

Lire Mireille Delmas-Marty - *Du droit pénal à la politique criminelle*

Droit pénal des affaires : l'œuvre d'un patient artisan du droit

Adán Nieto Martín

Professeur de droit pénal, Institut de droit pénal européen et international (UCLM,

509

Le *Droit pénal des affaires* de la Professeure Delmas-Marty a été un ouvrage fondamental pour le développement de cette discipline pendant trois décennies, de sa première édition en 1973 à la 4^e édition en 2000. Cette dernière édition est une œuvre collective, codirigée par Geneviève Giudicelli-Delage. Ainsi que le lecteur en est averti dans l'avant-propos, la quatrième édition est en fait le premier volume d'un ouvrage plus ambitieux qui visait à faire une étude comparative des principaux systèmes juridiques européens. *Droit pénal des affaires en Europe*, paru en 2006⁽¹⁾, a été et reste un ouvrage absolument original et essentiel pour le droit comparé.

Le visage du droit pénal des affaires en 1973, année de la première édition,

pourrait être décrit par les adjectifs suivants :

- *Anthropocentrique* : la responsabilité pénale dans les pays de l'UE ne concernait que les personnes physiques. La responsabilité des personnes morales était considérée comme une lointaine excentricité du monde anglo-saxon.

- *National* : à l'époque, rien ne laissait présager le processus d'harmonisation qui allait commencer à partir des années 1990, ni la formulation de cadres juridiques supranationaux. La coopération internationale était également inexistante et une sorte d'égoïsme punitif national prévalait : la « non-extradition pour les infractions fiscales » prévalait dans toutes les juridictions,

(1) G. Giudicelli-Delage (dir), *Droit pénal des affaires en Europe*, PUF, Coll. « Thémis », 2006.

les pots-de-vin versés par une entreprise à des fonctionnaires dans un pays constituaient un allègement fiscal dans un autre. Le processus de codification du XIX^e siècle avait conduit à une certaine harmonisation des aspects les plus classiques du droit pénal national, mais les infractions qui composent le *Droit pénal des affaires* sont aussi l'expression des crises et des scandales propres à chaque pays.

- *Marginal* : il s'agissait d'un secteur du droit pénal ignoré par la majeure partie de la doctrine et encore peu pertinent en pratique. À cette époque, seul un groupe de jeunes professeurs s'occupait d'en poser les fondations. Outre Mireille Delmas-Marty, il faut citer Klaus Tiedemann en Allemagne, Cesare Pedrazzi en Italie et Miguel Bajo Fernández en Espagne.

Pendant trois décennies, le *Droit pénal des affaires* a été un ouvrage clé pour accompagner la transition vers un droit pénal des affaires très différent, c'est-à-dire fondé sur la responsabilité pénale des entreprises et leur capacité d'autorégulation, mondial et supranational, soumis à un processus d'harmonisation très intense, et central, tant dans l'activité judiciaire et législative que dans la perception sociale de la criminalité.

Lorsqu'on lit aujourd'hui les parties introductives des éditions successives du manuel, on constate la capacité de l'auteur à anticiper de nouvelles pistes.

Ainsi, en premier lieu, l'édition de 1990 accordait déjà une attention particulière à *la relation entre la criminalité d'entreprise et la gouvernance d'entreprise et au phénomène d'autorégulation par le biais de codes d'éthique*⁽²⁾. L'« affaire Enron » n'aura lieu qu'une

dizaine d'années plus tard mais Mireille Delmas-Marty avait déjà pu remarquer l'importance d'un bon système de gouvernance d'entreprise pour la prévention de la criminalité économique, soulignant par exemple la nécessité pour le directeur général de ne pas être en même temps président du conseil d'administration, ce qui n'est toujours pas totalement accepté dans de nombreuses entreprises aujourd'hui. Dans l'édition 2000, elle a recommandé que les sanctions pénales ne soient pas seulement utilisées « pour punir, mais encore pour modifier les rapports de force » afin de promouvoir des changements dans la gouvernance des entreprises⁽³⁾.

Les deux éditions ont également réfléchi à l'utilité des codes d'éthique en tant que mesures préventives, en soulignant le danger que leur approbation par les entreprises ne soit qu'une question cosmétique, jouant « un rôle d'alibi, faisant croire à une moralisation de la vie des affaires qui n'existera pas en réalité »⁽⁴⁾. La quatrième édition a proposé comme solution pour augmenter leur efficacité d'accroître son interrelation avec le système juridique. À cette fin, il a été suggéré des formules qui, deux décennies plus tard, sont devenues monnaie courante, comme le licenciement des gestionnaires qui violent le code d'éthique ou le fait de considérer leur contenu comme une expression de l'ordre public international pour justifier, par exemple, la nullité de contrats fondés sur la corruption⁽⁵⁾.

Toutefois, compte tenu de l'importance accordée à l'autorégulation dans l'ouvrage, il est étrange que Mireille Delmas-Marty ne l'ait pas reliée à la *responsabilité pénale des personnes morales*, préconisant une responsabi-

(2) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires, Partie générale : responsabilité, procédure, sanctions*, PUF, 1990, p. 25 s.

(3) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 29.

(4) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 32.

(5) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 32.

lité fondée sur la faute d'organisation. L'édition de 1980 contient dans « l'état des questions » une étude approfondie du droit comparé européen et expose clairement les arguments en faveur de son introduction, mais n'opte pour aucun modèle d'imputation⁶. L'édition de 2000 se concentre sur les questions d'interprétation de l'article 121-2 du code pénal de 1992, sans remettre en cause le choix du modèle vicarial⁷.

Cette position est étrange quand, dans le même ouvrage, quelques pages avant, on note les critiques dérivées du principe de culpabilité à une institution aussi typiquement française que la responsabilité du chef d'entreprise⁸. La structure et les objectifs politico-criminels de cette responsabilité en droit français rappellent en fait davantage la responsabilité pénale de la personne morale, plutôt que la figure et le débat de la commission par omission.

La responsabilité du chef d'entreprise ne cherche pas à trouver une équivalence entre un comportement actif et un comportement omissif. Son but est de sanctionner un défaut d'organisation dû à un manque de vigilance⁹, où, comme dans le système de responsabilité de l'article 121-2, il n'y a pas non plus de possibilité de fonder la défense sur l'accomplissement des devoirs d'auto-régulation préventive nécessaires. La différence fondamentale entre les deux systèmes à l'origine était que si, dans le cas de la responsabilité pénale, la responsabilité de la personne morale n'excluait pas celle de la personne physique, dans le cas de la responsabilité du chef d'entreprise, il était normal d'ignorer la

responsabilité du subordonné qui était l'auteur matériel. Pour cette raison, l'évolution récente, qui dispense parfois de la responsabilité conjointe dans le cas des personnes morales, est cohérente.

En deuxième lieu, le *Droit pénal des affaires* apparaît comme un texte initiatique qui nous a accompagnés dans le passage du droit pénal des affaires national à un droit pénal des affaires supranational (européen et mondial). La politique pénale européenne fait une apparition remarquée dans l'édition de 1990, qui contient déjà une exposition du droit pénal européen qui, pour l'époque, est d'une longueur considérable et complète¹⁰. Les effets dits négatifs sont décrits, dans lesquels soit le comportement incriminé (l'incrimination pénale) soit la sanction envisagée sont contraires aux dispositions européennes d'effet direct. Mais aussi, ce qui était beaucoup plus novateur en 1990, alors que la fameuse décision dite du « mais grec » venait d'être rendue, c'était de faire état de l'obligation pour le droit pénal national de protéger les intérêts de l'Union européenne.

Dans la quatrième édition, l'importance de la mondialisation du droit pénal des affaires a conduit à repenser entièrement la structure de l'ouvrage. Son premier tome serait consacré au droit français, avec l'annonce d'un second tome qui « sera consacré d'une part à présenter, et comparer au système français, les grandes lignes du droit pénal des affaires dans les principales familles juridiques de l'Europe ; d'autre part à analyser les dispositions

(6) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. Partie générale : Responsabilité, procédure, sanctions*, PUF, 1990, p. 108 s.

(7) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 71 s.

(8) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. Partie générale : Responsabilité, procédure, sanctions*, PUF, 1990, p. 79 s.

(9) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 57 : « sa responsabilité pénale apparaît à sa charge comme la sanction d'une obligation légale de surveillance qu'il n'a pas personnellement respectée ».

(10) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. Partie générale : Responsabilité, procédure, sanctions*, PUF, 1990, p. 29 s.

du droit inter- et supranational applicables en la matière, en privilégiant les sources européennes, mais sans exclure pour autant les normes (applicables en Europe) venues d'organisations à vocation plus large (OCDE, OIT, OMC, ONU) »¹¹. Ce deuxième volume est paru en 2006, mais dans le cadre du droit européen. Cependant, comme le souligne la préface, le droit pénal européen n'était qu'une étape intermédiaire, une sorte d'objectif volant, vers un droit pénal des affaires global. Au moment de la rédaction de ce rapport (1999-2000), l'enthousiasme pour les avantages de la mondialisation économique, fondée sur la non-intervention néolibérale, était absolu. La crise économique de 2008 était encore à plusieurs années de distance. C'est pourquoi ses avertissements selon lesquels il n'était pas possible de tout confier à l'autorégulation et à l'éthique du marché étaient prémonitoires, comme l'affirmation de la nécessité de construire un droit pénal mondial fondé sur le respect des droits de l'homme et de l'environnement.

Quelques années plus tard, à la suite de ce programme, Mireille Delmas-Marty a, d'ailleurs, inspiré à Laurent Neyret une proposition de droit pénal international de l'environnement, qui contient la formulation la plus complète du crime d'écocide, dans le cadre d'un droit pénal international de l'environnement¹². Aujourd'hui, l'auteur serait certainement attentif aux propositions visant à créer un droit pénal économique international fondé sur les obligations de diligence raisonnable des entreprises.

Et c'est un autre ouvrage majeur de Mireille Delmas-Marty, *Les chemins*

de l'harmonisation pénale, qui a été le véhicule qu'elle a utilisé pour tenir la promesse qu'elle avait faite dans sa préface à la 4^e édition, de nous montrer l'importance des sources et des acteurs supranationaux dans la formation du droit pénal des affaires au XXI^e siècle¹³.

En troisième lieu, nous avons déjà dit que le droit pénal des affaires est passé d'une situation en marge du système pénal à une place centrale. Et pourtant, dans le *Droit pénal des affaires*, apparaissent de manière transversale les questions de l'expansion du droit pénal, du recours à des crimes dangereux, des déficiences de la technique législative et de la compatibilité de ces phénomènes avec le principe de l'*ultima ratio* et les garanties constitutionnelles du droit pénal.

La tension entre un droit pénal des affaires minimal et une plus grande intervention pénale est déjà présente dans les premières lignes du livre lorsque, citant Portalis, Mireille Delmas-Marty souligne que le droit pénal ne devrait pas intervenir dans la vie commerciale, afin de protéger ceux qui n'ont pas fait usage de leur propre raison. L'œuvre confronte et démonte cet argument victimo-dogmatique. En fait, on peut dire que *Droit pénal des affaires* est un ouvrage militant en faveur d'une répression pénale accrue. Il s'agit avant tout d'une question de légitimité : le système pénal ne peut se concentrer sur les illégalités des défavorisés tandis que les illégalités des puissants sont dégradées en infractions civiles ou administratives¹⁴. Les propos de Foucault, qui a publié son *Surveiller et Punir* en 1975, sont fidèlement reproduits dans l'édition de 1981¹⁵.

(11) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires* 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 3.

(12) L. Neyret, *Des écocrimmes à l'écocide* (Préface de M. Delmas-Marty), Bruylant, 2015.

(13) M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de Législation comparée, 2008.

(14) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. Partie générale : Responsabilité, procédure, sanctions*, PUF, 1990, p. 3 : « car le droit pénal doit punir efficacement tous les types de délinquance : les grandes escroqueries financières comme les petits vols ».

(15) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. 1 Les infractions*. PUF, 1980, p. 31.

La nécessité de protéger les intérêts collectifs est l'un des points essentiels du concept qu'elle a développé depuis la première édition du manuel *Droit pénal des affaires*. Le droit pénal des affaires comprendrait à la fois la protection des biens juridiques personnels (propriété, confiance, intégrité personnelle) et les intérêts institutionnels nécessaires au fonctionnement du système économique. L'originalité de sa conception est que, contrairement à ce qui se passe par exemple en Espagne ou en Allemagne avec le concept de droit pénal économique, elle limite son concept de droit pénal des affaires aux comportements qui ont lieu au sein de l'entreprise, lorsqu'ils sont réalisés à son profit ou lorsque, même s'ils nuisent à l'entreprise, ils sont réalisés par ses dirigeants dans l'exercice de leur pouvoir de décision. Pour reprendre un mot très cher à l'auteur, ce concept est une hybridation parfaite entre le débat européen sur le droit pénal économique et le débat américain sur la *criminalité des entreprises*.

Mais pour en revenir à la question de l'expansion du droit pénal des affaires, il s'agit d'un équilibre entre la nécessité d'une protection accrue des biens collectifs et le renforcement des garanties découlant de l'État de droit.

La critique d'un droit pénal environnemental auxiliaire, situé dans des centaines de règles extra-pénales et où il n'y avait pas de politique pénale autonome autre que la protection de l'efficacité des règles administratives et des décisions des autorités environnementales, vaut encore la peine d'être lue aujourd'hui⁽¹⁶⁾. En même temps, l'ouvrage préconise la réduction du droit pénal lorsqu'il n'est que de direction pour, tout au contraire, le promouvoir lorsqu'il est de protection (par exemple dans le domaine de la

faillite : selon la réforme faite au milieu des années 1980 par Robert Badinter, la punition serait, pour des comportements de simple défaillance, contraire à une ligne de politique législative, qui visait le renflouement et une seconde chance, la loi du 25 janvier 1985 étant empreinte d'un humanisme en rupture avec un système répressif archaïque et peu efficace⁽¹⁷⁾ ; par exemple, encore, pour certaines infractions en droit des sociétés avec la dépénalisation des simples irrégularités et le maintien de la pénalisation des comportements frauduleux tels l'abus de biens sociaux, le droit pénal des sociétés, qui comptait en 1966 plus de 200 infractions nécessitant, en effet, de toute urgence une vague de dépénalisation⁽¹⁸⁾).

Malgré ce qui a été dit jusqu'à présent, la politique pénale, qu'elle soit nationale ou supranationale, n'est pas au cœur de cet ouvrage. *Droit pénal des affaires* n'appartient pas au groupe d'ouvrages dans lesquels Mireille Delmas-Marty déploie son sens de la justice, son imagination et sa créativité pour dessiner de nouveaux scénarios. Ce qui est splendide dans cette œuvre, c'est précisément qu'il s'agissait d'un grand manuel, c'est-à-dire d'un exposé ordonné et systématique des crimes économiques, destiné à être étudié et consulté par les étudiants, les juges et les avocats. Le Manuel expose de manière équilibrée et claire la panoplie presque infinie de chiffres qui composent le droit pénal économique français. L'analyse est également exhaustive. Il ne se limite pas à l'exégèse des différentes infractions, mais expose également de manière objective les questions de criminologie et les débats de politique pénale, en proposant toujours une bibliographie et une jurisprudence complètes sur chaque point. La « Mireille Delmas-Marty » que

(16) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*. 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 669 s.

(17) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*. 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 389 s.

(18) M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*. 4^e éd. refondue, PUF, 2000, p. 315 s.

nous connaissons le mieux a toujours été une « force imaginante » du droit, quelqu'un qui modelait de nouvelles sculptures et qui, à partir d'une analyse du présent, nous projetait vers de nou-

velles voies. Le *Droit pénal des affaires* est, au contraire, l'œuvre d'un artisan discipliné et humble, d'un orfèvre qui travaille sans relâche jour après jour dans son atelier.