O C T O B R E 2 0 1 1



Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS Par Christine LEBEL

Créances non déclarées et droits de la caution Par Jean-Luc VALLENS

Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 et ses décrets d'application Par Isobelle RIASSETTO

Ventes liées, ventes avec prime, loteries commerciales : le protectionnisme français à l'épreuve du libéralisme communautaire POI THICHY THOME ET MOUTHEU DARY

Forfait-jours : sanction du non-respect par l'employeur des stipulations de la convention collective

Por Florence CANUT

Collection LAMY DROIT DES AFFAIRES

ÉTUDES

Le juge du lieu de livraison Par Christoph Martin RADTKE

La force du secret professionnel face aux perquisitions chez l'avocat Par Vincent NIORÉ

DOSSIER SPÉCIAL

Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles Por Émilie BAILLY, Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Julien CHEVAL, Emmanuel DAGUD, Marie DESPLANQUES, Catherine GAMBETTE, César GHRENASSIA, Julie FERRARI et l'équipe d'APCO Worldwide Paris : Nicolas BOUVIER, Elvire KORMANN-ESMEL et Anne KUENTZ-LAFOURCADE





LE RISQUE PÉNAL DE L'ENTREPRISE : APPROCHE PRATIQUE DES ÉVOLUTIONS ACTUELLES

INTRODUCTION

Emmanuel DAOUD, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

LE CHARME DISCRET DE LA GARDE À VUE : ERREMENTS ET AMBIGÜITÉS DE LA LOI DU 14 AVRIL 2011

César GHRÍ:NASSIA, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire de la Conférence

INFORMATIONS ET OUTILS PRATIQUES RELATIFS AUX DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

Julie FERRARI, Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats

LA DÉGÉNÉRESCENCE DE L'ARTICLE 121-2 DU CODE PÉNAL

Emmanuel MERCINIER, Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire de la Conférence

LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS : PRINCIPES ET ACTUALITÉS

Marlo DESPLANQUES, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats HARCÈLEMENT MORAL ET JUGE PÉNAL : UN JUGE DE PLUS EN PLUS COURTISÉ

Catherine GAMBETTE, Avocal, VIGO Cabinet d'avocats

LES RISQUES LIÉS À LA CORRUPTION Plerre-Philippe BOUTRON-MARMION, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

L'ENTREPRISE FACE AUX RISQUES INFORMATIQUES : LES RÉPONSES DU DROIT PÉNAL

Émille BAILLY, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats

RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ : UN REGRETTABLE STATU QUO

Julien CHEVAL, Avocat Associé, VIGO Cabinet d'avocats

RESPONSABILITÉ PÉNALE EN ENTREPRISE ET DOMMAGE DE RÉPUTATION

Par l'équipe d'APCO Worldwide Paris, Cabinet de conseil en affaires publiques et communication stratégique : Nicolas BOUVIER, Directeur général, Anne-Elvire KORMANN-ESMEL, Directrice Conseil, Anne KUENTZ-LAFOURCADE, Consultante Par Emmanuel DAOUD Avocat à la Cour VAGO Cabinet d'avocats



Introduction

I' e constat de la montée du risque juridique auquel peuvent être exposées les entreprises, leurs dirigeants et leurs collaborateurs est aujourd'hui une évidence.

Ce risque juridique est protéforme et susceptible de s'appliquer au monde de l'industrie comme à celul des services mais aussi à tous les départements ou directions de l'entreprise.

La lecture des documents de référence ou des rapports annuels des entreprises laissent à penser que celles-ci sont, historiquement, plus sensibles au risque financier et au risque de marché qu'au risque pénal stricto sensu.

Ce n'est que récemment, avec le mouvement de pénalisation de la vie des affaires, que les entreprises ont réalisé l'importance du risque pénal au regard de sa récurrence, de sa gravité et de son impact sur les hommes et la réputation de l'entreprise.

En conséquence, les entreprises ont compris que la gestion du risque pénal relevant d'une bonne gouvernance. Aussi ont-elles du apprendre à s'adapter pour y remédier mais aussi pour le prévenir. Ce dossier spécial n'a pas vocation à être exhaustif. Au-delà du prétoire, nous avons choisi des thèmes d'actualité tout en essayant d'apporter notre éclairage de praticiens au travers d'une analyse critique de l'évolution de la jurisprudence. Ge-dossier-spécial-a-donc-pour objet d'éclairer les lecteurs sur les « dernières tendances » en matière de procédure pénale et de droit pénal de l'entreprise. Loin de nous la volonté de faire naître une inquiétude artificielle chez le lecteur sur l'amplitude de l'emprise du droit pénal et de la procédure pénale sur la vie de l'entreprise.

En revanche, nous sommes convaincus qu'un traitement efficace du risque pénal suppose évidemment que ses composantes soient correctement identifiées pour mieux être appréhendées par la suite. À titre d'exemple, le risque pénal ne réside pas uniquement dans l'évolution de la règlementation en elle-même mais également dans l'interprétation qu'en fait la jurisprudence, les tribunaux ne cessant d'accroître le champ

pénal tant en ses principes qu'en ses conséquences (par exemple : création de nouveaux préjudices dont le préjudice écologique comme dans l'affaire ERIKA sur l'activité des entreprises et de leurs dirigeants : TGI Paris, 11° ch. correctionnelle, 16 janv. 2003, Judisdata n° 2003-35 10 25 ; CA Paris, pôle 4, ch. 11, 30 mars 2010, RG n° 03/02278).

Du reste, la procédure pénale est aujourd'hul considérée comme un risque en tant que tel indépendamment de la sanction qui pourra in fine être prononcéo.

L'évolution de la procédure pénale a donc conduit les entreprises à mettre en place des outils pour y faire face.

En esset, au delà de la sanction qui n'interviendralt éventuellement qu'à l'issue d'un processus souvent blen trop long au regard de la prévisibilité exigée par la vie des affaires (le temps de l'entreprise ne recouvrant pas le temps Judiciaire), l'existence même d'une enquête pénale, génératrice de risques, doit être « encadrée » par l'entreprise afin d'en limiter le caractère déstabilisant tant pour elle que pour ses dirigeants et collaborateurs alnsi que pour ses clients.

Aujourd'hul, les entreprises ne peuvent ignorer que les mesures coercitives, voire les condamnations en matière pénale, sont d'une particulière brutalité : garde à vue, perquisition (y compris domiciliaire), détention provisoire, emprisonnement, interdiction de gérer ou d'exercer, inscription au casier judiciaire... sans oublier la stigmatisation sociale liée à toute procédure pénale où la publicité des débats est la règle et le secret de l'instruction une illusion. Et quand une décision de non-lieu ou de relaxe vient mettre un terme définitif à la rumeur ou conclure la procédure, il est souvent trop tard, le mal est déjà fait, et le dommage n'est plus réparable. Quels sont donc les développements récents qui commandent que les entreprises appréhendent désormals la procédure pénale comme un risque à part entière ?

On pense en premier lieu à la réforme du 14 avril 2011 Instaurant le nouveau régime de garde à vue. On se souvient que les sages de la rue Montpensier avalent, par une décision remarquée du 30 Juillet 2010 (voir Chrenassia C., Le chaume discret delagardeà vue, RLDA 2011/61, nº 3679), considéré, compte tenu notamment de l'accroissement spectaculaire du nombre des gardes à vue, que le régime commun de celle ci n'était pas constitutionnel. Il lui manquait en effet de garantir à la personne gardée à vue l'assistance effective d'un avocat et le droit de garder le silence. C'était reprendre enfin sur le terrain constitutionnel l'œuvre de la Cour européenne des Droits de l'homme. C'est à regret toutefois que le législateur est venu réformer la garde à vue dans le sens d'un renforcement timide sinon cosmétique des droits de la défense et, en tout état de cause, en decà, nous semble t-il, des exigences européennes (Daoud B. et Mercinier E., Garde à vue : faites entrer l'avocat l In Constitutions, oct. dec. 2010).

À travers cette réforme, c'est en effet la question de l'intervention de l'avocat en tant que consell dès les premiers temps de l'enquête qui est posée, c'est-à-dire celle de la mise en place d'une stratégie de défense éclairée dès qu'apparaît le sources.

sonpçon.

Or, les facteurs de mise en cause de la responsabilité pénale de la personne morale, des dirigeants d'entreprise, de leurs collaborateurs, de tout responsable (mandataire social, cadre dirigeant, délégataire) se sont multipliés. Et la question du moment où le conseil intervient, c'esta-dire de l'anticipation des risques, devient majeure. Il ne suffit pas de pouvoir intervenir à temps, devant les services de police, ce qui n'est d'ailleurs pas encore garanti, mais de savoir prévenir.

Comment appréhender une audition libre, une garde à vue, une perquisition ou une convocation devant un magistrat ? Quelle attitude adopter aux différents stades de la défense pénale ? Que faut-il savoir, faire ou éviter face aux officiers de police judiciaire, au procureur, au juge d'instruction ou encore au Tribunal (Ferral L., Information et outils praliques relatifs aux différentes étapes de la procédure pénale, RLDA 2011/61, n° 3650) ?

* * *

LE MISOUR PÉNALIDE L'ENHREPRISE. APPROICEE PRAMORE DES EVOLUTIONS ACTUMERS

Au-delà de la procédure pénale, la gestion du risque pénal suppose que les directions générales des entreprises appréhendent elles-mêmes le droit pénal, ses principes.

Ce dossier spécial développe les problématiques de droit pénal sur lesquelles il nous a semblé important d'alerter les lecteurs au regard des risques particuliers qu'elles génèrent.

La prévention du risque pénal peut parfois, à tort, être négligée par les entreprises à cause du sentiment que « cela n'arrive au'aux autres I ».

Pour ce qui nous concerne, la prévention de ce risque pénal suppose une bonne application du droit des sociétés (choix opéré dans la forme de la société retenue, principe de filialisation, disparition de la personne morale auteur des faits répréhensibles ou débitrice de la condamnation pénale par une transmission universelle de son patrimoine) mais passe également pas des outils préventifs plus classiques tels que la veille Juridique et réglementaire, les codes de bonne conduite, les chartes éthiques, la formation des collaborateurs dans l'entreprise et, bien sûr, la mise en place d'un système cohérent de délégation de pouvoirs.

C'est cette dernière modalité de prévention du risque pénal que nous avons décidé de privilégier dans ces colonnes dans la mesure où, faut-il le rappeler, en l'absence de délégation de pouvoirs, c'est le dirigeant de l'entreprise qui est responsable-pénalement-et-personnellement par application d'une forme de responsabilité pénale du fait d'autrui

Or, nous rencontrons trop souvent des entreprises qui n'ont pas mis en place un système cohérent de délégation de pouvoirs. En outre, les délégations de pouvoirs ne constituent pas uniquement des moyens exonératoires de responsabilité pénale pour les dirigeants, elles permettent de structurer l'entreprise (voire de renforcer la structure de celle-ci : organiser les pouvoirs de direction et de contrôle au sein de l'entreprise, et par la même repenser la hiérarchie, les périmètres de compétence des uns et des autres, répartir les responsabilités au sein de l'entreprise : voir Despianques M., Les déégations de pouvoirs : principes et actualités, RLDA 2011/61, nº 3682).

Ce dossier spécial serait incomplet si nous n'avions pas consacré un article spécifique à la responsabilité pénale des personnes moralesdont il faut rappeler qu'elle a été le point marquant de la réforme de 1994 de notre Code pénal.

L'objectif du législateur n'était pas de substituer la responsabilité des personnes morales à celle de leurs dirigeants mals seulement de soulager la responsabilité de ces derniers.

Depuis l'entrée en vigueur de cette nouvelle réforme, la jurisprudence a fait une application relativement claire et rigoureuse des conditions légales de la responsabilité pénale des personnes morales (infraction commise pour le compte de la personne morale; infraction commise par un organe ou un représentant; autonomie réciproque et non exclusive de la responsabilité pénale de la personne morale et de celle du dirigeant).

Néanmoins, dans un second temps jurisprudentiel, la Cour de cassation a fait une application ambigüe, voire incohérente des principes gouvernant la matière notamment en ce qui concerne la définition et le contenu de la notion de représentant de la personne morale.

Aujourd'hui la chambre criminelle de la Cour de cassatlon a créé une quasi-présomption de responsabilité au préjudice de la personne morale alors même que l'auteur de l'infraction n'a pas été identifié au motif que cette infraction a « nécessairement » été commise par une personne ayant cette qualité (Mercialet E., La déglateissence de l'article 121-2 du cole pénal, RLDA 2011/61, n° 3681).

« Nul ne peut être punt pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement ». Ce principe de l'égalité des délits et des peines, inscrit à l'article 111-3 du Code pénal, trouve son fondement dans l'idée que le justiciable - personne physique et personne morale - dolt connaître avec précision et préalablement à toute action les conséquences pénales qui pourraient être attachées à celle-ci. La loi pénale doit ainsi être accessible et prévisible afin d'être assimilée par le justiciable. Les textes d'incrimination ou leur application plus ou moins sévère évoluent en fonction des priorités des pouvoirs publics, en particulier du ministère public, et de l'accueil qui est réservé par les tribunaux au renforcement de la pénalisation et de la sanction de certains comportements considérés comme Illicites au regard de l'évolution des mœurs et de la morale publique.

À titre d'exemple, nous avons ainsi décidé de traiter notamment l'infraction de harcèlement moral qui illustre la prise en considération renforcée de la prévention et un traitement des risques paycho-sociaux et en corollaire, une saisine plus fréquente du juge pénal (Gambette C., Harcèlement moral et juge pénal : un juge de plus en plus coutisé, RLDA 2011/61, n° 3653).

De même, la corruption est une réalité qui affecte la vie des affaires dont le coût est considérable.

Elle fait de nombreuses victimes collatérales et l'impact social de ce délit est parfois dramatique.

La France a créé en 2004, au sein du ministère de l'Intérieur, la brigade centrale de lutte contre la corruption, organisme pluridisciplinaire qui procède à tous les actes d'enquête relatifs à des faits de corruption,

Évoquer la corruption, c'est nécessairement analyser les délits voisins, tels que le trafic d'Influence, le favoritisme ou encore la prise illégale d'intérêts, La récente loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit vient clarifier les textes relatifs aux incriminations de corruption en les modifiant. Cette loi prévoit désormals que le pacte de corruption peut intervenir après la réalisation des actes souhaités. Toutes les jurisprudences antérleures qui s'attachaient à démontrer l'antériorité de la convention conclue entre le corrupteur et le corrompu pour caractériser le délit de corruption sont donc obsolètes. C'est une innovation majeure (Boutton-Marmion P.-P., Les risques liés à la corruption, Rt DA 2011/61, nº 3681).

Analyser le risque pénal conduit nécessairement à évoquer l'émergence d'une criminalité bien spécifique de nature à inquiéter les entreprises ; la cybercriminalité. La généralisation de l'utilisation de l'outil informatique a entraîné ces dernières années une multiplication des actes délictueux dont les entreprises sont souvent victimes, Ainsi, selon un article de La Tribune (kilion du 18/18/1011), les pertes de données liées pour la plupart à des actes de piratage ont coûté en moyenne, en 2010, 2,2 millions d'euros aux entreprises visées par ces attaques.

Les menaces qui pèsent sur les entreprises sont liées essentiellement à la publication de contenus illicites par vote électronique ou encore aux attaques visant les systèmes informatiques, au déni de service et au piratage. C'est pourquoi le législateur français soucieux de protéger les intérêts économiques de notre pays, a vu dans le droit pénal une arme de premier choix pour tenter de dissuader les cyber-attaques (Bailly E., L'entreplise face aux risques informatiques : les réponses du droit pénal, RUDA 2011/64, n° 3655).

À notre sens, le risque pénal peut être également constitué par l'absence de modification de notre droit positif au regard de problématiques anciennes et critiquées par les praticiens et commentateurs. Nous avons décidé d'illustrer ce risque par l'étude de la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté pour regretter le statu quo actuel qui autorise encore la possibilité du cumul de l'action civile exercée dans la furidiction pénale saisie des infractions du droit de l'entreprise en difficulté et de l'action civile exercée devant la juridiction commerciale aux fins d'obtenir la condamnation pécuniaire du dirigeant à combler tout ou partie du passif de la société. Les décisions successives de la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, dite loi de sauvegarde des entreprises ont toutes confirmé la possibilité du cumul, cumul

regrettable car il nourrit notamment chez les dirigeants d'entreprise une incompréhension totale ce qui ne facilite pas la prévention des comportements à risque voire illicites (Cheval J., Responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté : un regrettable statu quo, RIDA 2011/61, n° 3686).

Ce dossier spécial serait incomplet si le risque pénal n'était pas examiné sous l'angle du coût qu'il peut avoir en raison de l'atteinte à la réputation de l'entre-

En effet, celle-ci peut être profondément affaiblle, qu'elle-même, ses dirigeants ou collaborateurs aient fait l'objet d'une condamnation pénale définitive ou qu'ils alent simplement été mis en cause dans le cadre d'une enquête pénale. Dès les premiers instant d'une enquête, le risque d'atteinte à la réputation et le coût pour l'entreprise doivent être pris en considération. La contribution de la société APCO Worldwide vise à mettre en perspective la relation entre dommage de réputation et risque pénal à la lecture de circonstances où des entreprises ont été mises en cause (Bouvier N., Kormann-Bimel A. E., Kuntz-Lafourcade A., Lemonier C., Responsabilité pénale en entreprise et dommage de réputation, RLDA 2011/64, n° 3687).

Ce dossier spécial dont l'ambition est de souligner quelques aspects de la gestion du risque pénal en entreprise doit conduire le lecteur à s'interroger;

- Comment mieux identifier les falts susceptibles de déclencher une procédure pénale ?
- Par qui et de quelle façon la procédure pénale peut être enclenchée et traitée ?
- Comment aborder une garde à vue?
 Quels sont les bons comportements
- Quels sont les bons comportements,
 les bonnes pratiques ?
- Dolt-on considérer que le risque pénal est simplement hexagonal ?
- Quelles sont les thématiques d'actualité du droit pénal ?
- Quel est le coût direct ou indirect d'une procédure tant en interne qu'en externe ?
- Que faut-il entendre par risque de réputation ?

C'est à cette réflexion prospective sur ces questions que le cahier spécial vous invite. Nous espérons que sa lecture incitera le lecteur à les approfondir (Daoud E., Dinh B., Ferrail J., Gambeite C., Gérer le risque pénal en entreprise, Collection Lamy Axe Droit, 2011).