arbitraire de la part de l'administration.

Quant aux sanctions pécuniaires prononcées par les autorités de régulation, « *elles sont issues d'une instruction et d'une procédure pleinement contradictoires assurant en cela aux intéressés les garanties nécessaires et des possibilités de recours*³⁶⁷ ». Mais cette affirmation ne fait pas l'unanimité de la doctrine. Un courant doctrinal reproche à ces instances administratives, notamment à l'Autorité des Marchés Financiers, de ne pas offrir les mêmes garanties procédurales que celles prévues par le code de procédure pénale alors que ces autorités ont un rôle quasi-pénal³⁶⁸. En effet, par exemple, si l'article 36 de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence prévoit la possibilité du recours contre les décisions du Conseil de la concurrence³⁶⁹, ce même article contient une précision à ne pas négliger : il s'agit de recours en annulation pour vice de forme et ce, devant le Conseil d'Etat³⁷⁰. Ainsi, les décisions du Conseil de la concurrence ne seraient pas susceptibles de recours pour des contestations sur le fond. Par contre, en droit français de la concurrence, les décisions de l'Autorité de la concurrence peuvent être contestées devant la Cour d'Appel de Paris³⁷¹.

³⁶⁵ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 38 ; ACE, *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 29.

³⁶⁶ J.-M. COULON, op.cit., p. 29.

³⁶⁷ V. Article 21 du décret n°2008-771 du 28 juillet 2008 fixant les conditions d'application de la loi n°2005-020 pour le Conseil de la concurrence ; C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F., Les voies du droit, p. 175 suiv. pour l'Autorité des Marchés Financiers et l'Autorité de la concurrence.

³⁶⁸ M.-O. HUBSCHWERLIN, « *La dépenalisation du droit des affaires* » in « *Actualités en droit pénal et procédure pénale* », 25 avril 2008 ; J.-M. COULON, op.cit., p. 63.

³⁶⁹ De même que l'article 21 du décret n°2008-771 du 28 juillet 2008 portant application de la loi n°2005-020.

³⁷⁰ Article 33 du décret n°2008-771 : « *Les décisions du Conseil de la concurrence peuvent faire l'objet, dans un délai d'un mois à compter de leur notification, d'un recours en annulation pour vices de forme devant le Conseil d'Etat [...]* »

³⁷¹ Avant 1986, le contrôle juridictionnel du Conseil de la concurrence français relevait du Conseil d'Etat.

B. Les modalités d'application des amendes

L'administration fiscale ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans l'application de l'amende. Le montant à appliquer sera celui prévu par une grille d'amendes et de pénalités établies en application des textes en vigueur. Ainsi, « *les amendes et pénalités de retard légales seront appliquées strictement sans hésitation ni aucune interprétation*³⁷² ». Le montant des amendes peut être soit forfaitaire soit proportionnel au montant de l'impôt non versé soit proportionnel au chiffre d'affaires annuel de l'entreprise. Selon le type d'infraction, il est ou non tenu compte de la personne, de la situation patrimoniale du contribuable. Les amendes et pénalités fiscales sont versées au trésor public.

S'agissant du montant des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence, « *le Conseil dispose de pouvoir d'appréciation des sanctions qui doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés et à l'importance du dommage causé à l'économie*³⁷³ ». La loi ne lie pas le Conseil quant au montant exact de l'amende ni ne donne une fourchette d'amendes à appliquer pour chaque type d'atteinte à la concurrence par l'entreprise concernée. Cette situation nous semble préjudiciable voire dangereuse pour l'entreprise puisqu'elle favorise l'arbitraire dans la décision du Conseil, bien qu'elle puisse présenter l'avantage de prendre en considération et la situation de l'entreprise sanctionnée et les circonstances des faits. L'article 28 du décret n° 2008-771 du 28 juillet 2008 stipule que « [...] il (le Conseil) peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées : - à la gravité des faits reprochés et à l'importance du dommage causé à l'économie ; - à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; - à la contribution apportée par cet organisme ou cette entreprise à l'établissement de la réalité de la pratique prohibée et à l'identification de ses auteurs, [...] à l'éventuelle réitération de l'infraction. Les sanctions pécuniaires sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction [...] ».

Malheureusement, la pratique ne peut encore enseigner la théorie sur l'efficacité d'un tel mécanisme, le Conseil de la concurrence n'étant pas encore mis en place.

³⁷² Instruction n° 459-MFB/SG/DGI portant application des dispositions légales en matière d'amendes et de pénalités fiscales.

³⁷³ Article 39 de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence.

Quant à la loi n°2004-031 du 24 juin 2004 relative aux sanctions et constatations des infractions aux lois sur les activités du secteur pétrolier aval, elle prévoit les limites minimales et maximales des amendes prononcées par l'OMH. Ce qui laisse une marge de manœuvre pour l'Office mais uniquement pour lui permettre de tenir compte des circonstances des faits.

C. Une divergence d'objectif

L'on remarque dans la mise en œuvre de ces amendes administratives que, selon le domaine considéré, le législateur marque une attention plus ou moins grande à l'infraction qu'à l'auteur de celle-ci. En matière fiscale, l'objectif primordial du législateur (lequel constitue la mission principale de l'administration d'ailleurs) est de préserver les finances publiques, c'est-à-dire le recouvrement des droits et des amendes prévus, les possibilités d'amendement du délinquant n'étant plus prises en considération. Le législateur paraîtrait avaliser l'idée que « *le processus intérieur de l'infraction s'est déroulé sur le terrain froidement mathématique des intérêts économiques, terrain peu susceptible de rééducation* ³⁷⁴ ». Or il n'en est pas du tout ainsi en droit de la concurrence. Le législateur a marqué sa volonté de garder la dimension pédagogique de la sanction pécuniaire et de nature administrative, en ce qu'elle est discutée et appliquée en considération de toutes les données entourant le manquement sanctionné. Ainsi, l'acteur économique devait être en mesure de comprendre la sanction, de l'accepter afin notamment d'éviter la récidive.

En définitive, les amendes administratives de substitution ne répondent pas toujours aux exigences de sécurité des activités des affaires. Or, ce sont ces mêmes impératifs de sécurité qu'ont évoqués les tenants de la dépénalisation du droit des affaires pour dénoncer l'inefficacité de la sanction pénale. Mais il n'est pas question pour autant d'abandonner ces sanctions alternatives pour de nouveaux mécanismes qui compliqueraient davantage le règlement du contentieux des affaires. Il serait néanmoins nécessaire d'encadrer plus strictement les pouvoirs de ces autorités administratives. En vue d'une plus large dépénalisation et dans le souci d'une plus grande cohérence au niveau du traitement des manquements d'affaires, on pourrait préconiser d'étendre le système de régulation par les autorités administratives indépendantes à d'autres domaines du droit des affaires tel que le droit de la consommation. Toutefois, une objection à cette proposition a déjà été élevée en ce sens sous prétexte que ce droit n'est pas

³⁷⁴ M. VAN DE KERCHOVE, « *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépénalisation* », op.cit., p. 9.

assez sectoriel. Pourtant, il convient de signaler à titre indicatif qu'un projet de loi³⁷⁵ appelée « loi alimentaire »³⁷⁶ propose la création d'une Agence Nationale de Sécurité Sanitaire des Aliments de Madagascar, une autorité administrative indépendante qui serait alors chargée de la régulation du secteur alimentaire et sous l'angle de la protection des consommateurs. Aussi l'extension de ces mécanismes administratifs est-elle envisageable. Cette dépénalisation consisterait à développer les nouvelles incriminations non dans le cadre du droit pénal mais dans le cadre d'un système extra pénal estimé dans ce cas plus adéquat. L'autorité de régulation serait chargée soit de prononcer des amendes administratives à l'encontre de l'entreprise soit d'engager une procédure transactionnelle permettant d'appliquer une sanction exclusivement pécuniaire.

Paragraphe 3. Les mécanismes transactionnels

A l'heure actuelle, l'application du droit pénal est surtout concurrencée par un mode de règlement des différends beaucoup plus consensuel : la transaction. Beaucoup sont d'avis que la transaction serait le mode approprié d'évitement de la voie pénale. Dans la pratique, le recours à la transaction explique en grande partie les faibles statistiques de la pénalisation devant les tribunaux répressifs. Le mécanisme transactionnel est ainsi une piste potentielle de dépénalisation du droit des affaires qui pourrait être généralisée ou étendue à d'autres domaines.

A. La transaction : une contractualisation de la répression

1. Le fonctionnement de la transaction

Plusieurs auteurs ont plébiscité le développement des modes transactionnels dans le domaine économique et financier. La transaction est la procédure par laquelle certaines administrations peuvent proposer aux délinquants l'abandon des poursuites pénales en contrepartie de l'aveu de l'infraction et du versement d'une somme d'argent dont elles fixent unilatéralement le montant. Cette procédure entraîne l'extinction de l'action publique. La transaction permet ainsi à la personne poursuivie pour infraction de régler le contentieux établi à son encontre, à l'amiable, c'est-à-dire, sans passer par la justice, ou encore, quand bien même l'affaire soit pendante devant une juridiction, de cesser les poursuites judiciaires entamées contre elle. Dans certaines situations, notamment en cas d'infractions douanières, la transaction peut être consentie même après décision de justice définitive. Dans ce cas, elle laisse subsister les peines corporelles (article 295 code des douanes).

³⁷⁵ Ce projet est actuellement en cours d'adoption au niveau national.

³⁷⁶ Cette loi est inspirée de la loi mauricienne sur la nourriture.

2. Les avantages de la transaction

Les avantages de la transaction sont nombreux. Elle peut effectivement contribuer à l'efficacité des procédures contentieuses. Elle permet une meilleure gestion du contentieux pénal en réservant l'audience aux cas les plus graves ou à ceux pour lesquels la culpabilité n'est pas reconnue, et ainsi d'économiser un temps précieux dans ces affaires complexes. En outre, à l'instar des amendes administratives, les procédures sont rapides mais surtout discrètes. C'est cette confidentialité du mécanisme qui attire la faveur des acteurs économiques et même celle des autorités compétentes et garantit une importante effectivité de la transaction. Par ailleurs, l'intérêt de la transaction réside dans la simplicité de la procédure et l'allègement des sanctions encourues par l'opérateur économique³⁷⁷. En effet, l'amende à payer à l'issue de la transaction est en principe moins lourde que la sanction pécuniaire (administrative ou pénale) due.

3. Les limites de la transaction

Cependant, la portée de la transaction est limitée. Toute transaction est interdite lorsque les faits incriminés sont d'une gravité particulière au regard de la loi, notamment lorsqu'il y a atteinte à l'ordre public économique³⁷⁸. En matière douanière, sont en principe exclues de la transaction les infractions portant sur des marchandises prohibées à titre absolu. En général, la transaction est également exclue en cas de récidive³⁷⁹.

Par ailleurs, l'administration peut ne pas accepter une sollicitation de transaction de la part de l'acteur économique. La transaction est en effet une faculté et non une obligation pour l'administration³⁸⁰. Une réforme de dépenalisation par recours aux mécanismes transactionnels doit donc tenir compte de ces différentes limites.

Quant à sa mise en œuvre, bien souvent la transaction constitue un contrat forcé sans véritable négociation, la seule concession de l'administration étant de renoncer à la procédure

³⁷⁷ Direction Générale des Douanes, *Manuel de procédures des contentieux douaniers*.

³⁷⁸ Par exemple, la loi n°2004-031 relative aux sanctions et constatations des infractions sur les activités du secteur pétrolier aval prévoit que « la transaction est interdite [...] notamment lorsqu'il y a atteinte à l'ordre public ainsi qu'à la protection de l'environnement » (article 8).

³⁷⁹ Article 8 de la loi n°2004-031 relative aux sanctions et constatations des infractions sur les activités du secteur pétrolier aval.

³⁸⁰ Par exemple, en matière douanière le code stipule en son article 295 : « l'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies pour infraction douanière »; l'article 6 de la loi n°2004-031 relative aux sanctions et constatations des infractions sur les activités du secteur pétrolier aval dispose : « la faculté d'accepter la transaction et de transiger appartient au ministère chargé de l'énergie »; l'article 20.02.115 en matière fiscale : « Le pouvoir de transiger appartient au Ministre chargé de la réglementation fiscale qui peut déléguer son pouvoir de décision ».

judiciaire³⁸¹. Parfois, elle aboutit à la mise en charge d'obligations financières très lourdes pour l'opérateur économique. Si la répression est parfaitement légitime dans son principe, les pénalités prononcées ne sont pas toujours objectives. L'efficacité de la transaction en général est limitée par ces dérives de la pratique. On pourrait déceler à l'origine de cette insécurité juridique des lacunes au niveau de la réglementation de ces mécanismes.

Le contentieux des affaires connaît deux sortes de mécanismes transactionnels : la transaction administrative opère une véritable dépenalisation, tandis que la transaction pénale ne constitue pas une forme de dépenalisation stricto sensu mais présente plusieurs avantages non négligeables.

B. Les transactions administratives

La transaction administrative est un mode de dépenalisation prévu depuis plusieurs années, notamment en matière douanière et en matière fiscale. Le contentieux est réglé entre l'administration compétente et l'acteur économique, c'est-à-dire que le traitement des dossiers contentieux n'implique pas l'intervention des juridictions répressives. La transaction, même contractée avec l'administration, est un contrat de droit privé. De ce point de vue, la dépenalisation s'analyse aussi bien comme une contractualisation de la répression que comme une privatisation de celle-ci. L'avantage d'être traité devant une entité spécialisée vaut pour la transaction administrative. Ainsi, la transaction douanière est conclue avec l'administration douanière³⁸², la transaction fiscale avec l'administration fiscale³⁸³, la transaction en matière d'infraction aux lois sur les activités du secteur pétrolier aval avec le Ministère chargé de l'énergie³⁸⁴, en droit de la concurrence elle est conclue avec le Ministère chargé du commerce³⁸⁵.

1. Les difficultés de la procédure

La demande du bénéfice de la transaction est généralement à l'initiative du délinquant³⁸⁶. Il doit à cet effet reconnaître sa culpabilité quant aux faits dont il est accusé. Ainsi, pour être applicable, la transaction suppose l'existence d'une infraction. Or, il arrive souvent que l'administration ne prouve pas l'existence d'une infraction véritable. Cela était particulièrement vérifié en matière de

³⁸¹ V. dans ce sens, ACE, *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p. 9.

³⁸² Article 295 du code des douanes.

³⁸³ Article 20.02.114 CGI.

³⁸⁴ Article 6 de la loi n°2004-031 relative aux sanctions et constatations des infractions sur les activités du secteur pétrolier aval.

³⁸⁵ Article 58 de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence.

³⁸⁶ Article 285 du code des douanes ; article 20.02.114. CGI ; article 6 de la loi n°2004-031 relative aux infractions sur le secteur pétrolier aval ; article 58 de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence.

fraudes douanières avant la réorganisation de la Direction Générale des Douanes en 2005³⁸⁷. En effet, il a été constaté que l'action de l'administration des douanes dans le domaine de la lutte contre la fraude était largement entravée par une organisation « inadéquate, pervertie et éclatée », que tout agent des douanes pouvait à tout moment procéder à des constatations contentieuses douanières. De nombreux services se livraient à des enquêtes de répression de la fraude et prenaient des initiatives non coordonnées et non encadrées aboutissant à une confusion de l'action douanière répressive.

Certains auteurs ont souhaité ne pas prévoir que la signature de la transaction valait reconnaissance de culpabilité³⁸⁸. Cependant, l'absence de reconnaissance de culpabilité jointe à l'extinction de l'action publique constituerait une atteinte à l'intérêt général. La transaction ne se conçoit que sous réserve d'une reconnaissance, sinon de l'infraction, du moins à minima de la commission des faits. Seule cette reconnaissance est la contrepartie de l'extinction de l'action publique.

Néanmoins, avec la refonte de la législation douanière en 2006, les intervenants de certains services non habilités à la répression de la fraude ont été supprimés, ce qui a permis de développer davantage une politique de la lutte contre la fraude.

Il faut admettre que la mise en œuvre des sanctions administratives n'offrent pas toujours les mêmes garanties procédurales que les sanctions pénales et ce, surtout au niveau de la qualification des faits. Mais la prise de mesures appropriées au sein de ces autorités qui appliquent la sanction de substitution devrait atténuer considérablement ces inconvénients.

Pour une meilleure dépenalisation du droit des affaires, il convient de développer des réorganisations similaires à la douane au niveau des autres administrations. Le modèle du contentieux douanier en matière de compétences transactionnelles paraît adéquat en ce qu'il prévoit une gradation des procédures distinguant les infractions selon l'intensité de la transgression. Cette exemplarité touche également le principe de fixation du montant de la pénalité pécuniaire.

2. Les différents principes de fixation du montant de la transaction

Dans certains domaines, comme en droit de la concurrence, la loi laisse à l'appréciation de l'autorité compétente l'évaluation du montant à payer à l'issue de la transaction. Dans la

³⁸⁷ Dans le cadre de la stratégie de modernisation 2005-2007, l'administration douanière a connu de profondes et substantielles transformations incluant entre autres l'adoption et la mise en application d'un nouvel organigramme correspondant aux besoins d'une administration moderne, l'amélioration de l'éthique professionnelle des agents des douanes.

³⁸⁸ V. J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 75.

pratique, le Ministère chargé du commerce fixe le montant de la transaction en fonction de la gravité de la faute, de la gravité du dommage causé à la concurrence et à la personnalité du délinquant, c'est-à-dire sa qualité de délinquant primaire, sa capacité contributive, etc.

En revanche, dans les autres domaines, la loi offre plus de sécurité au délinquant. Par exemple, la loi n°2004-031 du 24 juin 2004 relative aux sanctions et constatation des infractions sur les activités du secteur pétrolier aval dispose en son article 7 alinéa 2 que « *Le montant de la transaction ne peut excéder ni le maximum de l'amende normalement encourue ni être inférieur à celle-ci* ». Dans ce cas, la loi encadre la marge d'appréciation qu'elle octroie à l'autorité compétente.

Le système de fixation des pénalités pécuniaires le plus adéquat nous semble être celui en matière douanière. Outre la répartition rationnelle des compétences transactionnelles entre les différents services et directions de la douane, les textes pris en application de la loi douanière définissent les principes et prévoient une procédure pour fixer l'amende douanière de manière à ce que la répression soit objective³⁸⁹.

En premier lieu, les amendes douanières sont fixées en priorité en fonction des droits éludés et, seulement lorsqu'il n'en existe pas, en fonction de la valeur de la marchandise litigieuse. En second lieu, la méthode de calcul de l'amende comprend plusieurs étapes dont la notation de l'infraction en fonction de critères établis, à savoir sa qualification (délit, contravention), l'intention de l'auteur (certaine, écartée), les circonstances de découverte de l'infraction (celle-ci aurait-elle pu échapper à la douane), et enfin la fréquence de la réalisation de l'infraction (récidiviste, première infraction). Les taux des pénalités pécuniaires seront fixés en fonction de la totalité de la notation obtenue. Par conséquent, sauf quelques amendes spécifiques, la mise en place de tels barèmes éliminent les risques d'arbitraire dans l'application de la sanction de substitution. La seule marge d'appréciation octroyée par la loi est motivée par la prise en compte des capacités contributives de l'opérateur économique ou de situations exceptionnelles. En effet, l'article 296 du code des douanes stipule : « *Pour tenir compte des ressources et des charges des débiteurs ou d'autres circonstances particulières, des reconsiderations de sanctions peuvent être accordées par l'autorité qui a prononcé la sanction* ». L'application de ces principes de fixation des pénalités pécuniaires pourrait être généralisée notamment en matière fiscale et en droit de la concurrence. En définitive, l'opportunité du recours à un tel mécanisme dépend beaucoup du degré de sécurité juridique qu'il offre à la répression dont il relève.

³⁸⁹ V. annexe II.

En outre, ce mécanisme transactionnel pourrait être étendu à d'autres domaines tels que le droit boursier. En effet, la procédure n'est pas prévue devant les autorités de régulation. Ainsi, l'Autorité des Marchés Financiers ne peut pas transiger avec celui qui a commis un manquement boursier. A Madagascar, la faculté relève, non de l'autorité spécialisée mais du ministère concerné par l'infraction.

C. La transaction pénale

1. Les conditions d'application de la transaction pénale

La transaction pénale n'est pas à vrai dire un mode de dépenalisation à part entière pour la simple raison qu'elle constitue un mécanisme pénal. Cependant, la transaction pénale est un mode d'extinction de l'action publique et présente plusieurs avantages permettant d'adapter le contentieux aux particularités de la vie des affaires. Il s'agit d'alternative aux poursuites mise à disposition du ministère public. La transaction pénale est prévue à l'article 6 du code de procédure pénale français et à l'article 2 du code de procédure pénale malgache. Cet article 2 dispose en son alinéa 2 : « *Elle (l'action publique) peut en outre s'éteindre par transaction ou paiement d'une amende de compositions lorsque la loi le prévoit expressément [...]* ».

En France, ce mécanisme est prévu depuis plusieurs années en matière douanière. Il est également applicable en droit de la concurrence et en droit de la consommation. L'article 1^{er} de l'Ordonnance n°2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 a par exemple instauré un règlement transactionnel pour les contraventions au code du commerce (article L. 470-4-1) et au code de la consommation (articles L. 141-2 et L.216-11). De même, l'article 44 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, codifié à l'article L. 470-4-1 du code du commerce a mis en place la transaction pénale pour les délits non punis d'une peine d'emprisonnement du titre IV du livre IV de ce même code en matière de pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées. La possibilité de transiger a été également prévue, s'agissant des infractions relatives aux pratiques commerciales déloyales à l'occasion de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs³⁹⁰. Pour être applicable, la transaction pénale suppose en premier lieu l'existence d'une infraction pénale, ensuite une synergie entre le parquet et l'administration compétente ; enfin et surtout, la nécessité que le parquet reste maître de sa mise en œuvre et en conserve l'initiative, car elle reste un mode d'exercice de l'action pénale.

³⁹⁰ V. J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 74.

2. Les particularités de la transaction pénale

Ce règlement transactionnel des infractions répond aux demandes formulées en termes d'efficacité de la procédure tout en apportant les garanties à travers le contrôle du parquet. Au moins quatre points peuvent être appréciés. D'abord, ce mécanisme permet d'apporter une solution définitive au conflit pénal dans un délai plus rapide, ensuite il permet d'appliquer des sanctions à la fois dissuasives pour l'auteur des faits et plus efficaces que certaines amendes pénales ; en troisième lieu, il évite une trop grande publicité de l'audience correctionnelle et enfin, il permet de ne pas inscrire de condamnation au casier judiciaire.

L'extension du mécanisme de la transaction pénale à d'autres domaines du droit des affaires a souvent été proposée. Cette demande mérite d'être prise en considération car la transaction pénale permet de concilier le caractère dissuasif du maintien de la sanction pénale, l'efficacité d'une procédure alternative rapide et la garantie d'une procédure contrôlée par le ministère public. Cette proposition ne peut concerner que les comportements relevant du champ de la pénalisation. Ceux qui sont dépenalisés pourraient faire l'objet de transaction mais en dehors du champ pénal.

Les sanctions pécuniaires de nature administrative paraissent répondre aux exigences du droit des affaires sans compromettre l'intérêt général, elles n'impliquent pas toujours un allègement de la sanction. La réponse administrative a l'avantage d'être plus souple, plus discrète, plus acceptée aussi bien par l'autorité qui la prononce mais aussi par l'auteur du manquement et ce, par rapport à la sanction pénale. En revanche, elle est facilement malléable par l'administration compétente et expose ainsi l'acteur de la vie des affaires à une insécurité redoutable. La mise en œuvre de ces mécanismes de substitution gagnerait à être encadrée dans les textes de manière à limiter le pouvoir sanctionnateur accordé à l'administration. En définitive, la pertinence des perspectives de dépenalisation par recours aux sanctions pécuniaires est conditionnée par la prise de mesures d'accompagnement notamment la rationalisation des principes de la fixation de la valeur de la sanction due.

Section 4. Les sanctions civiles

Le choix des sanctions civiles est privilégié par la doctrine française en ce qu'il conserve la place du juge dans la fonction de répression. En effet, l'approche française de la dépenalisation consiste à substituer des sanctions civiles adéquates aux sanctions pénales rejetées. D'où l'existence de certains mécanismes nouveaux en France et que l'on ne trouve pas dans certains

pays comme Madagascar. Le législateur français a développé l'éventail des sanctions à disposition du juge civil.

A. Les nullités

Le mécanisme de nullité d'un acte passé en fraude de l'obligation légale ou contractuelle paraît approprié quand il s'agit de sanctionner un événement passé. Il consiste à annuler un acte à la demande de la personne qui est victime de la violation de la règle en cause.

Le droit des sociétés abonde des cas de nullité. Telle est par exemple la sanction prévue en cas d'émission de titres négociables par des sociétés autres que la société anonyme (article 50 al 2 loi n° 2003-036 sur les sociétés commerciales), ou en cas de manquement à l'obligation de déclaration nécessaire pour les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif (article 212).

Or, « *le droit des sociétés est réfractaire aux nullités* ³⁹¹ ». En droit français, le nombre important d'infractions pénales contenues dans la loi de 1966 est la conséquence de ce rejet. En effet, la nullité compromet la sécurité juridique et préjudicie les tiers. Par ailleurs, la nullité d'un acte peut se retourner contre celui qui l'allègue, ce qui n'incite pas ce dernier à agir. Ce sont surtout les nullités absolues qui constituent des dangers préjudiciables à la sécurité juridique. Il faut ainsi prévoir des mesures par rapport aux tiers de bonne foi et favoriser les nullités relatives ³⁹².

En tout état de cause, il ne faudrait pas faire le choix d'une si lourde sanction sans l'accompagner d'une certaine souplesse, notamment en termes de régularisation par les parties, d'office du juge et d'appréciation de l'opportunité de prononcer la nullité. A ce propos, la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales (une loi de dépenalisation rappelons-le) est favorable à la sécurité juridique dans la mesure où le régime de nullité est bien encadré dans le livre VIII (article 258suiv.) intitulé « Nullité de la société et des actes sociaux ». A cet effet, elle limite les cas de nullité ³⁹³. Le tribunal a par exemple la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue en cas de manquement à l'obligation d'accomplir les formalités de publicité, si aucune fraude n'est constatée (article 261 alinéa 2). En outre, une procédure de régularisation peut être engagée

³⁹¹ CCIP, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises*, 2008, p. 29 ; J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op.cit., p. 26 ; ACE, *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires*, 2008, p.10.

³⁹² On citera l'exemple de la loi française du 31 mars 2006 relative à l'offre public d'achat qui a remplacé par une nullité relative la nullité absolue, arrêtée par la loi du 1^{er} août 2003, des délibérations en cas de violation des dispositions relatives aux droits de vote attachés aux actions.

³⁹³ Par exemple, l'énonciation incomplète des mentions devant figurer dans les statuts n'entraînent pas la nullité de la société (article 258al 2). Ni le vice de consentement ni l'incapacité d'un associé ne peut entraîner la nullité des SARL ni des SA, à moins que cette incapacité n'atteigne tous les associés fondateurs (article 259).

(article 264suiv.). En règle générale, à l'égard des tiers de bonne foi, la nullité ne peut être invoquée (article 271).Malgré les objections de la doctrine, le mécanisme a souvent été utilisé comme substitution à des infractions pénales. Pour le droit français des sociétés, qui est de loin pénalisé par rapport au droit malgache, il peut être utilisé de nouveau pour quelques incriminations comme le remboursement des actions à dividende prioritaire sans droit de vote postérieurement aux actions.

B. La responsabilité extracontractuelle

La responsabilité civile consiste à indemniser la victime de la violation de l'obligation et consistue ainsi une piste de dépénalisation dans la mesure où elle évite de sanctionner pénalement l'auteur. Cependant, elle est en pratique difficile à mettre en œuvre, notamment en droit des sociétés, car le préjudice subi par les personnes qui cherchent à engager la responsabilité doit être direct et distinct de celui propre à la société³⁹⁴. Il est certes possible pour les actionnaires d'utiliser l'action ut singuli mais si pour le droit malgache, les frais de procédure sont avancés par la société³⁹⁵, pour le droit français, ils sont supportés par les actionnaires pour qu'ils n'en bénéficient qu'indirectement, en cas de succès de l'action, par le biais de l'augmentation du patrimoine de la société. Cette piste est alors limitée.

C. Les sanctions contractuelles

La particularité de ces sanctions est que la dépénalisation est ici d'origine contractuelle. La nullité du contrat ou de certaines clauses contractuelles est un mécanisme commun. Toutefois, ce type de sanction apparaît plus difficile à mettre en œuvre, en matière de droit de la concurrence ou en droit des sociétés, ne s'agissant pas de règles de protection d'un cocontractant envers un autre mais des règles relatives à la régulation du marché ou à la gestion d'une société. Ce mode de substitution serait ainsi plus approprié au droit de la consommation. Le mécanisme de clause pénale obligatoire permet de sanctionner certaines pratiques des professionnels dans l'intérêt du consommateur, sans recourir à une sanction pénale. Certains auteurs parlent de contractualisation de la sanction pénale³⁹⁶.

L'approche française de la dépénalisation du droit des affaires avons-nous dit privilégie les sanctions civiles de substitution, d'où le développement de mécanismes nouveaux. Cependant, il semblerait dangereux d'introduire ces nouveaux mécanismes de sanctions civiles aussi bien pour

³⁹⁴ La responsabilité civile est prévue aux articles 180suiv. de la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales.

³⁹⁵ article 187 de la loi n°2003-036.

³⁹⁶ V. WESTER-OUISSE, *Convention et juridiction pénale*, thèse Nantes, 1999, n°23.

le droit malgache que pour le droit français car cela favoriserait davantage un mauvais encadrement des mécanismes de sanction dans les textes. Leurs répercussions seraient, en définitive, bien plus sévères pour les entreprises. Il s'agit par exemple de l'amende civile.

D. Les amendes civiles

Les amendes civiles sont des sanctions pécuniaires prononcées par le juge civil à l'encontre d'une des parties, à la demande de son contradicteur, mais au profit du trésor public. En France, originellement créées dans le domaine de la procédure civile pour sanctionner les demandes abusives ou dilatoires, les amendes civiles pourraient être étendues à des comportements extra processuels, comme alternatives à la sanction pénale en droit des affaires.

Toutefois, l'écueil à éviter en dépénalisant par la mise en place d'amendes civiles est de modifier la fonction de la mesure de substitution en lui accordant une dimension essentiellement répressive. Les amendes civiles, à l'instar des dommages-intérêts punitifs du droit américain, entrent dans cette catégorie. Elles ont un caractère punitif certain sans en avoir le qualificatif et sans être prononcées par une juridiction répressive. La dépénalisation ne serait pas effective puisqu'il s'agirait plus d'un changement de champ lexical que d'un changement de mode de régulation. Le problème des amendes civiles, comme toute amende forfaitaire d'ailleurs, est le fait que si elles auront un réel impact pour les petites entreprises, elles seront dérisoires pour les grandes entreprises qui auront plus d'intérêt à ne pas respecter une obligation et à payer une amende civile que l'inverse, compte tenu des gains obtenus en évitant la contrainte légale. Les amendes civiles paraissent alors peu adaptées au droit des affaires.

E. Les injonctions de faire

Les injonctions de faire permettent à toute personne intéressée de demander au juge d'ordonner au besoin sous astreinte, la production de documents ou l'exécution d'une obligation. Il s'agit donc de garantir l'effectivité de la règle sans recours au droit pénal, mais au mécanisme de l'astreinte. Les injonctions de faire ont été créées en France par la loi NRE du 15 mai 2001 pour dépénaliser certaines infractions en droit des sociétés. Contrairement à la loi malgache n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales, la loi NRE n'a pas, par exemple, dépénalisé l'absence de réunion de l'Assemblée Générale. Ces injonctions de faire pourraient ainsi être étendues à cette infraction ou aussi en cas d'absence de certaines mentions sur les documents de la société.

L'inconvénient principal de ces injonctions est le risque d'abus, c'est-à-dire d'instrumentalisation par des actionnaires minoritaires. De plus, les injonctions de faire sous astreinte s'avèrent beaucoup plus contraignantes que de simples amendes car elles ne se limitent plus à une simple réparation pécuniaire du préjudice subi. Là où la sanction pénale ne peut atteindre que l'auteur de l'obligation non exécutée, l'injonction de faire peut encore permettre l'exécution de l'obligation visée. Ainsi, nous pouvons constater que le recours aux mécanismes civils de substitution concerne plus le droit des sociétés que les autres branches du droit des affaires.

En définitive, nous découvrons qu'il n'est « *pas si facile de passer du pénal au civil* ³⁹⁷ ». En effet, « *cette substitution [...] des sanctions civiles aux sanctions pénales risque d'entraîner des effets négatifs [...] de nature à freiner le législateur ; et [...] susceptible de faire regretter le changement à ceux qui devraient profiter* ³⁹⁸ ». Par exemple, en droit de la consommation, le droit civil est impuissant à assurer la protection des consommateurs en établissant correctement l'équilibre avec le professionnel. Les remèdes du Code Civil supposent des actions en justice exercées individuellement après la conclusion du contrat et souvent même après l'exécution du contrat.

Dans le contentieux des affaires, la séparation entre autorités administratives (administration traditionnelle, autorité administrative indépendante, organisme professionnel) et autorités judiciaires ne correspond plus à une distinction entre prévention et répression. De même, le juge civil se verrait de plus en plus confier un pouvoir sanctionnateur.

Cette nouvelle génération de sanctions alternatives est mise en place dans un but de régulation de la vie des affaires (aussi bien les litiges qui opposent les personnes publiques à l'acteur économique que les litiges impliquant les acteurs économiques entre eux). La dépenalisation du droit des affaires s'inscrirait donc dans cette mission de régulation qui est distinguée de la punition pure et simple ; elle consiste à réaliser des arbitrages entre intérêts en présence, préciser les règles du jeu, s'assurer de leur aspect, tout cela dans un souci de protéger les libertés. Indépendamment de leur finalité qui est de sécuriser et de règlementer les activités d'affaires, ces autorités chargées de la régulation, qu'elles soient administratives ou judiciaires ont avant tout un pouvoir répressif. Les sanctions nouvelles sont préférées aux sanctions pénales en raison de leur souplesse et efficacité, qualités appréciées par le monde des affaires.

³⁹⁷ A. LIENHARD, « *Pas si facile de passer du pénal au civil* » in « *Quelle dépenalisation pour le droit des affaires* », AJ Pénal n°02/2008, février 2008, p66-68.

³⁹⁸ Ibid., p.66.

Ainsi, à partir des propositions de dépenalisation qui ont été émises, deux situations sont envisageables. D'un côté, le législateur remplacerait la peine pénale par une sanction de substitution. Il a été notamment préconisé la dépenalisation de type fiscal des irrégularités douanières de bonne foi, ou l'extension des mécanismes transactionnels au droit boursier. Dans d'autres cas, il opérerait directement pour l'utilisation de la sanction de substitution en cas de nouvelle incrimination ou dans le cadre de la réglementation d'un secteur nouveau de la vie économique. La dépenalisation se caractériserait par l'absence de création d'incriminations pénales nouvelles et par le développement d'incriminations d'une autre nature. A l'instar du secteur pétrolier aval, ou du droit de la concurrence, il a été proposé de mettre en place un système de régulation pour protéger les consommateurs à Madagascar, notamment en matière alimentaire.

Selon l'angle sous lequel est abordé le sujet de la substitution de sanctions nouvelles aux sanctions pénales, la dépenalisation du droit des affaires pourrait être appréciée comme une contractualisation, une fiscalisation ou également une privatisation de la répression. Par « privatiser », entendons transfert d'un certain pouvoir répressif au juge civil qui serait alors compétent pour certains litiges qui ne relèveraient plus de la pénalisation. De ce fait, nous n'avons pas estimé utile d'évoquer ici les modes alternatifs de règlement de conflits qui n'impliqueraient uniquement que les acteurs économiques et une autorité privée. Bien que ces mécanismes relèvent du contentieux des affaires, ils ne touchent pas essentiellement l'aspect répressif du droit des affaires mais sont plutôt orientés vers la résolution du conflit. Si la dépenalisation consiste à réduire l'emprise du droit pénal sur le droit des affaires, elle devrait mettre en valeur la place que doit occuper chacune des autorités titulaires du pouvoir répressif.

Enfin, nous avons pu constater que si intrinsèquement ces modes de régulation ne sont pas incompatibles avec les particularités et impératifs du droit des affaires, c'est dans leur mise en œuvre que se révèlent leurs failles. Il convient, de ce fait, d'encadrer davantage ces modes de substitution.

Chapitre 2. La nécessaire amélioration des modes de substitution

De ce développement de ces sanctions de substitution est née la notion de matière pénale dans le contentieux des affaires. Il s'agit aussi bien des sanctions civiles à caractère punitif, des sanctions administratives classiques que celles prononcées par les autorités de régulation. Par

conséquent, ces dernières doivent, à l'instar de la sanction pénale, répondre aux exigences de prévisibilité, d'accessibilité, de proportionnalité, et de garantie du droit de la défense. Or, il est constaté que ces sanctions de substitution ne sont pas assez encadrées par la loi. Cette lacune des textes pourrait se révéler plus dangereuse pour la sécurité de la vie des affaires qu'une pénalisation ineffective. Présentent des failles, non seulement les modalités d'application de ces sanctions mais également les autorités qui sont chargées de les appliquer. L'application de ces sanctions de substitution doit être encadrée davantage (Section 1^{ère}). Mais aujourd'hui, la dépénalisation en droit des affaires ne conduit plus seulement à envisager de remplacer une sanction pénale à une sanction d'une autre forme ou d'une autre nature, il est constaté désormais une évolution du rôle de la sanction. La dépénalisation est devenue un moyen de réorienter le contentieux des affaires et donne un nouvel aspect à la sanction de substitution. Ainsi, l'amélioration de la sanction de substitution ne toucherait plus uniquement à sa mise en œuvre mais également à son aspect (Section 2).

Section 1^{ère}. Un meilleur encadrement des modes de substitution

L'encadrement par le droit devrait émaner autant du législateur que du juge. Du législateur puisqu'il lui revient de rationaliser la mise en œuvre de ces mécanismes de substitution au niveau des textes ; du juge car il devrait intervenir pour contrôler les décisions de ces autorités dotées du pouvoir sanctionnateur notamment ces autorités nouvelles appelées autorités administratives indépendantes.

Paragraphe 1^{er}. Le recadrage juridique des modes de substitution

L'encadrement des sanctions de substitution consiste principalement à intégrer dans le droit les mécanismes qui se sont révélés efficaces dans la pratique. En d'autres termes, il convient d'ériger en dépénalisation de droit la dépénalisation de fait pour pouvoir mieux contrôler ces modes de sanctions.

A. Le recadrage du pouvoir de sanction

Il ressort des développements précédents que dans certains cas, la loi ne prévoit pas de façon claire et précise le pouvoir de répression dont dispose l'autorité qui en est pourtant investie. Il en est ainsi en droit de la concurrence quant au pouvoir reconnu au Ministère chargé du commerce. Ainsi, il conviendrait de préciser dans les textes les pouvoirs accordés au Ministère chargé du commerce notamment le pouvoir d'avertir, d'enjoindre et de transiger avec l'entreprise. Par

ailleurs, il convient de mettre en place le Conseil de la concurrence afin de résoudre les difficultés du Ministère chargé du commerce en matière de pratiques anticoncurrentielles collectives. En effet, ce type de contentieux ne doit relever que du Conseil.

B. Le recadrage de la procédure contentieuse

Il a toujours été reproché – et à juste titre – à la mise en œuvre des sanctions de substitution, tout particulièrement des sanctions administratives, de ne respecter qu'imparfaitement certains droits de la défense et garanties procédurales, qu'il s'agisse de la présomption d'innocence, que du principe du contradictoire, etc. Des procédures de sanctions devant ces autorités administratives doivent être aménagées de manière à ce que les principes fondamentaux du Code de procédure pénale soient respectés.

Cet aménagement concerne par exemple le contentieux douanier. Des textes pris en application de la loi douanière ont prévu de réglementer et de contrôler les pouvoirs des agents des douanes, de rationaliser la répartition des compétences en matière transactionnelle, de définir les principes de fixation des pénalités issues de la transaction. En revanche, les procédures suivies sont toujours conduites sans base juridique stable. En effet, le manuel des procédures contentieuses en matière douanière dispose en ces termes : « *Sans constituer pour autant une base juridique, ces instructions sont celles qui sont applicables dans toutes les situations où il faut trancher sur des litiges nés entre l'administration d'une part et le déclarant ou propriétaire de la marchandise d'autre part, sur des questions se rapportant à la valeur, à l'origine et à l'espèce* ». Cette situation compromet les droits de l'opérateur économique qui se voit dépourvu de toutes garanties procédurales. Ces mesures appliquées dans la pratique devraient être concrétisées dans des textes constituant de véritables références juridiques.

Paragraphe 2. La nécessité d'un contrôle juridictionnel

La recherche d'une répression affinée, rapide, précise, complète et certaine ne se satisfait plus des infractions pénales et de leur jugement judiciaire. Apparaît le système administratif de la régulation. Les autorités formant ce système sont notamment le Conseil de la concurrence à Madagascar, l'Autorité de la concurrence et l'Autorité des Marchés Financiers en France. L'Office Malgache des Hydrocarbures est également une autorité de régulation malgré son statut particulier d'Etablissement Public à caractère Industriel et Commercial³⁹⁹. Par ce biais, la

³⁹⁹ La Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière, bien qu'elle puisse être qualifiée d'autorité administrative ne constitue pas pour autant une autorité de régulation car n'étant pas dotée du pouvoir répressif.

dépenalisation facilite la saisie de tout comportement troublant l'organisation d'un secteur technique, notamment le secteur économique et le secteur financier. Mais comme la dépenalisation par la substitution de sanctions prononcées par les autorités de régulation n'implique pas toujours allègement des sanctions, les décisions prononcées par ces autorités devraient pouvoir être soumises à contrôle. Devrait être réaffirmé l'attachement profond à l'intervention d'un juge. Dans les cas des compétences accrues de ces autorités de régulation, les droits de la défense devant celles-ci devraient être garantis dans des conditions au moins équivalentes à celles prévalant devant les juridictions répressives, elles mêmes à parfaire. Le contrôle d'un juge en appel est donc indispensable.

A. L'opportunité du contrôle

Leur dénomination paradoxale qui allie les qualificatifs administratif et indépendant marque l'originalité de ces instances situées en marge des institutions administratives classiques.

1. La raison du contrôle : l'important pouvoir de sanction de ces autorités

Leur fonction de régulation sectorielle dans les domaines tels que la concurrence (Conseil de la Concurrence et Autorité de la Concurrence), le marché de la bourse (Autorité des Marchés Financiers) ou le secteur pétrolier aval (Office Malgache des Hydrocarbures) a conduit le législateur à conférer à ces autorités de régulation économique et financière des moyens d'action diversifiés qui vont toujours au delà d'une simple fonction de consultation.

Avec l'évolution dans le sens d'un enrichissement progressif des prérogatives accordées, ces autorités de régulation se sont vues octroyer le pouvoir d'élaborer les normes, de prendre des décisions individuelles, de larges moyens d'investigation, la faculté de prononcer des sanctions et des injonctions⁴⁰⁰. Ce cumul de pouvoirs a suscité de vives critiques : non seulement l'attribution à ces autorités d'un pouvoir de sanction a bouleversé la classique séparation des autorités administratives et judiciaires, mais les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire se trouveraient réunis en une même autorité. Ainsi, l'Autorité des Marchés Financiers est armée d'un instrument redoutable car la loi lui a conféré le pouvoir de faire des règlements qu'elle sanctionne elle-même de telle sorte qu'elle est législateur et juge à la fois. Cependant, le Conseil Constitutionnel a estimé que ce cumul de pouvoirs ne portait pas atteinte au principe de la

⁴⁰⁰ Par exemple, pour l'OMH, V. article 11 nouveau de la loi n°2004-003 relative à la libéralisation du secteur pétrolier aval ; pour le Conseil de la concurrence, article 29 de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence.

séparation des pouvoirs⁴⁰¹. Ces autorités se sont ainsi rapprochées d'institutions quasi juridictionnelles. A ce propos, l'Autorité des Marchés Financiers s'est forgée une image de « *quasi-juridiction aux pouvoirs étendus* »⁴⁰² et diversifiés. C'est elle qui tout à la fois, instruit, juge et fait exécuter ses décisions⁴⁰³. En effet, les fonctions de poursuite, d'instruction et de décisions se trouvent également confondues dans la même autorité. Dès lors que le manquement est constaté, la poursuite, l'instruction et le prononcé de la sanction ne sont pas séparés. C'est ce qui a motivé certains auteurs à parler de « punir sans juger » en ce sens que ces autorités punissent sans qu'il y ait jugement au sens traditionnel du terme⁴⁰⁴.

2. Les difficultés : l'indépendance de l'autorité

L'idée d'une immunité juridictionnelle fut défendue par certains auteurs⁴⁰⁵. Prônée afin de garantir l'indépendance de ces instances, la thèse de l'immunité juridictionnelle est fermement combattue au nom de l'Etat de droit. En effet, l'indépendance ne signifie certainement pas absence de tout contrôle. D'ailleurs, la réalité de cette indépendance est remise en cause.

La caractéristique des autorités chargées de la régulation économique et financière réside dans leur indépendance, ou du moins leur autonomie, tant organique que fonctionnelle. Selon les termes de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence, le Conseil de la concurrence est un « organe national indépendant »⁴⁰⁶. Ainsi, il est doté de crédits de fonctionnement particuliers⁴⁰⁷. De même, l'Office Malgache des Hydrocarbures, l'autorité chargée de la régulation du secteur pétrolier aval, est doté de la personnalité morale et de l'autonomie administrative et financière⁴⁰⁸.

Cependant, des doutes sont soulevés quant à la réalité de cette indépendance. D'abord, le qualificatif administratif attribué à ces autorités remet en cause leur caractère indépendant sauf le cas de l'OMH qui est un Etablissement Public à caractère Industriel et Commercial. En effet, ces autorités de régulation économique et financière font partie des autorités couramment

⁴⁰¹ Décision du 17 janvier 1989, 88-248 DC Rec. 18, RFDA 1989, 215, note B. GENEVOIS.

⁴⁰² P. LASCOUMES, « *La C.O.B., entre magistrature économique et gestion du droit des affaires* », in *Déviance et société*, 1985, Vol. 9, n°1, p. 23.

⁴⁰³ Ibid., p. 24.

⁴⁰⁴ J.-H. ROBERT, « *La dépenalisation* », op.cit., p. 197 ; M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 9.

⁴⁰⁵ N. DECOOPMAN, « *Le contrôle juridictionnel des Autorités administratives indépendantes* », in J. CHEVALIER, *Le droit administratif en mutation*, P.U.F., 1993, p.212.

⁴⁰⁶ Article 30 de la loi.

⁴⁰⁷ Article 5 du décret 2008-771 portant application de la loi n°2005-020 sur la concurrence.

⁴⁰⁸ article 2 du décret 2004-670 fixant le statut fixant le statut et les attributions de l'OMH.

dénommées « autorités administratives indépendantes ». On pourrait voir dans ce type d'organisation un prolongement de l'Etat, une sorte d'écran destiné à dissimuler la puissance de l'Exécutif⁴⁰⁹, une autorité qui est rattachée à l'administration et donc ne peut pas être indépendante. Autrement dit, ces autorités constituent des relais de l'Etat, celui-ci n'entend pas renoncer à l'intervention régulatrice en matière économique et financière qu'il estime indispensable.

Cependant, l'élément le plus déterminant qui porte atteinte à l'indépendance de telles autorités est à nos yeux le mode de nomination des membres. Le Conseil de la concurrence est composé de sept membres nommés pour un mandat de quatre ans, par voie de décret pris en Conseil des Ministres, sur proposition du Ministre chargé du Commerce⁴¹⁰. Cette modalité de nomination des membres du Conseil semble aller à l'encontre de l'indépendance voulue par la loi.

A l'heure actuelle, le principe d'un contrôle juridictionnel est généralement admis. Mais la nature de ces autorités nouvelles soulève encore beaucoup de questions, d'où un éclatement de compétences juridictionnelles.

B. L'éclatement des compétences juridictionnelles

Il est discuté de savoir si le Conseil de la concurrence, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des Marchés Financiers, lorsqu'ils se prononcent dans le cadre de leur compétence de décision, exercent une fonction d'administration ou une fonction juridictionnelle. La doctrine a d'abord dénoncé leur ambiguïté, mis l'accent sur les difficultés qu'ils engendraient et s'est prononcée le plus souvent en faveur de leur nature administrative⁴¹¹.

L'idée du caractère administratif de ces autorités pourrait être défendue, idée impliquant leur rattachement à l'Exécutif et ouvrant la porte au contrôle du juge administratif. A cet encadrement, cependant, quelques auteurs n'ont pas souscrit, souhaitant que soit davantage respectée la spécificité des institutions nouvelles, notamment l'indépendance voulue par le législateur. Mais le caractère administratif l'emporte sur l'indépendance.

Ainsi, le contrôle des décisions de ces autorités relève en principe de la juridiction administrative. La loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence prévoit que les décisions du Conseil sont susceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 176.

⁴¹⁰ Article 30 de la loi de 2005.

⁴¹¹ C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les Autorités administratives indépendantes*, op.cit., p. 48.

Aujourd'hui, l'accord semble se faire en doctrine pour reconnaître à ces autorités de régulation la nature d'une autorité administrative, non juridictionnelle⁴¹² ; mais l'évolution pourrait aller dans la reconnaissance de la fonction juridictionnelle surtout au vu de la juridictionnalisation de la procédure suivie au niveau de ces autorités. En effet, les attributions répressives sont renforcées sur quelques points importants : d'abord, la saisine directe de ces autorités est ouverte à tout intéressé ; ensuite, la loi accorde à ces autorités le pouvoir de sanction et d'injonction ainsi que le pouvoir de saisir le juge pénal ; enfin, les procédures conduites devant celles-ci ont un caractère contradictoire. On peut alors conclure que les autorités de régulation sont des institutions juridiques relativement originales et hybrides⁴¹³.

Dans tous les cas, la compétence des juridictions administratives a permis d'affirmer la nature administrative de ces autorités. A Madagascar, le principe est celui de la compétence du Conseil d'Etat.

En revanche, en France, le législateur a transféré aux juridictions judiciaires le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence en 1986. La même voie fut suivie au cours des années ultérieures en droit boursier. Le transfert aux juridictions judiciaires du contentieux de la concurrence s'est opéré en plusieurs temps. Ce mouvement s'explique non seulement par le souci d'assurer aux justiciables des garanties suffisantes mais aussi par des enjeux idéologiques. Lors de la transformation en 1986 de la Commission de la concurrence en un Conseil de la concurrence doté de pouvoirs de décision propres, il fut d'abord envisagé de confier le contentieux y afférent au juge judiciaire. Les objections du Conseil d'Etat conduisirent cependant à attribuer compétence à la juridiction administrative. Néanmoins, une proposition de loi ultérieure revint à la compétence judiciaire et c'est la loi du 6 juillet 1987 qui attribua à la Cour d'Appel de Paris le contentieux du Conseil de la concurrence. Le transfert aux juridictions judiciaires de la compétence de contrôle ne resta pas isolé, le législateur opéra le même choix en matière boursière à propos de la Commission des Opérations de Bourse.

L'attribution de compétence à la Cour d'Appel de Paris plutôt qu'au Conseil d'Etat présente l'avantage de faire bénéficier le justiciable non pas réellement d'un double degré de juridiction puisque la Cour de Cassation n'est juge que du droit, mais d'un double contrôle. En outre, la jurisprudence française a confirmé l'opportunité de l'uniformisation du contentieux sous

⁴¹² J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, op.cit., p. 440.

⁴¹³ V. dans ce sens C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les Autorités administratives indépendantes*, op.cit., p. 177 ; P. LASCOUMES, « *La C.O.B., entre magistrature économique et gestion du droit des affaires* », In : *Déviance et société*, 1985, Vol. 9, n°1, p. 25.

l'autorité de la Cour de Cassation. Malgré ces considérations, la compétence du Conseil d'Etat semble conforme à l'idée que ces autorités sont de nature administrative malgré leurs spécificités importantes.

C. L'approfondissement du contrôle

Selon les termes de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence, les décisions sont susceptibles d'un recours en annulation pour vice de forme devant le Conseil d'Etat.

Ainsi, un contrôle au fond de la décision n'existe pas. Or, cette situation est inacceptable eu égard à l'importance des sanctions pécuniaires que pourrait prononcer le Conseil.

En effet, l'importance des sanctions, notamment pécuniaires, qui peuvent être infligées impose un contrôle juridictionnel strict. Dans la mesure où ces sanctions font partie de la matière pénale, elles doivent faire l'objet d'un contrôle entier. Un choix du recours de plein contentieux doit être retenu afin de garantir un plein contrôle des décisions de sanction en particulier, d'assurer un contrôle de proportionnalité rigoureux, de vérifier l'adéquation de la sanction avec le manquement commis, bien que, théoriquement, l'étendue du contrôle ne dépende pas de la nature du recours et un contrôle entier de proportionnalité peut être opéré à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir.

La question d'un plein contrôle de proportionnalité débouche en outre sur celle de l'étendue de l'office du juge. Si ce dernier constate que la sanction prononcée n'est pas proportionnée à la faute commise, peut-il non seulement annuler, mais également réformer la décision, c'est-à-dire se substituer à l'organe de régulation ? Si le recours de plein contentieux est choisi ou un recours en réformation, la réponse est sans aucun doute positive. Dans le domaine de la concurrence, la Cour d'Appel de Paris utilise ce pouvoir de réformation.

La même solution pourrait être adoptée à Madagascar. La fonction plus juridictionnelle qu'administrative exercée dans le cadre du pouvoir de sanction justifie cette solution qui présente l'avantage d'une plus grande protection de la vie des affaires. Encore faut-il qu'à l'occasion de ce pouvoir de réformation, le juge ne puisse aggraver la sanction prononcée. L'assimilation des sanctions administratives aux sanctions pénales sur ce point, l'interdiction pour le juge de statuer ultra petita devraient permettre aux intéressés d'éviter ce risque. En définitive, l'aspiration à la sécurité juridique des affaires doit conduire à la continuité de la régulation c'est-à-dire à réguler ces autorités de régulation et cette fonction de régulation finale doit revenir au juge.

Section 2. Le dépassement de la dimension répressive de la sanction

En dépénalisant le droit des affaires et en ayant recours aux sanctions de substitution, le législateur a dû repenser l'économie du système de sanction antérieur. La dépénalisation participe de ce fait à un phénomène plus général de renouvellement des sanctions. Renouvellement ne veut pas dire nécessairement révolution. Ce terme évoque davantage le fait de donner un nouvel aspect aux choses. Ce phénomène affecte tant la sanction conçue comme démarche de répression que la sanction conçue comme une technique qui tend à donner effet à la règle de droit. L'irruption des autorités administratives indépendantes et particulièrement des autorités de régulation a favorisé une réorientation de la fonction de la sanction. Mais même au niveau des sanctions civiles, des transformations essentielles sont observées. Par conséquent, la dépénalisation du droit des affaires a non seulement élargi la diversité des sanctions (sanction pénale et sanction non pénale), mais aussi le fondement du contentieux (répression, régulation, négociation). A propos de la régulation, la pratique malgache ne pourrait encore conduire à des conclusions sûres. Cependant, l'expérience française montre que la régulation par ces autorités est adaptée aux droit de la concurrence et boursier. En revanche, l'enthousiasme est moindre quant aux sanctions civiles créées récemment en droit français des sociétés.

Paragraphe 1^{er}. Les innovations apportées par les autorités de régulation

A. Le but : de la répression vers la régulation

Par le biais des autorités administratives indépendantes, la dépénalisation du droit des affaires a dépassé l'objectif initial d'une meilleure répression des infractions d'affaires, d'une lutte efficace contre la délinquance économique et financière. Elle vise désormais à réguler la vie des affaires, c'est-à-dire, elle cherche à instaurer, au moyen de ces mécanismes nouveaux, le type d'équilibre voulu par le droit des affaires : équilibre entre dynamisme économique et politique répressive, équilibre entre les différents acteurs de la vie économique, équilibre entre les activités économiques. C'est en cela que résulte l'innovation principale apportée par les autorités de régulation. En droit de la concurrence par exemple, le but est de restaurer la concurrence sur les marchés et de mettre fin aux comportements anticoncurrentiels. L'aspect correctif accompagne l'aspect répressif de la procédure devant le Conseil de la Concurrence bien que ce dernier reste important⁴¹⁴.

⁴¹⁴ V. notamment, J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2002, p. 436.

Dans la poursuite de cet objectif, l'autorité créée à cet effet est alors une autorité spécialisée, une autorité qui possède des connaissances particulières sur le domaine qui la concerne. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence est composé notamment de personnalités compétentes en matière juridique, économique et commerciale, des spécialistes en matière de concurrence et des acteurs de la vie des affaires⁴¹⁵. En France, les compétences techniques de l'Autorité de la concurrence sont reconnues. La régulation, y compris la répression, réussit à saisir des troubles dans le secteur technique de la vie des affaires jusque là difficilement appréhendées par le droit pénal. Cette spécificité répond au mieux aux exigences de la mission régulatrice confiée aux autorités de régulation.

B. La méthode : une gestion différentielle des contentieux d'affaires

1. La discrétion

Si les manquements d'affaires bénéficient d'un traitement privilégié, ce n'est pas au sens banal du terme qu'on les tolérerait en toute impunité, mais au sens où tant la lecture des situations conflictuelles par le droit que le type de régulation qui leur est appliquée, les préservent massivement de toute visibilité. En aucune manière, on ne peut à proprement parler d'inaction, de laisser-faire ou d'absence de règles. La dépénalisation du droit des affaires a donc permis une « gestion-occultation »⁴¹⁶ mise en œuvre par les institutions de régulation.

Les modalités de traitement du contentieux d'affaires devant ces autorités de régulation répondent aux exigences majeures de la vie des affaires. Elles préservent ou ménagent le crédit de ceux dont elles régulent les conflits avec un maximum de discrétion et en évitant le plus souvent possible le recours à des qualifications infamantes : on régularise, on transige, on indemnise, on répare le dommage, le manquement, les erreurs.

Sur la préservation de la confidentialité des affaires, le décret n°2008-771 du 28 juillet 2008 fixant les conditions d'application de la loi sur la concurrence prévoit par exemple, en son article 25 alinéa 3 : « *La mise en place d'un dispositif de protection du secret des affaires, tout en garantissant l'efficacité des procédures de concurrence, consiste en la création d'une annexe confidentielle, dans laquelle sont placés les documents considérés comme mettant en jeu le secret des affaires et dont l'accès accordé aux parties peut être modulé. Le Conseil de la*

⁴¹⁵ Article 30 de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence.

⁴¹⁶ P. LASCOUMES, « *La C.O.B., entre magistrature économique et gestion du droit des affaires* », In : *Déviance et société*, 1985, Vol. 9, n°1, p. 1.

concurrence peut prévoir une occultation partielle de ses décisions pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à préserver le secret des affaires ».

2. Un traitement plus souple

Par ailleurs, la dépénalisation du droit des affaires permet d'avoir une approche de type économique de la mise en œuvre pratique du droit des affaires⁴¹⁷. Cette approche exclut en fait des réponses toutes faites mais contraint à la réflexion, incite au dialogue et à la concertation, impose des réponses souples et évolutives. Plus que des sanctions à prononcer ou des normes rigides à établir, « *il y a une réflexion à lancer, des arbitrages à réaliser, des règles du jeu à préciser, une déontologie à mettre en place, un consensus à rechercher*⁴¹⁸ ». Les pratiques anticoncurrentielles doivent par exemple, être appréciées en principe dans le cadre de chaque marché particulier. Le contrôle se fait cas par cas, en fonction de la structure du marché. Les considérations de fait sont importantes. Les sanctions prononcées tiennent compte de la situation particulière de l'entreprise ou l'organisme concerné, et sont déterminées individuellement pour chaque entreprise⁴¹⁹.

En outre, la dépénalisation du droit des affaires permet d'avoir une gradation du traitement du contentieux. L'autorité de régulation peut, en effet, recourir à des mesures préventives avant de prononcer définitivement la sanction pécuniaire. Des négociations semblent être possibles. En pratique, l'Autorité des Marchés Financiers échange quelquefois sa répression contre des engagements des entreprises cotées, contre leur amendement en quelque sorte⁴²⁰. Souvent, les voies préalables à la sanction y sont utilisées.

3. Un traitement rapide du contentieux

Enfin, à travers la mise en place de ces autorités nouvelles, la dépénalisation du droit des affaires permet de respecter le temps économique. En France, les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers interviendraient dans des délais plus raisonnables tandis que la justice pénale se prononcerait après de longs mois d'investigation

⁴¹⁷ J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, op.cit., n°838.

⁴¹⁸ C. TEITGEN-COLLY « *Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution* », in C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F., Les voies du droit, 1988, pp. 37-38.

⁴¹⁹ article 28 du décret n°2008-771 du 28 juillet 2008.

⁴²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « *Considération des règles répressives dans les prises de décision des entreprises* », *Les Petites Affiches*, n°139, 19 novembre 1997, p. 25.

et d'audience et les décisions de condamnation consisteraient simplement en une sanction lourde avec sursis⁴²¹.

Ainsi, la régulation par ces autorités administratives semble être la réponse à certains secteurs techniques du droit des affaires. Elle allie discrétion, souplesse et rapidité.

Paragraphe 2. Une transformation des sanctions civiles

Parmi les sanctions civiles de substitution, il y a tout d'abord les sanctions qui tendent à l'éviction du juge. Tantôt à l'initiative du législateur, tantôt à celle des parties, le juge est dépossédé de sa capacité d'intervenir sur le conflit. Ces sanctions ne sont pas nouvelles. Il s'agit par exemple de la clause pénale par laquelle les dommages-intérêts sont fixés par un forfait conventionnel. Mais il y a aussi les sanctions traditionnellement au service du juge qui ne disparaissent pas. Il en est ainsi du mécanisme de la responsabilité civile ou les nullités. Il y a enfin des sanctions tout à fait nouvelles par lesquelles le juge se trouve investi d'un rôle inédit. Il s'agit principalement du pouvoir du juge civil de prononcer des injonctions de faire, lequel lui est reconnu depuis la loi française sur les Nouvelles Régulations Economiques en 2001, une loi de dépénalisation qui a substitué ces mécanismes civils nouveaux à la sanction pénale. Ainsi, les sanctions civiles évoluent, de même que le rôle attribué au juge civil. Il tend à apparaître comme un médiateur plutôt que comme un agent chargé de l'administration de la sanction civile traditionnelle. Avant de prononcer la nullité, il peut enjoindre les parties à régulariser. Avant de reconnaître la responsabilité civile, le juge enjoint l'acteur de la vie des affaires d'exécuter l'obligation légale. A l'origine de cette tendance du juge à se poser comme médiateur se trouve le développement des modes alternatifs de règlement des litiges.

Finalement, la dépénalisation du droit des affaires aboutit à une profonde reconsidération des sanctions de substitution elles-mêmes.

Quelle que soit l'approche faite de ce second volet de la dépénalisation du droit des affaires, force est d'admettre qu'il est très difficilement envisageable de tracer une nette séparation entre la pénalisation et la dépénalisation en droit des affaires.

Si l'approche de la dépénalisation par son champ d'application permet de définir les frontières étanches de la pénalisation du droit des affaires, l'approche par la méthode de substitution limite

⁴²¹ F. FOULON, « *De l'équilibre entre sanction pénale et sanction administrative* », in « *Quel Droit Pénal des Affaires pour demain ?* », 2008, p. 25.

quelque peu cette position théorique. En effet, pourraient être distinguées deux sortes de mode de substitution. La première consiste à régler purement et simplement le manquement par la sanction nouvelle. Dans ce cas, les infractions concernées sortent définitivement de la pénalisation. Rentrent dans cette catégorie de modes de substitution les amendes administratives, les nullités, la responsabilité civile, etc.

Par contre, la seconde catégorie comporte l'ensemble des mécanismes préventifs et les mécanismes transactionnels. La pénalisation du manquement est, dans ces cas, toujours possible. Et même dans cette dernière hypothèse, une importante distinction est à faire. Dans les mécanismes préventifs, le principe semble être celui de la subsidiarité du droit pénal. L'intervention de l'appareil pénal ne semblerait être nécessaire que si le recours à ces moyens de prévention s'avère insuffisamment efficace pour la sauvegarde des intérêts en cause. Tandis que dans les mécanismes transactionnels, il s'agit véritablement de jeu de sanctions alternatives dans la mesure où les parties en cause peuvent, à chaque cas, choisir entre la voie pénale et la voie transactionnelle.

Ainsi, la dépénalisation n'est pas une tâche facile, et le choix de la sanction de substitution doit être rationnel, pourvu que soit également identifié au préalable l'utilité d'une quelconque substitution à la sanction pénale.

Cependant, l'efficacité de la dépénalisation par substitution de sanction est conditionnelle. Elle implique des réaménagements nécessaires aussi bien dans l'encadrement des sanctions de substitution par les textes que dans le contrôle de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction, notamment les autorités nouvelles de régulation. Le rôle d'un juge en appel est essentiel dans la mesure où il doit pouvoir reconsidérer la sanction au fond.

Montant d'un cran, l'objectif de la dépénalisation du droit des affaires tend à se muer en un véritable renouvellement des sanctions.

CONCLUSION

La dépénalisation du droit des affaires est-elle utile ? Est-elle juste ?

Pour l'heure, il est d'abord certain qu'elle est relative. Non seulement, dépénaliser en droit des affaires suppose le recours à des sanctions alternatives avec ou suppression de la sanction pénale existante, mais la dépénalisation dissimule par ailleurs un phénomène rampant de repénalisation.

Ensuite et néanmoins, la dépénalisation est une réponse à une évolution des besoins de la vie économique et des désirs de la société, notamment une aspiration à la sécurité juridique, et semble de ce fait être un processus inéluctable de la modernisation du droit des affaires. Une dépénalisation est donc utile.

Pour l'avenir, l'opportunité et l'efficacité d'une dépénalisation repose sur la définition d'une véritable politique répressive adaptée à la vie des affaires. Concilier dynamisme économique et moralisation des affaires amène à reconsidérer la fonction et la place de la sanction pénale en droit des affaires en vue de la revigorer dans un domaine à restreindre et, d'autre part, à réaménager les modalités d'application des modes de substitution en vue de les sécuriser et ce, sous l'importante réserve que ceux-ci ne concernent que des manquements ne portant pas atteinte aux valeurs essentielles de la société. Ainsi, dépénaliser implique de rationaliser toutes les voies à travers une réforme globale du droit répressif des affaires afin d'établir la cohérence et la stabilité de la réglementation de la vie des affaires.

Mais bien qu'il soit fait place à la régulation et peut-être à un renouvellement de la sanction, cela n'exclura pas la répression. Aucun doute n'est permis : les affaires, traditionnellement liées au droit pénal ne s'en débarrasseront pas totalement. Cette dépénalisation là est juste.

Seulement, tout recul de la pénalisation de la vie économique implique un désengagement de l'Etat⁴²². L'effectivité de cette politique de dépénalisation ne dépend-elle pas en réalité d'une volonté politique ?

⁴²² V. notamment D. LABERGE, « *Futur pénal, fiction pénale : débat autour des notions de privatisation et de désinvestissement étatique* », in *Déviance et société*, 1988, vol. 2, n° 2, p. 172.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES, OUVRAGES ET MANUELS

- ANTONNA J.-P., F. LENGART, Ph. COLIN**, *La prévention du risque pénal en droit des affaires*, Dalloz, 1997, 268p.
- BIHL L.**, *Le droit pénal de la consommation*, Nathan, 1989, 189p.
- BLAISE J.-B.**, *Droit des affaires*, Manuel, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 2007, 630p.
- BOUZAT P.**, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, Dalloz, 1951, 1230p.
- CHAPUT Y.**, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement*, 1^{ère} éd., P.U.F., 1992, 304p.
- CHEVALIER J.**, *Le droit administratif en mutation*, P.U.F., 1993, 321p.
- COLLIARD C.-A., TIMSIT G.** (dir), *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F, Les voies du droit, 1988, p.
- DAIGRE J.-J.** (dir), *La modernisation du droit des sociétés*, Joly éd., 1997, 106p.
- DALMASSO Th.**, *Responsabilité pénale des personnes morales. Evaluation des risques et stratégie de défense*, E.F.E, 1996, Paris, 229p.
- DAURY-FAUVEAU M., BENILLOUCHE M.** (dir), *Dépénalisation du droit des affaires et responsabilité pénale de la personne morale*, P.U.F, 2009, 141p.
- DELLIS G.**, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997, 486p.
- DELMAS MARTY M.**, *Droit pénal des affaires. Les infractions*, T. I, 1^{ère} éd., P.U.F., Thémis, 1981, 788p.
- DELMAS-MARTY M.**, *Modèles et mouvements de politiques criminelles*, Economica, 1983, 231p.
- DELMAS-MARTY M.**, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Les voies du droit, 1986, 332p.
- DELMAS-MARTY M., TEITGEN-COLLY C.**, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, 192p.
- ETRILLARD C.**, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, 392p.
- FARJAT G.**, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, 543p.
- FRISON-ROCHE M.-A.** (dir), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, 210p.
- GIUDICELLI-DELAGE G.**, *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, Mémentos, 2001, 147 p.
- HAMEL J.**, *Le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955, 396p.
- HAMIAULT M.**, *La réforme des sociétés commerciales. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966*, Paris, Dalloz, 1966, 344p.
- HASCHKE-DOURNAUX M.**, *Réflexions critiques sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, 2005, 528p.
- JEANDIDIER W.**, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., Dalloz, Précis, 1998, 576p.
- LARGUIER J, CONTE Ph.**, *Droit pénal des affaires*, 9^{ème} éd., Paris, Armand Colin, U, 1998, 516p.
- PANSIER F.-J.**, *Le droit pénal des affaires*, P.U.F., Que sais-je ?, 1992, 127p.

- PANSIER F.-J.**, *La peine et le droit*, P.U.F, Que sais-je ?, 1994, 127p.
- PRADEL J.**, *Droit Pénal*, 14^{ème} éd., Cujas, 2002, 749p.
- RAKOTOMANANA H.**, *Droit pénal malgache des affaires*, Jurid'ika, 2008, 409p.
- RENUCCI J.-F.**, *Droit pénal économique*, Paris, Masson, U, 1995, 167p.
- RIPERT G.**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd. Paris, LGDJ, 1951, 355p.
- VERON M.**, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Paris, Masson, 1988, 327p.
- STEFANI G.** (dir), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956, 425p.
- VAN DE KERCHOVE M.**, *Le droit sans peines : aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987, Bruxelles, 557p.

ARTICLES, THESES ET MONOGRAPHIES

- ANCEL M.**, « Réforme pénale et dépenalisation », Rev. sc. crim., 1983, p.145.
- ANDRIAMIHANTA B.**, « Commentaires de la nouvelle loi sur les chèques », in Revue MCI, février 2005, n°17, pp.3 et s.
- AT Ch., CHAPPE N.**, « La répression des pratiques délictueuses des dirigeants. Le rôle des actionnaires », in Revue d'économie politique, Dalloz, 2004, vol.114, pp.99-110.
- AZEMA J.**, « La dépenalisation du droit de la concurrence », Rev.sc.crim., 1989, p.651.
- BECKER G.-S.**, "Crime and punishment: an economic approach", in Journal of political economy, vol.76, 1968, pp.169-217.
- CALAIS-AULOY M.-Th.**, « La dépenalisation en droit des affaires », D., 1988, Chron., p.315.
- CHAPUT Y.**, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », in Pouvoirs, 2009, n° 128, pp.87-185.
- COULON J.-M.**, « Dépenalisation de la vie des affaires : « Construire un travail équilibré, cohérent, en proposant des règles claires » », in Revue Lamy Droit des affaires, n°25, mars 2008, pp. 56-59.
- DEL PERO F.**, « La prescription pénale », thèse Lausanne, 1993.
- DERRIDA F.**, « La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises », R.1989, p.658.
- DINTILLAC J.-P.**, « La pénalisation de l'activité économique et financière, in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001.
- ECDE**, « Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions », La documentation française, 1995.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Considération des règles répressives dans les prises de décisions des entreprises », Les Petites Affiches, 19 novembre 1997, n°139, pp. 25-29.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », Les petites affiches, 19 mai 2005, n°99, pp. 15-21.
- GAZIER F., CANNAC Y.**, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », ECDE, 1983-1984, n°35, p.20.
- GODEFOY Th.**, « La délinquance économique et financière serait-elle en voie de disparition ? », in *Délinquance, justice et autres questions de société*, novembre 2010, pp.1-7.

GUILLEMIN Ph., « *Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale* », in « *Quelle dépenalisation pour le droit des affaires ?* », AJ Pénal n°2/2008, février 2008, pp.73-77.

GUYON Y., « *De l'inefficacité du droit pénal des affaires* », in Pouvoirs, P.U.F., 1990, n°55, p.52.

JAKOBA R., « *La Commission Fiscale de Recours Administratif et La Commission de Conciliation et d'Expertise Douanière* », in Revue du MCI, 2^{ème} trimestre 2008, n°42, p.3.

LANGLADE J.-B., « *La réforme de la banqueroute par la loi du 25 janvier 1985* », JCP, éd. E, 1986.15710.

LASCOUMES J., « *La C.O.B. entre magistrature économique et gestion du droit des affaires* » in Déviance et société, Vol 9, n°1, 1985, pp. 1-30.

LEBLANC D., « *Droit de la concurrence : la dépenalisation n'est pas la solution* » in « *Quelle dépenalisation pour le droit des affaires ?* », AJ Pénal n°2/2008, février 2008, p. 69.

LEFEBVRE J., « *La dépenalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?* », in Désordre(s), P.U.F, 1997, pp.245-253.

LEVASSEUR G., « *Le problème de la dépenalisation* », in Archives de politique criminelle, 1983, n°6, pp.54-69.

LIENHARD A., « *Pas si facile de passer du pénal au civil* » in « *Quelle dépenalisation pour le droit des affaires* », AJ Pénal n°02/2008, février 2008, pp. 66-68.

MATSOPOULOU H., « *Un regard sur la dépenalisation des affaires* », in Revue Dalloz, n°13, pp.864-870.

RAKOTONDRAMANANA E., « *Monographie du chèque bancaire* », in Revue du MCI, , février 2005, n°17, p. 5.

RAMAMONJISOA A., « *Quand les affaires pénales polluent les relations commerciales* », in Bulletin juridique et fiscal de M.C.I, novembre 2003, n°2, p.5.

ROBERT J.-H., « *La dépenalisation* », in Arch. phil. droit, 1997, pp. 191-197.

TOUSSAINT-DAVID G., « *La LME et la nouvelle autorité de la concurrence, enjeux et perspectives* », Les Petites Affiches, 18 septembre 2009, n°187, p. 9.

VAN DE KERCHOVE M., « *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation* », in Déviance et Société, 1981, Vol. 5, n°1, pp. 1-23.

WESTER-OUISSE V., « *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques* », Rev. pén. dr. pén., 2009, n°1, p. 63.

RAPPORTS ET COLLOQUES

ASSOCIATION AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISE, « *Propositions pour une dépenalisation équilibrée du droit des affaires* », 2008, pp.1-20.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, « *Quel droit pénal des affaires pour demain ?* », 2 juillet 2008, pp. 1-43.

COJUMA, AMTT, AMTA, « *La délinquance économique et financière et du contentieux. Enjeux et stratégies* », Antanarivo, 21, 22, 23 octobre 1996, 256p.

HASTINGS P., « *Dépenalisation et contrôles internes : les nouveaux enjeux* », 15 avril 2008, pp.1-24.

HUBSCHWERLIN M.-O., « *La dépenalisation du droit des affaires* » in « *Actualités en droit pénal et procédure pénale* », 25 avril 2008.

MARINI, *Rapport au Premier ministre. La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996.

MISTRETTA P., « *Les frontières du droit pénal* », Clermont- Ferrand, 18 novembre 2010.

PRADEL J., « *La pénalisation du droit des affaires* », Le Caire, octobre 2009, pp. 1-7.

WEBOGRAPHIE

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, « *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires. Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises* », 2008, pp. 1-75.

Source : <http://www.etudes/ccip.fr/>

COULON J.-M., « *La dépenalisation de la vie des affaires* », La documentation française, janvier 2008, pp. 1-112. Source : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>

KOPP P., *Analyse économique de la délinquance financière*, septembre 2001, pp. 1-50.

Source : <http://www.gip-recherche-justice.fr/>

WESTER-OUISSE V., *Convention et juridiction pénale*, thèse Nantes, 1999. Source : <http://www.droit.wester.ouisse.free.fr/>

ANNEXES

ANNEXE I. Liste de quelques faits dépenalisés en droit des sociétés

Les infractions de l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867 :

Ces infractions sont les suivantes :

- le non respect du droit de mise à disposition des actionnaires au siège social au moins 15 jours avant l'assemblée, de l'inventaire, du bilan, du compte de profits et pertes et généralement de tous les documents qui, d'après la loi, doivent être communiqués à cette assemblée,
- la violation des prescriptions relatives à la communication, à toute époque de l'année, à tout actionnaire de tous les documents qui ont été soumis aux assemblées générales durant les trois dernières années et des procès-verbaux des assemblées
- la non convocation à toute assemblée, des actionnaires dont les titres sont nominatifs et qui en auront fait la demande. (article 35 alinéa 5 de la loi du 24 juillet 1867)

Ont été également dépenalisés :

- le fait pour les membres du Conseil d'Administration ou les gérants qui ont prévu des clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice de droit de vote dans les assemblées générales dans les sociétés commerciales
- toutes violations aux règles d'accès aux assemblées générales d'actionnaires et toute violation de la règle de proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital souscrit sous réserve du droit de deux ans libérés, ou au titulaire des actions au porteur eu égard à la quotité du capital social (article 4 de la loi du 13 novembre 1933 modifiée par le décret-loi du 31 août 1937)
- la simulation de la qualité d'actionnaires aux fins de participer au vote, agissement frauduleux connu autrefois sous le nom de création de majorité factice (article 13 alinéa 4 et 6 de la loi de 1867)
- enfin, la remise des actions en vue d'une participation irrégulière au vote (article 13 alinéa 5).

Ont été dépenalisées par la loi NRE les infractions suivantes :

- le fait de ne pas transmettre avant l'assemblée générale les documents dans une SARL;
- le fait pour un gérant de SARL de ne pas mettre à disposition au siège de la société les documents relatifs aux trois exercices précédents ;
- le fait de faire de fausses déclarations concernant la souscription ou le versement des fonds (SA) ;
- le fait de négocier des promesses d'actions ;
- le fait de ne pas mettre avant l'Assemblée générale les documents sociaux et les projets de résolution, de ne pas convoquer les titulaires d'actions nominatives et de ne pas mettre à disposition pendant l'année les documents relatifs aux trois derniers exercices ;
- le fait de procéder à l'amortissement du capital par voie de tirage au sort des actions ;

- le fait de commencer les opérations avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance ;
- le fait de ne pas procéder aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital dans le délai légal ;
- le fait d'émettre des obligations ou des bons alors que le capital n'est pas entièrement libéré ;
- la publication d'un prospectus sans la signature du représentant qualifié, des noms des administrateurs et du lieu de la bourse où sont cotées les valeurs offertes ;
- de fournir des renseignements faux ou inexacts en vue de l'établissement du prospectus ;
- le fait d'émettre des parts de fondateur ;
- le fait d'émettre des obligations négociables pour les autres sociétés que les sociétés par actions ;
- le fait d'émettre des obligations négociables avant que la société n'ait 2 ans d'existence ;
- le fait de ne pas permettre aux associés d'exercer, en période de liquidation, leur droit de communication des documents sociaux.

Ont été dépénalisées par la loi LSF les infractions suivantes :

- le fait de voter à une assemblée générale en se faisant passer pour un actionnaire ;
- le défaut de convocation des titulaires d'actions nominatives dans le délai légal ;
- le défaut d'établissement d'une feuille de présence aux assemblées générales ;
- le non-respect des règles sur les droits de vote en assemblée générale ;
- le non-respect du droit de souscription des actionnaires en cas d'augmentation de capital ainsi que le non-respect des droits des titulaires d'OBSA, et d'autres obligations ;
- l'émission d'obligations à lots sans autorisation ;
- l'octroi au représentant de la masse des obligataires d'une rémunération supérieure à celle qui a été prévue ;
- le défaut de convocation des associés à l'assemblée annuelle par le liquidateur.

Ont été dépénalisées par la loi LIE les infractions suivantes :

- le fait pour un gérant de SARL d'omettre de mentionner sur tous les actes et documents de la société destinés aux tiers, l'indication de sa dénomination, de son capital social et des initiales SARL ;
- le fait pour un dirigeant de SA d'omettre de mentionner sur tous les actes et documents, destinés aux tiers la dénomination sociale, le capital social et les initiales SA ;
- – le fait pour le président de SAS d'omettre la mention, sur les actes et documents de la société destinés à des tiers, de la dénomination sociale, du capital social et des initiales SAS.

Ont été dépénalisées par l'ordonnance du 25 mars 2004 les infractions suivantes :

- le fait de ne pas établir des procès-verbaux pour constater les délibérations du conseil d'administration ;

- le fait de ne pas porter à la connaissance des actionnaires les renseignements exigés par le décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales et de ne pas adresser aux actionnaires le formulaire de procuration accompagné de certains documents nécessaires à la préparation de l'assemblée générale, dont les projets de résolution ;
- le fait de ne pas conserver au siège social dans un recueil spécial les procès-verbaux d'assemblée générale et des assemblées d'obligataires.

Ont été dépenalisées par l'ordonnance du 24 juin 2004 les infractions suivantes :

- la participation à la négociation illicite d'actions ;
- l'émission d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote dépassant un certain seuil ;
- l'obstacle opposé à la désignation des mandataires représentant les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ;
- l'absence de consultation de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ;
- la participation à une assemblée d'obligataires en se présentant faussement comme obligataire ;
- de représenter illégalement les obligataires ;
- de participer illégalement aux assemblées d'obligataires.

ANNEXE II. Barème des Amendes Douanières prononcées par voie transactionnelle

Extrait de la décision N° 19 MFB/SG/DGD du 22 MARS 2011

Portant Barème des Amendes Douanières prononcées par voie transactionnelle

Article 2 : Principes de fixation des amendes douanières.

En conformité avec l'arrêté visé à l'article premier ci-dessus qui fixe la compétence en matière transactionnelle, les amendes douanières sont fixées en fonction des droits compromis ou éludés, ou, s'il n'en existe pas, en fonction de la valeur des marchandises litigieuses.

Les amendes nées des infractions douanières, à l'exception des cas particuliers visés aux articles 5, 6 et 7 ci-dessous, sont fixées suivant cinq (05) taux appliqués sur les droits compromis ou éludés (DC), ou sur la valeur (V) des marchandises litigieuses.

- 100% x DC ou 15% x Valeur
- 75% x DC ou 12% x Valeur
- 50% x DC ou 10% x Valeur
- 25% x DC ou 05% x Valeur
- 10% x DC ou 01% x Valeur

La détermination du taux des pénalités pécuniaires adéquat est fonction de quatre (04) critères énumérés à l'article 4 ci-dessous.

Article 3 : Précisions et exceptions sur la base prise en considération pour le calcul

Droits compromis ou éludés (DC): Total des droits et taxes devant être payés et qui ne l'ont pas été en raison de l'infraction commise. En sus des droits de douane et de la TVA, les droits compromis ou éludés servant au calcul comprennent également les droits d'accise, pour les marchandises qui y sont soumises.

Valeur des marchandises litigieuses (V): Valeur en douane des marchandises objet de fraude, sauf pour le cas de infractions suivantes:

- Toute infraction à l'exportation : la valeur sur le marché international est prise en compte ; si cette valeur ne peut être déterminée, la valeur sur le marché intérieur est appliquée,
- Contrefaçon et piraterie: valeur sur le marché intérieur des marchandises litigieuses.
- Fausse déclaration de valeur: différence entre la valeur reconnue et la valeur déclarée, communément dénommée « valeur compromise ».

Article 4 : Méthode de calcul des amendes

PREMIERE ETAPE : Notation sur vingt (20) des infractions douanières en fonction des quatre (04) critères suivants :

Critère	Cas d'espèce		Note maximale
Qualification de l'infraction	Délit	Contravention	10/20
Intention de fraude	Certaine	Ecartée	03/20
Circonstance de découverte de l'infraction	Pouvant échapper	Ne pouvant pas échapper	03/20
Fréquence de la réalisation de l'infraction	Récidiviste	Première infraction	04/20

La totalité de la notation ainsi obtenue entre systématiquement dans l'une des fourchettes définies à la deuxième étape ci-dessous, permettant de déterminer le taux des pénalités à appliquer.

DEUXIEME ETAPE : Fixation des taux des pénalités pécuniaires en fonction de la totalité de la notation obtenue précédemment :

Fourchette de la notation	Amende à prononcer
[18-20]	100% x DC ou 15% x Valeur
[15-17]	75% x DC ou 12% x Valeur
[12-14]	50% x DC ou 10% x Valeur
[09-11]	25% x DC ou 05% x Valeur
[06-08]	10% x DC ou 01% x Valeur

Article 5 : Amendes spécifiques

Infraction	Amende à prononcer
Contrebande	45% x Valeur
Contrefaçon & Piraterie	35% x Valeur sur le marché intérieur
Opposition à fonction	500.000 Ariary par prévenu
Infraction sur les drogues et stupéfiants	100% x Valeur

Article 6 : Montant minimal de l'amende

Dans tous les cas d'infraction, l'amende ne peut être inférieure à 500.000 Ariary.

Cependant, pour la Contravention de Première classe, ainsi que pour l'inexécution des engagements souscrits, hormis le cas d'infractions relatives aux régimes suspensifs, une amende forfaitaire de 200.000 Ariary sera prononcée.

RESUME DE LA FIXATION DES PENALITES ET CONFISCATIONS EN MATIERE DOUANIERE

ETAPE N°01 : NOTATION SUR VINGT (20) DES INFRACTIONS DOUANIERES EN FONCTION DES QUATRE (04) CRITERES ET PARAMETRES :

CRITERES		NOTATION
1°/ Qualification de l'infraction (Infraction douanière) Max = 10	Délits de 2 ^{ème} et 3 ^{ème} classe	10
	Délict de 1 ^{ère} classe	8
	Contravention de 3 ^{ème} et 4 ^{ème} classe	4
	Contravention de 2 ^{ème} classe	3
2°/ Intention de fraude Max = 3	Certaine	3
	Ecartée	0
3°/ Circonstance de découverte de l'infraction Max = 3	Pouvant échapper au Service	3
	Ne pouvant pas échapper au Service	1
4°/ Fréquence de réalisation de l'infraction Max = 4	Récidiviste	4
	Première infraction	2

ETAPE N° 02 : FIXATION DE PENALITES EN FONCTION DE LA TOTALITE DE LA NOTATION OBTENUE PRECEDEMMENT

Totalité de l'annotation		[18-20]	[15-17]	[12-14]	[09-11]	[06-08]	Opposition à fonction	Contrebande	Contrefaçon et Piraterie	Contravention de 1 ^{ère} classe Inexécution d'Engagements
Pénalités pour les infractions douanières	Avec Droits compromis	100 % DC	75 % DC	50 % DC	25 % DC	10 % DC	Ar. 500.000 par prévenu	45 % V	35 % VSMI	Ar. 200.000
	Sans Droits compromis	15 %V	12 %V	10 % V	05 % V	01 %V				
Pénalité pour infraction sur les Drogues et stupéfiants		100% V								
Pénalités pour les infractions mixtes et l'exportation sans déclaration de devises ou de moyens de paiement par les non-résidents		Confiscation du corps du délit ou paiement de la contre valeur du corps du délit.								

Annexe III. Modalités de fixation des amendes fiscales.

REPOBLIKAN'I MADAGASIKARA
Fahafahana - Tanindrazana - Fandrosoana

MINISTÈRE DES FINANCES ET DU BUDGET

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL

DIRECTION GÉNÉRALE DES IMPÔTS

Antananarivo, le 5 mai 2008

INSTRUCTION N° 459 - MFB/SG/DGI portant application des dispositions légales en matière d'amendes et de pénalités fiscales.

Il est rappelé que, selon les dispositions de l'article 20.01.51 et suivants du Code général des Impôts, les infractions fiscales sont passibles de pénalités et/ou d'amendes selon le cas.

Compte tenu des hésitations observées et dans le souci d'assurer un traitement égalitaire des contribuables par tous les services, il est donné instruction de *ne plus accorder de remise de pénalités et pour quelque motif que ce soit*. Les amendes et pénalités de retard légales seront appliqués strictement sans hésitation ni aucune interprétation, suivant le *tableau non exhaustif* suivant :

NATURE DES INFRACTIONS	TAUX/MONTANT
1- Défaut de dépôt de déclaration	Ar 200 000
2- Amende pour insuffisance, inexactitude, omission ou minoration	
➤ bonne foi du contribuable admise	40 %
➤ manœuvres frauduleuses	80 %
déclaration de déficit d'impôt sur les revenus	
➤ opposition à contrôle, vente sans facture, fausse facture, recours à noms d'emprunt, montages ou documents irréguliers, fictifs	150 %
3- IRSA : retenue à la source sur salaires versés	
➤ omission d'effectuer la retenue à la source, bonne foi prouvée	40 %
➤ retenue à la source effectuée mais non reversée	80 %
4- TVA : déduction abusive, report de crédit non justifié, déduction non indiquée sur facture, vente sans facture entre assujettis, facture sans opération réelle ou non réglementaire, omission de facturation, etc.	80 %
5- impôt foncier :	
➤ cas général	40 %
➤ refus d'accès aux locaux	Ar 200 000
➤ défaut de dépôt	Ar 10 000
6- Droits d'enregistrement : insuffisances	
➤ cas général	40 %
➤ manœuvre, contre lettre, dissimulation du caractère véritable d'un contrat.....	80 %
7- Taxation et redressement d'office	40 %
8- Infractions non prévues	Ar 200 000
9- Chèques sans provisions	150 %
10- Absence de comptabilité PCG 2005	1 % du CA annuel
11- Refus de présentation, de communication, livres, documents non tenus ou détruits	Ar 200 000
12- Experts comptables, conseillers qui ont utilisé ou incité à utiliser des documents inexacts	80%, min.Ar 200000
13- Intérêt de retard	1 % par mois
14- Non dépôt de déclaration des industriels, commerçants (droit de communication)	5 à 25 % du CA

Toutefois, le CGI, au cas où la bonne foi du contribuable est avérée ou en cas de première infraction, prévoit des amendes réduites. Dans tous les cas, les infractions sont passibles de l'intérêt de retard et les pénalités s'appliquent sans préjudice des poursuites judiciaires.

La présente instruction est d'*application stricte* et immédiate.

Le Directeur général des impôts



TABLEAU COMPARATIF DES PENALITES ET AMENDES

INFRACTIONS	Dispositions actuelles		Dispositions PLF 2008	
	Articles	Pénalités et amendes	Articles	Intérêts de retard Amendes
DISPOSITIONS GENERALES.	20.01.51.	- Pénalités et amendes non cumulables.	20.01.51.	Intérêts de retard et amendes cumulables. - Possibilité de remise totale ou partielle pour délinquants primaires.
DEFAUT DE DEPOT DE DECLARATIONS OU TOUT AUTRE DOCUMENT DONT LE DEPOT EST OBLIGATOIRE.	20.01.52	Ar 200 000.	20.01.52	Ar 200 000.
Défaut de dépôt pour les rédacteurs d'actes.	02.10.24 2°-3°-4°	Ar 20 000.	20.01.52.1	Ar 200 000.
Défaut de dépôt – Impôt foncier.	10.02.10 1 ^{er} alinéa. 10.03.14 1 ^{er} alinéa.	Ar 10 000.	20.01.52.2.	Ar 10 000.
RETARD DE PAIEMENT – DE VERSEMENT – D'ENREGISTREMENT D'ACTES	20.01.53	5p 100/mois min Ar 1 000 max 100 p 100	20.01.53	1p 100 du montant à payer par mois.
Retard en matière de succession.	02.03.44	1p 100/mois min Ar 1 000 max : Moitié du droit exigible.	20.01.53.1.	1p 100 du droit dû par mois.
INSUFFISANCE- INEXACTITUDE- OMISSION- MINORATION.	20.01.54.	- 25 p 100 du complément des droits exigibles. 100 p 100 en cas de manœuvre frauduleuse, opposition au contrôle.	20.01.54.	- 40 p 100 du complément des droits exigibles. - 80p 100 en cas de manœuvre frauduleuse. - 150p 100 en cas d'opposition au contrôle. - 150p 100 : non délivrance de facture, fausse facture noms d'emprunt, toute autre fraude.
Omission de versement : IRSA	01.03.25.	- 100p 100 : Omission de faire la retenue – min Ar 1 000.	20.01.54.1.	40p 100 des sommes non versées : omission de faire la retenue.

XIII

INFRACTIONS	Dispositions actuelles		Dispositions PLF 2008	
	Articles	Pénalités et amendes	Articles	Intérêts de retard Amendes
	01.03.26.	- 200p 100 : il y a retenue mais pas de versement- min Ar 2 000.	20.01.54.1.	80p 100 des sommes non versées.
	01.03.28	- 25p 100 de la différence entre l'impôt effectivement dû (personne recevant plusieurs revenus salariaux).	- 20.01.54.1.	- 80p 100 des sommes non versées : organisme payeur se trouve hors du territoire.
TVA				
Déduction abusive - Manœuvre frauduleuse	06.01.29.1°	-100p 100 :	20.01.54.2-1°.	- 80p 100 : de la taxe fraudée, éludée ou compromise et dont la déduction ou le remboursement a été indûment opéré ou obtenu.
- Inexactitude sur les crédits reportables.	06.01.29.2°.	- 50p 100	20.01.54.2-2°.	- 80p 100 des crédits déclarés mais non justifiés.
- Déduction TVA non apparente	06.01.29.3°.	- 100p 100	20.01.54.2-3°.	- 80p 100 de la taxe déduite à tort.
- Vente sans factures entre assujetties.	06.01.29 4°.	- 200p 100	20.01.54.2-4°.	- 80p 100 de la taxe sur la valeur marchande des biens ou des services vendus.
- Facturation pour opération fictive.	06.01.29 5°.	- 200p 100	20.01.54.2-5°.	- 80p 100 de la valeur indiquée sur la facture se rapportant à une opération fictive
- Vente avec facture irrégulière	06.01.29 6°.	- 100p 100	20.01.54.2- 6°.	- 80p 100 du montant de la taxe figurant sur la facture irrégulière.
- Facturation de TVA sur produits exonérés.	06.01.29 7°.	- 50p 100	20.01.54.2-7°.	- 80p 100 du montant de la taxe figurant sur la facture se rapportant à une opération exonérée.
- Omission de facturation de	06.01.29 8°.	- 50p 100	20.01.54.2- 8°.	- 80p 100 de la taxe fraudée, éludée ou compromise.
	06.01.29 9°.	- Facture non réglementaire :		-

INFRACTIONS	Dispositions actuelles		Dispositions PLF 2008	
	Articles	Pénalités et amendes	Articles	Intérêts de retard Amendes
TVA sur produits taxables.		Ar 2 000. Opposition au contrôle fiscal.	- Dispositions déjà rédigées ailleurs.	
Inexactitude/Minoration en matière d'Impôts fonciers.	10.02.10 2 ^{ème} alinéa 10.03.14 1 ^{ère} alinéa	50p 100 de l'impôt éludé : IFT. 50p 100 de l'impôt éludé : IFPB – min Ar 10.000	20.01.54.3	- 40p 100 de l'impôt éludé.
Insuffisances sur déclarations pour les nouveaux adhérents des Centres de gestion.			20.01.54.4.	Sans amendes.
Insuffisances en matière d'enregistrement - Souscription amiable d'une insuffisance. - Insuffisance souscrite après signification de la contrainte. - Insuffisance souscrite après assignation. - Autres cas.	02.10.30.	- 200p 100 - 400p 100 - 500p 100 - 300p 100	20.01.54.5.	- 40p 100 du complément du droit exigible - 40p 100. - 100p 100. - 200p 100.
Dissimulations en matière d'enregistrement.	02.10.26.	- 100p 100 de la somme dissimulée. - 200p 100 pour les complices, min Ar 10 000.	20.01.54.7	- 40p 100 du complément de droit exigible. - 80p 100 de la somme dont le Trésor a été frustré.
- Dissimulation par l'existence d'une contre lettre	02.10.27.	300p 100 : Min Ar 10 000.	20.01.54.8	80p 100 du droit qui aurait dû être versé.
- Dissimulation à l'amiable ou établie judiciairement	02.10.28.	200p 100	20.01.54.9.	80p 100 du droit en sus

INFRACTIONS	Dispositions actuelles		Dispositions PLF 2008	
	Articles	Pénalités et amendes	Articles	Intérêts de retard Amendes
- Toute fausse déclaration autre celle visée à l'article 02.10.26. - Complicité pour fausse déclaration	02.10.29.	- 50p 100 - 100p 100	20.01.54.10	- 40p 100. - 80p 100.
TAXATION SUR LES ELEMENTS DE TRAIN DE VIE OU REDRESSEMENT D'OFFICE.	20.01.55	25p 100 :	20.01.55	40p 100.
AUTRES INFRACTIONS.				
- Chèque sans provision.	20.01.56.	Ar 200 000.	20.01.56.	Ar 200 000. 150p 100 du montant exigible.
- Déficit après redressement - Absence de comptabilité régulière	01.01.21	25p 100 1p 100 du chiffre d'affaires	20.01.56.1.	- 80p 100 calculé fictivement sur la base des redressements. - 1p 100 du chiffre d'affaires.
Refus d'accès.	10.03.14.	Ar 200 000 : IFPB	20.01.56.3	Ar 200 000.
Refus de communication de déclarations - contrats - documents obligatoires.	02.09.13 3 ^{ème} alinéa.	Ar 10 000	20.01.56.4	Ar 200 000.
Manœuvres frauduleuses effectuées par les tierces personnes substituant les contribuables dans l'établissement des déclarations.	20.06.19	50p 100 à 200p 100	20.01.56.5.	80p 100 min Ar 200 000.
INFRACTIONS FISCALES SUR LA CULTURE ET LA FABRICATION DE TABAC.	05.05.01	- par pieds de tabacs, pieds plantés, par kilogramme de tabacs.	20.01.57.	- par pieds de tabacs, pieds plantés, par kilogramme de tabacs
INFRACTIONS SUR LA FABRICATION DES ALCOOLS ET DES PRODUITS ALCOOLIQUES :				
- Fabrication sans	05.05.02	Ar 1 000 / litre Min Ar 10 000	20.01.58.	Ar 1 000 / litre Min Ar 10 000

INFRACTIONS	Dispositions actuelles		Dispositions PLF 2008	
	Articles	Pénalités et amendes	Articles	Intérêts de retard Amendes
autorisation de boissons alcooliques du premier groupe - Revivification, toute manœuvre de détourner les alcools dénaturés, fraudes sur les distilleries, défaut ou fausse inscription sur les registres prescrits, refus de présentation de registre aux agents des impôts, autres infractions.	05.05.04	Emprisonnement obligatoire de un à deux ans. Ar 100 000 Emprisonnement obligatoire de un à deux ans.	20.01.59	Emprisonnement de un à deux ans (sans distinction de groupe) Ar 100 000 Emprisonnement obligatoire de un à deux ans.
INFRACTIONS SUR LA FABRICATION ET LA VENTE DES PRODUITS TAXABLES AUTRES QUE LES TABACS ET LES PRODUITS ALCOOLIQUES	-	-	20.01.60	Ar 100 000 amende en principal ; 200 p 100 des droits fraudés ; emprisonnement de 1 à 6 mois
INFRACTIONS SUR LA CIRCULATION DES TABACS ET DES PRODUITS ALCOOLIQUES	05.05.07	Ar 40 000	20.01.61	Ar 40 000.
DISPOSITIONS COMMUNES AUX DIFFERENTES PENALITES	05.05.08 à 05.05.11		20.01.62 à 20.01.67	Sans modification – Regroupement par transposition.
INFRACTIONS A L'IMPOT DE LICENCE SUR LES ALCOOLS ET LES PRODUITS ALCOOLIQUES	10.06.76 à 10.06.86		20.01.68 à 20.01.78	Sans modification – Regroupement par transposition.

TABLE DES MATIERES

RÉSUMÉ.....	ii
SOMMAIRE	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS	iv
LISTE DES ANNEXES	v
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE - LE PARADOXE DE LA DÉPÉNALISATION FACE AUX SPÉCIFICITÉS DU DROIT DES AFFAIRES.....	14
TITRE 1 ^{ER} . LES CONTROVERSES D'UNE DÉPÉNALISATION	15
Chapitre 1 ^{er} . Les demandes contradictoires de dépénalisation	15
Section 1 ^{ère} . Les critiques à l'endroit du législateur	15
Paragraphe 1 ^{er} . Une pénalisation déplacée de la vie des affaires.....	15
A. Le rôle du droit pénal des affaires.....	15
B. Les dérives de l'utilisation du droit pénal	16
C. Dépénaliser : redonner son sens au droit pénal	17
Paragraphe 2. Une pénalisation excessive du droit des affaires.....	18
A. Une surpénalisation du droit des affaires.....	18
B. La recherche des indices d'excès	20
1. La multiplication des incriminations.....	20
2. Au niveau des condamnations prononcées	20
3. La relativité du degré de pénalisation	21
C. Les « effets pervers » de la pénalisation excessive du droit des affaires.....	22
1. La banalisation du droit pénal des affaires.....	22
2. L'inadaptation aux enjeux économiques.....	22
a. Une entrave à l'esprit d'entreprise	22
b. La méconnaissance du droit pénal des affaires	23
c. L'attractivité économique d'un pays	24
Section 2. La juridiction pénale accusée	25
Paragraphe 1 ^{er} . L'apparition du risque pénal	25
A. Les incertitudes jurisprudentielles	25
1. L'incertitude de l'interprétation prétorienne.....	25
2. L'incompréhension mutuelle entre les acteurs judiciaires et les acteurs économiques	26
C. L'instrumentalisation de la justice pénale.....	26
Paragraphe 2. L'inefficacité de la sanction pénale en droit des affaires.....	27

A. L'échec de la répression pénale	27
B. L'ineffectivité de la sanction pénale.....	27
Paragraphe 3. Les difficultés de la procédure	28
Section 3. La modernisation du droit des affaires.....	28
Paragraphe 1 ^{er} . Une meilleure efficacité du droit des affaires	29
Paragraphe 2. L'influence de l'approche économique.....	29
A. Le coût de la sanction.....	30
B. La modélisation des comportements des acteurs économiques.....	30
Paragraphe 3. L'émergence de nouveaux modes de répression	31
Chapitre 2. Le maintien nécessaire d'un droit pénal en droit des affaires	31
Section 1 ^{ère} . Les considérations économiques	32
Paragraphe 1 ^{er} . Le droit pénal : gage de l'effectivité du droit des affaires	32
A. La complémentarité entre le droit pénal et le droit des affaires.....	32
B. La fonction préventive et l'effet dissuasif de la loi pénale.....	33
C. Le juge répressif : gardien de la légalité.....	33
Paragraphe 2. Le droit pénal : gage de la confiance des acteurs économiques	34
A. Une meilleure défense des libertés	34
B. La confiance dans le marché	34
Paragraphe 3. La préservation des finances publiques.....	35
Section 2. Les considérations éthiques	35
Paragraphe 1 ^{er} . La moralisation de la vie des affaires.....	35
Paragraphe 2. La protection d'acteurs plus faibles	36
Section 3. Les considérations juridiques	37
A. Le droit pénal des affaires et le droit pénal général	37
B. Le droit des affaires national et le droit des affaires international.....	38
C. Approche constitutionnelle.....	38
TITRE 2. LES IMPACTS SUR LE DROIT RÉPRESSIF DES AFFAIRES	40
Chapitre 1 ^{er} . La relativité des tentatives de dépenalisation.....	40
Section 1 ^{ère} . Le caractère spécialisé du mouvement.....	41
Paragraphe 1 ^{er} . La portée limitée de la dépenalisation de droit.....	41
A. Aperçu général des lois de dépenalisation	41
B. Une dépenalisation sélective du droit des affaires	42
1. En droit des sociétés.....	42
a. Les violations des règles relatives à la constitution de sociétés.....	42

b. Les violations des règles relatives à la gérance, à l'administration et la direction des sociétés.....	42
2. En droit du chèque	44
3. En droit de la concurrence	44
4. En matière de banqueroute	46
Paragraphe 2. La portée significative de la dépénalisation de fait	47
Section 2. Le mouvement parallèle de pénalisation et de repénalisation	48
Paragraphe 1 ^{er} . Le mouvement rampant de pénalisation.....	48
A. L'aggravation des peines.....	48
B. Extension des incriminations à d'autres personnes.....	49
Paragraphe 2. La responsabilité pénale de la personne morale	50
A. Une pénalisation légale du droit des affaires.....	50
1. Le cumul de responsabilités pénales de la personne du dirigeant et de la personne morale	50
2. Une extension des champs du risque pénal.....	52
B. Vers une dépénalisation jurisprudentielle au profit de la personne du dirigeant ? .	52
1. Une conception anthropomorphique de la responsabilité pénale des personnes morales.....	52
2. Un transfert de la responsabilité de la personne physique vers la personne morale	53
C. Une pénalisation constitutionnelle du droit des affaires.....	54
1. En droit de la concurrence	54
2. En droit boursier	55
3. L'approche constitutionnelle.....	55
Chapitre 2. Les particularités de la forme de la dépénalisation.....	56
Section 1 ^{ère} . Le maintien de la répression	57
Paragraphe 1 ^{er} . Les modes de répression classiques	57
A. La répression administrative pour les infractions de masse	58
B. L'intervention du juge civil dans la répression	59
Paragraphe 2. La répression sous l'angle de la régulation	60
A. Le choix de la régulation	60
B. Le pouvoir répressif des autorités de régulation	61
Paragraphe 3. La désincrimination	63
A. La désincrimination sèche	63
B. Le changement de qualification	63

C. Modifications des éléments de l'infraction.....	63
D. L'allègement des peines.....	64
Section 2. Les dérives de la mise en œuvre.....	64
Paragraphe 1 ^{er} . Un transfert apparent du pouvoir sanctionnateur	64
A. La dépossession du juge pénal.....	64
B. L'approche française	65
C. L'approche malgache	66
Paragraphe 2. Juxtaposition des sanctions pénales et des sanctions nouvelles.....	67
A. La dualité du système répressif des affaires	67
B. L'insécurité juridique dans le jeu des sanctions alternatives.....	68
Paragraphe 3. L'ineffectivité des sanctions nouvelles	69
DEUXIÈME PARTIE - LES CONDITIONS D'UNE DÉPÉNALISATION RATIONNELLE	72
TITRE 1 ^{ER} . LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE PÉNALISATION-DÉPÉNALISATION	74
Chapitre 1 ^{er} . Le recentrage critérié du droit pénal des affaires	74
Section 1 ^{ère} . La délimitation critériée de la dépénalisation.....	74
Paragraphe 1 ^{er} . Les critères classiques de dépénalisation	75
A. Le principe de justice et les indicateurs de proportionnalité	75
1. Le critère de gravité : un critère emprunt au droit pénal	75
2. Le critère de la valeur en cause : un critère emprunt au droit des affaires	76
3. Le critère de la nature du dommage	77
B. Le principe d'utilité et les indicateurs d'effectivité et d'efficacité.....	77
1. Le critère de l'efficacité préventive et dissuasive	78
2. Le critère de l'échelle des peines	78
Paragraphe 2. Les critères pratiques de dépénalisation	78
A. Les statistiques des condamnations.....	78
B. Concours d'infractions.....	79
C. Incohérence des incriminations	80
Section 2. Les infractions dépénalisables.....	80
Paragraphe 1 ^{er} . Les irrégularités douanières.....	80
Paragraphe 2. Les infractions formelles en droit des sociétés.....	81
A. Les propositions insatisfaisantes de la doctrine	81
B. Les pistes envisageables de dépénalisation	82
Paragraphe 3. Quelques manquements en droit de la concurrence	83
Chapitre 2. Le développement de l'efficacité de la voie pénale	84

Section 1 ^{ère} . La reconfiguration nécessaire du domaine pénal	85
Paragraphe 1 ^{er} . La redéfinition des éléments de l'infraction	86
A. L'analyse de l'intentionnalité et les infractions douanières	86
B. Le paradigme de l'abus de biens sociaux	87
1. Une meilleure définition du délit	88
2. L'oubli du délit	89
Paragraphe 2. La rationalisation des sanctions	91
A. La révision nécessaire des peines en matière douanière	91
1. Aperçu du dispositif répressif des délits douaniers.....	91
2. Les aspects de la lourdeur des sanctions douanières	92
3. La nécessaire mise en place d'une échelle des sanctions	93
B. Les aménagements nécessaires des sanctions dans les autres matières	93
1. Un allègement des sanctions.....	93
2. Une harmonisation des sanctions	93
3. Une variation des sanctions	94
C. La rationalisation des peines encourues par les personnes morales en droit français	94
Section 2. Le renforcement de l'efficacité du système pénal	95
Paragraphe 1 ^{er} . Le renforcement de la fonction légistique.....	95
A. L'éclatement du droit pénal des affaires	95
1. L'hétérogénéité du droit pénal des affaires	95
2. L'existence de l'incrimination par renvoi	96
3. Le préjudice pour la vie des affaires.....	97
4. L'indispensable travail légistique	97
Paragraphe 2. Le renforcement de la fonction judiciaire.....	98
A. La spécialisation des juridictions	99
B. La spécialisation des acteurs judiciaires.....	100
TITRE 2. LA RECHERCHE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES MODES DE SUBSTITUTION	102
Chapitre 1 ^{er} . L'opportunité du recours aux modes de substitution	103
Section 1 ^{ère} . Le système de prévention des infractions en matière de chèques	103
Paragraphe 1 ^{er} . Le choix de la banque	104
Paragraphe 2. Les principales caractéristiques des mesures de prévention	104
A. L'interdiction bancaire	104
B. Les injonctions bancaires	104

C. La faculté de régularisation	105
D. L'information de la Banque Centrale de Madagascar.....	105
E. Les mesures de précaution.....	105
Paragraphe 3. L'efficacité du système de prévention	106
A. La dépénalisation et la responsabilisation des intervenants	106
1. Les titulaires du compte	106
2. Les établissements teneurs de compte	106
3. La Banque Centrale.....	107
B. Les critiques.....	107
Section 2. Les voies préalables à la voie pénale	108
Paragraphe 1 ^{er} . Le mécanisme des avis.....	108
Paragraphe 2. L'avertissement.....	109
Paragraphe 3. L'injonction administrative	111
Section 3. Les sanctions pécuniaires	112
Paragraphe 1 ^{er} . Approche générale des sanctions pécuniaires	113
A. Le fondement des sanctions pécuniaires	113
B. Les avantages des sanctions pécuniaires	114
Paragraphe 2. Les amendes administratives.....	115
A. Insuffisance de garanties procédurales	115
B. Les modalités d'application des amendes.....	117
C. Une divergence d'objectif	118
Paragraphe 3. Les mécanismes transactionnels.....	119
A. La transaction : une contractualisation de la répression	119
1. Le fonctionnement de la transaction	119
2. Les avantages de la transaction.....	120
3. Les limites de la transaction	120
B. Les transactions administratives	121
1. Les difficultés de la procédure.....	121
2. Les différents principes de fixation du montant de la transaction	122
C. La transaction pénale	124
1. Les conditions d'application de la transaction pénale	124
2. Les particularités de la transaction pénale.....	125
Section 4. Les sanctions civiles	125
A. Les nullités.....	126

B. La responsabilité extracontractuelle	127
C. Les sanctions contractuelles.....	127
D. Les amendes civiles	128
E. Les injonctions de faire	128
Chapitre 2. La nécessaire amélioration des modes de substitution	130
Section 1 ^{ère} . Un meilleur encadrement des modes de substitution	131
Paragraphe 1 ^{er} . Le recadrage juridique des modes de substitution	131
A. Le recadrage du pouvoir de sanction	131
B. Le recadrage de la procédure contentieuse.....	132
Paragraphe 2. La nécessité d'un contrôle juridictionnel	132
A. L'opportunité du contrôle	133
1. La raison du contrôle : l'important pouvoir de sanction de ces autorités	133
2. Les difficultés : l'indépendance de l'autorité	134
B. L'éclatement des compétences juridictionnelles.....	135
C. L'approfondissement du contrôle	137
Section 2. Le dépassement de la dimension répressive de la sanction	138
Paragraphe 1 ^{er} . Les innovations apportées par les autorités de régulation	138
A. Le but : de la répression vers la régulation	138
B. La méthode : une gestion différentielle des contentieux d'affaires	139
1. La discrétion	139
2. Un traitement plus souple	140
3. Un traitement rapide du contentieux	140
Paragraphe 2. Une transformation des sanctions civiles	141
CONCLUSION	143
BIBLIOGRAPHIE.....	I
ANNEXES.....	V
TABLE DES MATIERES	XVII