

Anne-José Fulgeras¹

***LES ENTREPRISES RESPONSABLES DES
DÉSORDRES DU MONDE***

Le déplacement du risque répressif des « hors la loi » vers les acteurs de l'économie légale

Les États, pour des raisons qui sortent largement du champ de cet article et de la compétence de son auteur, se sont révélés impuissants à imposer des verrous de sécurité au fonctionnement de l'économie libérale mondialisée. Le fait est là : alors que les marchés financiers sont euphoriques, le monde a rarement été si dangereux. « Ce décalage phénoménal entre des situations macroéconomiques et boursières flamboyantes et un environnement stratégique des plus inquiétants depuis la fin de la guerre froide est unique et presque sans précédent », soulignait récemment un expert en géopolitique (François Heisbourg, *L'épaisseur du monde*, Stock, 2007).

Les raisons de cette situation dangereuse sont multiples : évolutions rapides des grands équilibres environnementaux et démographiques, tensions géopolitiques inédites, mondialisation du commerce, complexification et instabilité des marchés...Il en résulte une grande difficulté à identifier les facteurs, nombreux et interactifs, générateurs de l'insécurité. Plus difficile encore de détecter parmi eux la part qui revient respectivement à des causes systémiques, dont la responsabilité, pour n'être pas toujours strictement divine, n'en est pas pour autant aisément « imputable » à des fautes ou fraudes humaines, individuelles ou collectives, passibles de sanctions. Ce qui est clair, c'est que face aux grandes menaces de notre temps, le cadre d'intervention étatique est devenu inapproprié.

La faillite de la réponse répressive, prioritairement étatique puisque procédant de l'exercice d'un pouvoir régalien, en est une illustration. Il est vrai que la délinquance économique et financière, qui participe grandement à la dangerosité ambiante, s'est singulièrement complexifiée.

¹ Anne-José Fulgeras, diplômée de l'Ecole nationale de la Magistrature, a dirigé (1995-2000) la section financière du Parquet de Paris ; elle est , depuis décembre 2006, conseiller spécial du Président du Directoire de NATIXIS ; elle a publié un essai sur la justice pénale financière : *Affaires à suivre*, Editions Albin Michel, 2002.

On a peine à se souvenir aujourd'hui qu'il y a seulement quelques décennies, l'action répressive ne concernait que très peu les activités économiques. Pourtant celles-ci étaient plus aisées à surveiller parce que se développant sur une aire de jeu géographiquement limitée. Il était donc moins difficile pour les autorités répressives d'identifier, de confondre et de sanctionner, à l'intérieur de leurs frontières, fraudeurs tricheurs et fauteurs de troubles.

Seuls quelques grands scandales financiers ayant défrayé la chronique permettent à certains de prétendre que le risque pénal des dirigeants a toujours existé. Mais la matière pénale financière était, à l'époque, circonscrite à des comportements frauduleux, commis individuellement, comme des escroqueries, des abus de confiance ou des délits d'initié.

L'affaire Stavisky, présentée en son temps comme un modèle de complexité, et qui s'est, pour cette raison, trouvée à l'origine de la création de la section financière du Parquet de Paris, serait considérée aujourd'hui comme un dossier banal, presque simple, par les magistrats qui la composent, au regard des dossiers judiciaires nés des scandales financiers et des préjudices collectifs, d'ampleur inédite, qui ont marqué la dernière décennie du XX^e siècle et le début de notre millénaire.

L'action répressive des États s'est trouvée, au cours des vingt dernières années, confrontée à une situation nouvelle. Le contentieux pénal économique et financier s'est internationalisé, complexifié et « criminalisé ». Les carrousels et les cartels, le piratage et la contrefaçon, ont pris une dimension jusque là inconnue. Le manque de transparence lié au recours à des montages financiers complexes et à des techniques sophistiquées de cosmétique comptable, ont révélé leur dangerosité, à la faveur de quelques sinistres majeurs. La lutte contre le blanchiment, d'abord circonscrite au prolongement financier de la seule criminalité organisée, puis élargie à la circulation et à la transformation de tout type d'argent sale, a pris l'allure d'une course contre la montre, la capacité de nuisance des blanchisseurs ayant été, dans le même temps, dopée par la dérégulation.

En quelques années, les faramineux profits de la délinquance organisée, du trafic des stupéfiants, de la prostitution, de la contrefaçon, de la corruption, des « carrousels à la TVA » et fraudes fiscales diverses, sans compter ceux tirés de la « privatisation » frauduleuse de biens d'Etats...ont été convertis, dilués, ingérés par l'économie légale.

Chaque année, plus de 1000 milliards de dollars ont été transformés discrètement en pouvoir économique, entre les mains de personnes dont les objectifs diffèrent, forcément, de ceux des entrepreneurs honnêtes. Pour eux, en effet, la discrétion, condition de leur impunité, et donc de la tranquille jouissance de leur butin, passe, tout au moins dans un premier temps, avant la rentabilité financière. Cet objectif prioritaire, par les choix qu'il détermine, est source de distorsions dans le fonctionnement des marchés financiers. De l'avis de certains experts, l'accroissement de la volatilité constatée sur les marchés boursiers trouverait là une partie de son

explication, du fait de la multiplication d'opérations transfrontalières ayant pour seule finalité de rendre impossible la remontée des flux à la source. Le degré d'intégration de l'argent sale aux marchés financiers serait tel aujourd'hui que si, d'un coup de baguette magique, on pouvait l'en extraire, nous assisterions, semble-t-il, au plus grand krach de l'histoire.

L'origine des fonds servant au rachat de petites et moyennes entreprises, mais aussi à la prise de participations significatives dans de grandes sociétés, même si l'on a su lui donner l'apparence du « blanc », constitue un sujet d'inquiétude. Cette infiltration massive d'argent gris ou noir dans les rouages de l'économie légale induit de dangereux glissements de pouvoirs ou d'influence. Elle génère, en tous cas, une opacité dont le blanchiment, la corruption et autres financements illicites se nourrissent autant qu'ils l'alimentent, et engendre, de ce fait, une difficulté croissante à tracer les flux frauduleux pour les autorités répressives, paralysées, malgré les progrès accomplis, par les limites territoriales de leur pouvoirs et les faiblesses persistantes de l'entraide judiciaire internationale. Elle pèse aussi sur la volonté politique des États à lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme, dans la mesure où l'argent criminel emprunte les mêmes circuits et se trouve intimement mêlé à celui de la corruption commerciale, des financements occultes des partis politiques, et aussi aux flux financiers de l'économie légale.

Au-delà de la sphère économique et financière, toutes les formes de criminalité qui se jouent des barrières, souvent virtuelles, toujours poreuses, à l'intérieur desquelles s'organise l'action répressive des États, bénéficient également de la faiblesse de celle-ci. Le cas est plus grave encore pour les atteintes à l'environnement et à la santé publique, pour lesquelles la Justice se heurte à une difficulté supplémentaire. S'agissant le plus souvent d'infractions non intentionnelles, qui mêlent, selon les cas et à des degrés divers, intérêt, fatalité, cynisme, inconscience, irresponsabilité et méconnaissance des normes réglementaires, la responsabilité pénale est souvent délicate à démontrer, dépendante d'une perception des risques aussi évolutive que les données scientifiques qui permettent de les déceler et de les évaluer.

La lucidité nous impose donc un triste constat : le monde des affaires est de plus en plus dangereux et ceux qui, en conscience, commettent des infractions qui contribuent à créer ce danger, sont de moins en moins accessibles à la sanction pénale. L'action répressive des États, en dépit des efforts déployés pour élargir leurs champs d'intervention et conjuguer leurs efforts, est tout simplement inadaptée à la nature des principales menaces contemporaines, celles qui atteignent les intérêts collectifs prioritaires que sont la santé, la sécurité, l'environnement, l'épargne publique, l'équilibre des marchés... Rien d'étonnant donc à ce que ce constat d'impuissance répressive ait conduit à privilégier la réponse préventive, au travers d'une approche collective de la responsabilité et de la gestion des risques.

La démarche procède, de la part des pouvoirs publics, d'une imparable logique d'impuissance : faute de pouvoir identifier, pour les prévenir, les causes de certains désordres, il faudra bien se satisfaire de tenter d'en amortir les effets. Et faute de pouvoir espérer remonter la chaîne des responsabilités individuelles jusqu'à ceux qui causent les désordres « imputables », et dans l'incapacité de les empêcher de nuire, il faudra bien se contenter de placer, en amont, sur les vecteurs, outils et moyens (susceptibles d'être) utilisés par les « hors la loi », des verrous de sécurité. Et de mobiliser, pour ce faire, tous les acteurs honnêtes dont ces derniers doivent s'assurer la collaboration, même involontaire, pour atteindre leurs coupables objectifs.

Pour dire les choses plus concrètement, nos sociétés, se trouvant désormais dans l'incapacité d'identifier et de sanctionner les auteurs de troubles, n'ont d'autre choix que de miser sur l'implication des entreprises, en particulier les plus importantes, en leur transférant la charge de la prévention et de la détection des comportements à risques. Qui mieux que les professionnels eux-mêmes peuvent, en effet, apprécier et anticiper les risques liés à leurs activités et à l'utilisation plus ou moins dévoyée de leurs produits ou de leurs services ? Les entreprises, à qui la concurrence internationale impose une réactivité permanente, et dont le développement ne saurait s'inscrire que dans une perspective trans-frontalière, ne sont-elles pas les premières – voire les seules – à pouvoir apporter, à des menaces croissantes, mondialisées et évolutives, des réponses souples et performantes, en interne et à l'international ?

Cette « logique de défausse » des pouvoirs publics les a conduits à imposer des règles de vigilance et de contrôle de plus en plus strictes à tous ceux que leurs activités professionnelles exposent non seulement à générer un dommage, mais, plus simplement, à y participer ou à y contribuer, voire même à être instrumentalisés à des fins frauduleuses ou irresponsables.

Aux entreprises industrielles de totalement maîtriser, à tout moment et à tous les niveaux, les processus de production, de transport et de commercialisation de leurs produits, l'innocuité de leur utilisation, l'honnêteté de leurs clients, de leurs fournisseurs, des sous-traitants de ces derniers....bref d'appliquer leur vigilance et d'exercer leurs contrôles, y compris en amont et en aval de leurs activités. Aux entreprises de services, aux premiers rangs desquelles les établissements financiers, de détecter les opérations ou les sollicitations suspectes, d'en informer les instances répressives et de prévenir toute instrumentalisation à des fins frauduleuses.

Résultat : un gigantesque travail réglementaire a dû être entrepris afin de réduire les risques inhérents à toutes les formes de l'activité économique. Ayant vocation à recevoir une application universelle, les normes supranationales répondant à cet objectif, parce qu'elles doivent transcender les particularismes culturels ou idéologiques, ont dû avoir pour caractéristique d'être très explicites et formelles.

Pour en imposer le respect, les régulateurs ont très logiquement estimé devoir assortir de sanctions chacune des obligations ou interdictions qu'elles comportent. Ainsi, mécaniquement, le foisonnement rapide de règles a entraîné celui des occasions de transgression pour les entreprises, et donc une aggravation de leurs risques répressifs, de nature civile ou disciplinaire, mais aussi pénale.

Cette évolution s'est trouvée amplifiée par une intolérance grandissante de l'opinion publique à l'égard de l'inconscience et du cynisme de certains acteurs. La perception de la responsabilité sociale et économique des sociétés commerciales en a été rapidement affectée. Un établissement bancaire instrumentalisé à des fins de blanchiment perçu, il y a quelques années, comme victime d'un client malhonnête, est aujourd'hui communément tenu pour responsable d'une défaillance de son dispositif de prévention. Une entreprise de construction automobile, abusée par un fournisseur malhonnête lui ayant livré des pièces contrefaites, ne sera plus considérée comme une victime, mais comme coupable d'un défaut de vigilance en cas d'utilisation de ces pièces lors du montage de ses véhicules.

Dernièrement, on a pu s'étonner de ce que la justice eût considéré que le suicide d'un salarié, survenu à son domicile, pût constituer un accident du travail, résultant d'une faute inexcusable de son employeur, et envisagé, dans ces circonstances, la recherche d'une responsabilité pénale de l'entreprise pour mise en danger d'autrui, dès lors que le geste désespéré du salarié pouvait avoir été en relation directe avec une dégradation de ses conditions de travail imputable aux dirigeants de l'entreprise...

Pour faire face à ces nouvelles exigences de responsabilité sociale et maîtriser les risques de sanctions, non négligeables, à la fois en termes financier et de réputation, les entreprises, en tous cas les plus grandes d'entre elles, ont rapidement mis en place des dispositifs spécifiques : chartes d'éthique, codes de bonne conduite, veille réglementaire permettant de connaître et de diffuser les réglementations applicables à l'activité, actions de sensibilisation et de formation, cartographie du risque pénal, mise en œuvre de procédures opérationnelles spécifiques, contrôles, remontée et traitement des dysfonctionnements... C'est ainsi qu'est née la fonction « conformité ».

Il est apparu très vite que cette fonction, spontanément créée et développée au sein des grandes entreprises internationales, puis rendue obligatoire pour les sociétés cotées, pourrait tout aussi utilement s'imposer aux professionnels à haut risque que sont les établissements financiers. Au carrefour de toutes les activités économiques, et de ce fait plus que tous autres exposés à être instrumentalisés, ces derniers sont aussi, par voie de conséquence, parmi les mieux placés pour contribuer, au travers de leurs dispositifs de contrôle, à la détection des comportements frauduleux. C'est ainsi qu'en France, les établissements bancaires, puis les entreprises d'investissement, se sont vu contraints par voie réglementaire à mettre en place des dispositifs spécifiques de maîtrise des risques de non-conformité.

Sur le plan de la responsabilité juridique, ces nouvelles dispositions posent, en rupture avec les principes de droit classiques, le principe d'une double exigence : là où ces établissements ne répondaient, disciplinairement et juridiquement, que de leurs manquements avérés, ils peuvent aujourd'hui être poursuivis et condamnés, en l'absence de tout comportement irrégulier, du seul fait qu'il ne seraient pas suffisamment capables d'en anticiper et d'en prévenir la survenance.

Peut-on aller plus loin encore ? A l'évidence, les entreprises de finance y sont d'autant plus invitées que la stricte conformité aux réglementations professionnelles encadrant leurs activités n'est plus considérée comme suffisante. Un peu partout, des signaux judiciaires forts ont été lancés pour faire comprendre qu'elle ne protège pas nécessairement de tout risque pénal.

Dans l'affaire dite « du sentier bis », de grandes banques mondialisées et leurs dirigeants ont été mis en examen sous la qualification particulièrement infamante de blanchiment aggravé, en raison d'une insuffisance des contrôles sur le traitement en masse des chèques et le *correspondant banking*, alors qu'à l'époque les carences en ces matières étaient générales et les règles du jeu non encore règlementairement fixées.

Dans le dossier de l'AFER (Association française d'épargne retraite), les deux dirigeants fondateurs se sont vus infliger une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis, sous la qualification d'abus de confiance, pour avoir organisé à leur plus grand profit et à l'insu de leurs adhérents, la rétrocession d'une partie des commissions de courtage versées par l'assureur ; alors que cette pratique, effectivement choquante sur le plan de l'éthique, n'était interdite par aucune disposition du code des assurances. Les exemples sont nombreux, de l'affaire ENRON au procès de l'ERIKA, de mises en cause pénales fondées sur des prises de risques qu'aucun règlement professionnel n'encadrerait spécifiquement à l'époque des faits.

Ces rappels, de plus en plus nombreux, à l'exigence d'une maîtrise « responsable » des risques, impliquant une anticipation constante et une prévention adaptée, conduisent un nombre croissant de grandes entreprises internationales à dépasser le concept de « conformité » pour tendre vers celui d'« intégrité », plus en phase avec la nécessité d'une protection accrue et plus en harmonie avec le respect des principes de développement durable. Il n'est plus ici question du seul respect strict de la réglementation existante, qui peut faire perdre de vue les principes, et dont le contenu, de plus en plus explicite, accroît le risque de déresponsabilisation et peut jouer comme une invitation tacite à la transgression. Le concept d'intégrité, qui suppose, sémantiquement, l'« intégration » de chaque acteur de l'entreprise dans sa démarche éthique, va très au-delà du respect servile de la norme, puisqu'il implique, pratiquement, l'appropriation par tous des principes qui la conduisent, l'adaptation constante des comportements et des choix aux risques individuels et collectifs générés par son activité. L'approche d'« intégration » s'impose ainsi comme la plus adéquate à pallier

l'inadaptation consubstantielle de l'entreprise à l'évolution très rapide des risques et à leur imprévisibilité croissante.

En première analyse, l'émergence de ces politiques vertueuses peut apparaître antinomique de la logique de l'économie libérale, laquelle appelle toujours plus de rapidité, d'efficacité, de fluidité et de confidentialité, et dont les performances s'accommodent mal des contrôles, de la traçabilité et de la transparence qu'exige la prévention des risques. Confrontés à d'incontournables enjeux économiques et stratégiques, les Etats ont d'ailleurs bien rarement le courage de s'atteler à des arbitrages si politiquement délicats. Il a fallu le 11 septembre, ENRON et la ruine de milliers d'épargnants et de retraités, pour que les Etats-unis, suivis par la communauté internationale, renforcent enfin le dispositif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, imposent aux entreprises plus de contrôles et de transparence. Encore l'exercice s'apparente-t-il à une danse québécoise..., comme en témoignent, par exemple, les discours officiels sur les *hedge funds*, alternativement perçus comme des vecteurs de blanchiment insuffisamment contrôlés, et des outils essentiels d'une économie libérale moderne que des contrôles trop stricts risqueraient de neutraliser. L'actuelle remise en cause des rigueurs de la loi Sarbanes Oxley, dans un monde économiquement instable et vivant l'émergence de nouveaux et puissants acteurs, rend compte également de la difficulté à imposer la prévention des risques, sans (trop) pénaliser les acteurs qui devront s'y soumettre.

L'évolution, à la fois brutale et erratique, de cette nouvelle forme de gestion collective des risques, et le transfert de charges et de responsabilités vers les acteurs de l'économie légale, qui en est le corollaire, se traduisent par un insidieux et progressif déplacement du champ de la pénalisation des comportements à risques qui ne peut manquer d'interpeller les juristes:

- *quant aux acteurs concernés* par le risque répressif, tout d'abord. La fonction répressive, traditionnellement destinée à identifier et à punir les « fauteurs de troubles », personnes physiques, est en train de se déplacer vers la recherche de responsabilités plus collectives, notamment celle des personnes morales, les entreprises étant désormais de plus en plus tenues pour responsables de désordres, non parce qu'elles les ont initiés, mais parce qu'elles n'ont pas été capables de les éviter, grâce aux dispositifs de prévention qu'elles sont tenues de mettre en place. Cette évolution introduit, de surcroît un facteur d'injustice, du fait de l'entrée en scène de nouveaux acteurs économiques, particulièrement dynamiques et agressifs, auxquels la régulation mondiale ne s'applique pas encore, et qui sont tentés, pour accroître leur compétitivité, de s'affranchir des règles internationales de la concurrence et des principes de développement durable. L'action répressive se détourne, par force, des entreprises incontrôlables, au profit (?) de celles qui peuvent l'être ;
- *quant au périmètre de la responsabilité*. La présence massive de normes professionnelles de plus en plus pointillistes a un double effet. Elle

multiplie les sanctions prononcées pour des infractions purement formelles, dont la preuve résulte d'un simple constat de carence, sans que l'autorité répressive ait à rechercher une intention, et ce en application du principe de précaution auquel se rattache l'obligation de conformité. De surcroît, elle facilite, le cas échéant, la recherche de la responsabilité pénale.

En effet, à chaque fois que la commission du délit s'est accompagnée de la violation d'une règle professionnelle, ou même d'une procédure interne (alors même que la norme ne l'imposait pas...), cette transgression place l'entreprise en situation de devoir prouver qu'elle n'a commis aucune imprudence ou n'a été animée d'aucune intention frauduleuse. Il y a là un renversement naturel, de plus en plus fréquent, de la charge de la preuve qui explique pour une grande part l'impression couramment exprimée par les dirigeants et responsables d'entreprises que l'obligation de moyens qui s'applique à eux, en matière de prévention des risques, a cédé la place à une obligation de résultat.

Rien d'étonnant, dans ces conditions, que ce soit développé un sentiment d'insécurité au sein des entreprises, en particulier dans l'esprit de ceux qui sont spécialement chargés d'assurer la conformité et la sécurité juridique.

Le droit, destiné à prévenir l'insécurité, l'injustice et les désordres, et à préserver les créateurs de richesses de déséquilibres pouvant naître des dérives de l'économie libérale mondialisée, serait-il - lui-même - devenu source d'injustice, d'insécurité et de désordres pour les entreprises qu'il est censé protéger ? Cette question appelle un examen des principales spécificités du risque répressif des entreprises.

Caractéristiques et évolutions du risque pénal des entreprises mondialisées

Au-delà du constat général d'aggravation de ce risque, que les médias s'appliquent chaque jour à confirmer, nombre de ses caractéristiques et des traits marquants de son évolution sont troublants. Écartons du champ de notre réflexion l'hypothèse de l'infraction commise avec une intention délibérée de transgresser la norme ou d'en encourager plus ou moins tacitement la violation. Les malhonnêtes, les voyous et les cyniques ont toujours existé. Pour eux, la globalisation et la complexité de l'environnement économique sont des opportunités et non des facteurs de risques. Oublions-les donc et attachons-nous plutôt à examiner les risques encourus par une entreprise qui, de bonne foi et en y mettant des moyens adéquats, s'efforce de concilier la recherche de compétitivité avec la prudence et le respect des normes applicables à son activité.

Cette hypothèse de travail nous oblige à regarder en face une première réalité dérangeante : aucun dirigeant ou responsable d'entreprise, quelles que soient sa rigueur et son éthique personnelle, ne peut être assuré de ne pas voir un jour sa responsabilité pénale mise en cause pour une infraction

qu'il n'a pas voulu, ni même eu conscience de commettre. Ce qui signifie que l'honnêteté et la bonne conscience de ses dirigeants ne peuvent plus suffire désormais à protéger une société du risque pénal.

C'est souvent, il est vrai, comme pour le naufrage du Titanic, une accumulation de petites erreurs, négligences, non respects de règlements, dérives individuelles, associés à des événements fortuits et extérieurs, isolément sans conséquence, mais dont la synergie provoque un désastre collectif ou une situation pénalement répréhensible, justifiant la recherche d'une responsabilité au plus haut niveau de l'entreprise. La mondialisation des activités et des implantations accroît, à l'évidence la vulnérabilité. La prévention du risque pénal, devenue un exercice complexe, est désormais affaire de spécialistes. Pourquoi? Tentons d'explorer quelques pistes de réponse.

La première est troublante pour quiconque est attaché au principe démocratique de l'Etat de droit. Les risques répressifs d'une entreprise, en particulier si ses activités et ses implantations sont internationales, sont devenus tellement diffus, multiformes et exogènes, qu'il serait aussi illusoire de vouloir en faire un inventaire théorique, que de prétendre pouvoir en établir une cartographie rigoureuse. Connaître les limites de l'interdit, condition de la liberté d'action, ne relève plus de l'évidence, loin s'en faut. Alors même que la transgression peut être lourdement sanctionnée, qu'elle est porteuse de risques pour la réputation ou l'existence même de l'entreprise, voire pour la liberté de ses dirigeants, la règle du jeu n'est pas toujours clairement posée. Ainsi, le flou normatif, beaucoup plus que facteur de souplesse, est source d'insécurité juridique qui pèse sur la compétitivité.

« Stabilité, prévisibilité, clarté, accessibilité...telles devraient être les caractéristiques d'un système de droit moderne » disait récemment le président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Nous en sommes très loin... comme le constatait, en mai 2007, Vincent Lamanda, dans son discours d'installation de Premier Président de la Cour de cassation, soulignant la très grande difficulté à « devoir composer avec l'instabilité du droit et la recherche de la performance » ! Et le temps, comme la prolifération désordonnée des textes, ne semblent pas jouer en faveur d'une rationalisation des méthodes d'élaboration du droit.

L'importance croissante des normes supranationales, leur difficile articulation avec les droits nationaux, les incohérences, contradictions et ambiguïtés qui en résultent, jointes à la présence grandissante de la « *soft law* », créent un maquis normatif, dense et épineux, dans lequel il n'est pas toujours aisé de se frayer un chemin.

- **Premier constat** : la norme peut être lacunaire. D'une façon générale, il est de la nature des textes législatifs ou réglementaires d'être réactifs. C'est la constatation d'un risque avéré qui suscite le besoin de définir de nouvelles règles de prudence et enclenche l'action normative. Les lois ont

donc, par construction, toujours un temps de retard, plus ou moins long, sur la perception des risques et la compréhension de leurs causes.

L'évolution constante et rapide des paradigmes de l'économie accroît ce décalage. Après l'affaire ENRON, qui avait pourtant, de façon magistrale, pris la norme en défaut, et l'adoption de mesures drastiques pour améliorer la transparence et renforcer les contrôles afin d'assurer une meilleure protection des investisseurs, l'affaire REFCO est venue, de façon plus magistrale encore, apporter un démenti à ceux qui croyaient à l'efficacité des remèdes administrés...

En France, c'est à l'occasion de l'affaire dite du "Sentier bis" que des pratiques adoptées par l'ensemble de la place bancaire, considérées comme inoffensives durant des décennies, ont brutalement révélé leur dangerosité en montrant les opportunités qu'elles offraient aux blanchisseurs. Or aucune réglementation ne les encadrait spécifiquement à l'époque des faits. Pourtant, ce vide réglementaire n'a pas empêché le risque répressif pour de grandes banques et de leurs dirigeants, sous sa forme la plus dure, celle de poursuites pénales sous la qualification très infamante de blanchiment aggravé, mettant la place bancaire française en état de choc. Il en va de même, a fortiori, des normes internationales. Ainsi, les normes européennes, en voie de construction, ne traitent pas encore de l'ensemble des comportements à risques. Par exemple, aucun texte européen ne fixe, à ce jour, la règle du jeu relative aux conflits d'intérêts. Or, si l'on en juge par ce qui se passe aux États-Unis, point n'est besoin d'être prophète pour prévoir que l'essentiel des sanctions qui seront prononcées à l'encontre des établissements financiers européens, au cours des cinq prochaines années, concernera des conflits d'intérêts.

- *Deuxième constat* : la norme, quand elle existe, se révèle assez souvent ambiguë, ou rédigée en termes trop généraux. Il est malheureusement fréquent qu'un nouveau projet législatif ou réglementaire aboutisse avant que sa cohérence avec le dispositif normatif préexistant n'ait pu être vérifiée et que ses effets pervers potentiels aient été explorés. Ce qui n'empêche pas les législateurs nationaux de produire toujours plus de normes, de plus en plus volumineuses et détaillées, nécessitant toujours davantage de décrets d'application. Encore le législateur a-t-il le bon goût, dans certains pays, dont la Grande-Bretagne, de faire en sorte que les textes se suivent et se « remplacent », alors que dans d'autres, comme en France, ils se « complètent », et ce à un rythme si rapide, dans certains secteurs, que le renouvellement de la règle est qualifiée de « stroboscope législatif permanent » par le Conseil d'Etat.

Dans ces conditions, face au foisonnement d'obligations ou d'interdictions, assorties de sanctions, il est de plus en plus fréquent que les juristes ou responsables de la conformité, faute de pouvoir les respecter toutes, soient contraints de choisir de s'affranchir de telle règle pour ne pas se voir reprocher d'avoir transgressé telle autre. De tels arbitrages de non-conformité s'imposent, en particulier, lorsque s'affrontent des textes

destinés à protéger les intérêts individuels (protection de la vie privée, liberté du commerce, secret professionnel, secret bancaire...) et d'autres qui défendent des intérêts collectifs (intégrité des marchés, lutte contre le blanchiment ou la corruption...).

La transposition des conventions et directives internationales dans tous les droits internes des Etats concernés est immanquablement source d'ambiguïtés et d'incohérences. Notamment, celle, réalisée mot à mot, des Directives européennes, induite par le système de « l'harmonisation maximum », qui laisse aux Etats une marge de liberté de plus en plus réduite, se heurte à la présence de concepts non traduisibles, parce que n'ayant pas d'équivalent en droit national. Les exemples de divergence législative sont aussi nombreux. Ainsi, le seuil de participation au capital social devant donner lieu à déclaration est de 5 % en France, alors qu'il est de 1 % en Allemagne. Or, dans un groupe, les déclarations doivent être effectuées tant au niveau central que par chacune des entités, et une vision globale peut se heurter aux exigences du secret des affaires et du secret bancaire, particulièrement jaloux dans certains pays, comme le Luxembourg ou Singapour.

« Le rêve d'une réglementation unique en Europe sur les marchés financiers pourrait se changer en cauchemar » disait dernièrement, à Londres, Charlie Mac Creevy, Commissaire européen au marché intérieur. Illustration de cette vision onirique : le « passeport européen », édicté par la Directive MIF, permet à toute banque ou entreprise d'investissement d'exercer des activités hors de son pays d'origine, à travers un réseau de succursales, sous le contrôle de son régulateur d'origine, sans avoir besoin de solliciter l'autorisation de l'État d'accueil. A ce principe, d'une simplicité lumineuse, de reconnaissance mutuelle des contrôles, et qui repose sur la confiance de chaque État membre à l'égard des autres, s'ajoute toutefois celui de l'harmonisation des réglementations.

Tout serait donc paradisiaque si un article ne prévoyait une dérogation qui ruine cette belle harmonie, en donnant compétence au pays d'accueil pour les règles de conduite. Ainsi, un prestataire français sera régulé pour tout ce qui touche à son organisation par les règles édictées par l'AMF et la Commission Bancaire (pays d'origine) et par les différents Etats membres d'accueil pour tout ce qui a trait aux règles de conduite. Il devra donc respecter autant de règles qu'il fournit de services d'investissement dans les États membres. Cette situation crée un risque opérationnel en ouvrant la voie à de multiples contestations juridiques de la part des investisseurs.

La dysharmonie des normes au sein de l'Union Européenne se trouve aggravée par les difficultés que connaissent les régulateurs pour adopter des interprétations communes des textes. Il convient de ne pas confondre intensité répressive et insécurité juridique. Si la multiplication des instruments de répression est de nature à aggraver le risque répressif, cette aggravation n'est pas illégitime en ce qu'elle n'est que le reflet d'une aggravation des menaces auxquelles la communauté mondiale se trouve

confrontée. En revanche, l'insécurité née d'une insuffisante clarté de la règle du jeu, totalement injuste et pénalisante – et perçue comme telle par les entreprises - ne peut manquer d'avoir des effets dommageables sur leur compétitivité.

- *Troisième constat* : non seulement les dispositions légales et réglementaires ne constituent pas toujours des guides de conduite suffisamment limpides, mais la logique générale d'« objectivation » de la faute, dans laquelle s'inscrit la pénalisation des activités économiques, conduit à ce que la non-conformité se traduise plus souvent par une omission que par une action. Ainsi, hormis l'hypothèse de la franche malhonnêteté, écartée de cette analyse, ce n'est pas ce qu'elle a fait, mais ce qu'elle n'a pas fait, qui peut, le plus souvent, fonder le risque répressif de l'entreprise. Or, la prévention de l'omission est infiniment plus délicate à mettre en œuvre que celle de l'action.

- *Quatrième constat*, qui rend l'exercice plus complexe encore. Aux manquements à des obligations réglementaires précises, s'ajoute de plus en plus le reproche d'une « inadaptation » du dispositif de prévention de l'entreprise, à un niveau de risque spécifiquement lié à son activité, à sa taille, à son implantation géographique... « Inadaptation » qu'il lui revient d'apprécier à partir de paramètres nombreux et mouvants; et en anticipant les exigences des régulateurs, dont l'appréciation peut, elle-même, évoluer au fil du temps et des sinistres par ailleurs survenus...

- *Cinquième constat*, tout aussi dérangeant : le risque répressif peut naître, et développer tous ses effets négatifs sur l'image de l'entreprise et la réputation de ses dirigeants, alors même qu'aucune infraction ou aucun manquement n'a été commis(e) et ne pourra donc, en définitive, lui être reproché(e). En effet, ce n'est pas la condamnation qui crée le préjudice d'image et les dégâts collatéraux d'ordre économique qui peuvent l'accompagner, mais le seul soupçon, dès lors qu'il est médiatisé. Dans un univers globalement hypermédiatisé, l'entreprise mondialisée, sous le regard plus ou moins bienveillant (ou suite à une opération plus ou moins tortueuse d'« intelligence économique » ou de manipulation judiciaire pro-active !) de ses concurrents et de quelques ONG ou autres vigiles professionnels, court, bien que présumée innocente, le risque constant d'être médiatiquement condamnée, sans aucune preuve et avec le plus total mépris pour les droits de la défense, bien avant (des mois, voire des années...) qu'une juridiction répressive n'ait été en mesure de statuer sur sa culpabilité. Si elle a survécu à ce coup du sort (ou à cette tentative de déstabilisation), le non-lieu ou la relaxe dont elle bénéficiera finalement risque fort de ne plus intéresser la presse...

- Enfin, pour qu'il y ait risque répressif, l'existence d'un comportement critiqué (à tort ou à raison) ne suffit pas. Il faut encore que l'infraction ait quelques chances (ou malchances...) d'être portée à la connaissance d'une autorité répressive. Or, il est frappant de constater que, s'agissant des

méfais imputés aux entreprises, cette transmission tend à s'intensifier. Ce phénomène, qui impacte directement l'aggravation du risque pénal des entreprises, et résulte de diverses évolutions d'ordre sociologique ou juridique se traduit par une incontestable multiplication des « points d'entrée du risque ». Au nombre de ces causes génératrices, on peut citer l'organisation renforcée de la défense collective des intérêts des victimes. Qu'il s'agisse de petits épargnants ou d'actionnaires lésés, de victimes d'accidents de transport ou d'intoxication alimentaire, la défense est, en effet, de plus en plus offensive et transfrontalière.

Dans les pays – dont la France - qui ne disposent pas d'une procédure civile collective permettant aux victimes nombreuses d'obtenir les preuves nécessaires à la réparation de leur préjudice, la défense s'oriente, de façon quasi-systématique, vers la voie pénale, gratuite et coercitive. Mais si la *class-action* est de nature à limiter le recours à la recherche d'une responsabilité pénale, il n'est pas contestable que, compte tenu de son indéniable finalité punitive, elle soit à ranger au nombre des risques répressifs, éminemment transfrontaliers, des entreprises.

Aux Etats-Unis, en effet, tout actionnaire peut déposer plainte au nom de l'entreprise et de la défense de son intérêt social... et toute entreprise mondialisée peut en être victime. Ainsi, un actionnaire américain a dernièrement porté plainte auprès d'un Tribunal de l'Etat de New York contre le conglomérat allemand Siemens, réclamant des dommages et intérêts à chaque membre du directoire et du conseil de surveillance, à la suite de l'affaire de corruption qui déstabilise, notamment, la division télécoms du groupe, depuis novembre 2006, venant ainsi alourdir les risques répressifs, déjà très conséquents qui pèsent sur cette entreprise et ses dirigeants. De même, dans le dossier Vivendi dont est saisi le tribunal fédéral de première instance de l'Etat de New York, un juge américain s'est, pour la première fois, reconnu compétent pour juger, dans le cadre d'une *class-action*, des infractions aux règles boursières américaines qui auraient été réalisées par des dirigeants français d'une société française au préjudice d'actionnaires français. Il semble qu'outre-Atlantique, les autorités fédérales commencent à s'émouvoir des dérives de l'exercice de ce droit et des conséquences économiques qu'il peut avoir. Récemment, la Cour suprême a, en effet, à la demande de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), imposé une approche plus exigeante des *class-actions*, afin de disqualifier en amont les actions insuffisamment fondées et d'endiguer ainsi la prolifération des accusations de fraudes dont les dirigeants sont l'objet.

L'exercice d'activités transfrontalières et l'implantation dans de nombreux pays démultiplie, bien sûr, les points d'entrée possible du risque, mais aussi les effets « collatéraux » du risque pénal. Un seul collaborateur d'une lointaine filiale d'un grand groupe international, qui quitte les clous de la légalité peut, à lui seul, faire s'écrouler tout l'empire. La disparition d'Arthur Andersen, survenue à la suite de la mauvaise conduite d'un de ses auditeurs américains, en est un exemple, en dépit du contexte très particulier qui en constituait la toile de fond, en marge de l'affaire ENRON. La faillite

de Baring's, après une perte abyssale, et le départ de ses dirigeants londoniens du fait des turpitudes d'un broker basé à Singapour, est venue, elle aussi, illustrer la fameuse théorie du battement d'ailes de papillon à Tokyo qui provoque un tremblement de terre à New York

L'encouragement à la dénonciation des faits délictueux, facteur d'aggravation du risque pénal, constitue également une tendance mondiale. La volonté généralisée de renforcer la capacité de détection des formes les plus graves de fraude a conduit, un peu partout, à la mise en place de dispositifs, plus ou moins encadrés, visant à imposer ou à encourager les fonctionnaires, citoyens, ou professionnels investis de responsabilités particulières, à signaler aux autorités répressives les comportements illicites dont ils ont connaissance, directement ou par l'intermédiaire d'organismes collecteurs.

Les effets les plus déterminants sur la multiplication des points d'entrée du risque reviennent, semble-t-il, au dispositif de détection mis en place dans tous les pays du GAFI (Groupe d'Action Financière) pour lutter contre le blanchiment. En effet, un nombre grandissant de professions est, dans ces pays, assujéti par la loi à l'obligation de déclarer à un organisme public collecteur, toutes les opérations douteuses, ou même, dans certains pays, celles qui paraissent seulement opaques. Ces dispositifs, on commence à s'en rendre compte, permettent la détection d'opérations frauduleuses se rattachant, non seulement au grand banditisme, mais aussi à des pratiques relevant de la délinquance en col blanc, telles que financements occultes, corruption internationale, abus de biens sociaux, évasion ou fraude fiscale... Une obligation comparable concernant les abus de marché est imposée en France depuis le 1^{er} juillet 2006.

Il convient, enfin, d'insister sur une des causes, très particulière, de la multiplication des points d'entrée du risque, qui est le résultat d'une dérive, d'une utilisation dévoyée de la voie répressive, particulièrement redoutable pour les entreprises qui en sont victimes : Il s'agit – nous y avons fait allusion plus haut – de l'utilisation de la voie pénale comme arme concurrentielle ou stratégique. Une telle pratique consiste à saisir une autorité répressive dans le seul but de faire du tort à un concurrent. Peu importe que l'infraction révélée soit réelle ou imaginaire, pourvu que l'information soit présentée de façon suffisamment crédible pour mettre le procureur ou le juge dans la quasi-obligation d'ordonner une enquête. Cette technique peut permettre de paralyser une action civile, de se doter de moyens de pression pour régler un contentieux financier, de modifier un rapport de forces...ou encore d'assouvir une vengeance.

Il s'agit d'un moyen facile et efficace, qui de surcroît connaît partout une relative impunité, qui permet par exemple à un employé s'estimant injustement licencié ou à un concurrent déloyal d'atteindre la réputation d'une société et de ses dirigeants. Ainsi, certaines affaires judiciaires ont pu donner l'impression de n'être pas nées par des voies naturelles, mais d'être plutôt le fruit d'une procréation assistée... Des personnes ayant acheté une

action d'une grande société cotée pour déposer plainte à l'encontre de ses dirigeants ont, parfois, fait douter de leurs motivations véritables au point d'être suspectées d'être des « tueurs à gage judiciaires ».

L'hypothèse de l'entreprise, qui craignant de ne pouvoir emporter un marché « à la loyale », serait tentée, pour neutraliser un concurrent, de le dénoncer à la justice, par personne interposée ou de façon anonyme, comme s'étant rendu coupable d'une corruption réelle ou supposée, dans le seul but de déclencher contre lui une campagne médiatique de dénigrement est, l'actualité le confirme à l'encontre, loin de constituer une hypothèse d'école.

L'utilisation de l'action répressive comme arme de guerre économique est d'ailleurs l'une des conséquences de l'application dévoyée de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption dans les marchés internationaux. Le risque d'une telle instrumentalisation de la justice pénale est d'autant plus important que des disparités entre les dispositifs répressifs des Etats signataires de la Convention engendrent des inégalités entre les entreprises.

L'inégale maîtrise de l'intelligence économique, offensive, chez les uns, ou seulement défensive, chez d'autres, favorise également cette situation. Cette instrumentalisation du droit pénal peut aussi être le fait des Etats. L'utilisation, curieusement discriminante, de l'arme fiscale à l'encontre de certaines sociétés implantées en Russie en est un exemple. Dans ce même pays, le récent chantage juridique exercé par les autorités de l'Etat pour contraindre Shell, Mitsui et Mitsubishi à vendre à Gazprom les parts qu'elles détiennent dans le projet Sakhaline 2, en les accusant, notamment, de violer la législation sur l'environnement, en fournit une autre illustration. Il est en effet permis de s'interroger sur les objectifs réels que dissimule cette inédite et subite vertu environnementale...

*

S'il est plus que légitime, indispensable, de placer des verrous de sécurité à l'économie libérale mondialisée pour tenter de réduire les préjudices collectifs qu'elle peut engendrer sur le plan de l'épargne, des équilibres des marchés, de la santé, de la sécurité ou de l'environnement, il n'en est pas moins légitime – et indispensable – de dénoncer le foisonnement désordonné des normes qui conduit à l'installation progressive d'un véritable désordre juridique mondial.

Est-ce pécher par naïveté ou se montrer exagérément optimiste que de considérer qu'il s'agit là d'un désordre transitoire et que la mise en place progressive des normes supranationales, et leur harmonisation et mise en cohérence, devrait rapidement y remédier ? Le réalisme n'oblige-t-il pas à considérer que la cacophonie normative actuelle peut être, aussi, le reflet d'une guerre internationale du droit derrière laquelle se dissimule des visées hégémoniques et des intérêts économiques vitaux ?

A l'heure où des voix s'élèvent pour dire que les normes supranationales, imposées à marches forcées, à l'ensemble de la planète, par les pays à l'économie la plus développée, mériteraient d'autres approches alternatives, aujourd'hui islamiques, demain sans doute extrême-orientales, la question mérite d'être posée.

Une évidence en tous cas: l'entreprise, devenue créatrice de droit, doit, pour se protéger de l'insécurité juridique ambiante, se doter de ses propres normes.