# DES ERREURS, PAS DES FAUTES

GESDIP

# DES ERREURS, PAS DES FAUTES

## La gestion discrète du droit des affaires

Pierre LASCOUMES
Chargé de recherches

Décembre 1985

Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit
et les Institutions Pénales
4,rue de mondovi 75001 Paris tel.: 42-61-80-22

" De nombreux tribunaux et procédures d'exception correspondent à ces particularités juridiques modernes... Ils sont le résultat de la différenciation professionnelle et des traitements de faveur que les intéressés au commerce et à la production industrielle savent se faire accorder. Ce qu'ils attendent de ces particularités est que leur litige soit réglé par des experts".

M. WEBER
Sociologie du droit
p. 408

PLAN DE L'OUVRAGE

---


| | Pages |
|---|---|
| Introduction | 13 |
| I - Affaires d'affaires | 15 |
| A . Est-ce aux voyageurs de se plaindre des réverbères | 15 |
| B . Il y a "affaire" et "affaire" | 18 |
| 1 - Les affaires sont les affaires, ce sont d'abord les miennes | 18 |
| 2 - Les entreprises de fraude | 20 |
| 3 - Au coeur de la vie des affaires | 21 |
| II - Une unanimité suspecte : les enjeux autour des délinquances d'affaires | 25 |
| A . "Vos fraudes nous intéressent" : les enjeux socio-politiques | 26 |
| B . "Vos fraudes nous intéressent aussi" : les enjeux professionnels | 28 |
| Première partie : Du "criminel en col blanc" à la "gestion des illégalismes", définition de la démarche | 35 |
| I - Les fausses évidences | 37 |
| A . L'Arlésienne et ses ombres : les pièges du "passage à l'acte" | 39 |
| 1 - Une dangereuse fascination | 40 |
| 2 - Reportabilité et prise en compte des infractions | 41 |
| B . Le "mythe des gros" ou le piège de la dénonciation politique | 48 |
| 1 - Des "200 familles" aux monopoles | 48 |
| 2 - Mais au fait, quels "gros" ? | 49 |
| C . Un puzzle non-figuratif : les pièges du légalisme | 54 |
| 1 - Le puzzle des infractions | 54 |
| 2 - Les problématiques de l'ineffectivité ou comment penser l'écart droit/société | 58 |
| a) formulation de l'écart en terme de lacune | 59 |
| b) en terme d'effectivité | 61 |
| c) en terme d'efficacité | 63 |


./...

Pages

II - Le choix d'une démarche..... 67

A . Le moralisme des pionniers..... 70

1 - L'inspiration socialiste ..... 70

2 - Le moralisme pragmatique..... 72

B . Entre culturalisme et juridisme : la recherche d'une politique criminelle ..... 76

1 - Les pays anglo-saxons..... 76

2 - En Europe occidentale..... 79

a) Le parasitage en affaires..... 80

b) L'échec en affaires..... 82

c) L'abus de puissance économique ..... 83

C . Les délits d'affaires comme phénomène structurel..... 85

1 - Les travaux économiques ..... 85

2 - Les travaux en termes de réaction sociale..... 91

a) De l'association différentielle à la stigmatisation institutionnelle ..... 91

b) Délinquance d'affaires, délinquance de classe..... 92

c) Illégalismes de biens/illégalismes de droit..... 95

D . La gestion différentielle des illégalismes et infractions d'affaires ..... 102

1 - Déblaiements progressifs..... 102

a) Les escrocs sont partout les mêmes..... 102

b) Les finesses de citadins ..... 102

c) Chaque classe sociale a une criminalité spécifique... 104

d) Mais que fait la justice ?..... 104

e) L'essentiel se joue ailleurs..... 105

2 - Mouvement d'une démarche..... 106

a) Dépassement des problématiques de l'écart ..... 106

b) Dépassement des problématiques sur le pluralisme juridique et judiciaire ..... 112

c) Choix d'une problématique : la place du pénal dans les formes de règlement différentiel des conflits ... 116

./...

Pages

Deuxième partie : Le système de gestion différentielle des illégalismes et infractions d'affaires ..... 121

I - Droit pénal répressif et/ou droit pénal restitutif : l'exemple du droit pénal des affaires ..... 127

Section I : Inflation pénale et développement d'un "droit pénal administratif" ..... 130

A . Importance des pouvoirs de police exercés par l'administration ..... 130

B . Importance des pratiques administratives contentieuses et pré-contentieuses ..... 133

C . Une grille de lecture dominante : la délégalisation .... 136

Section II : Droit pénal de sanction/droit pénal de discipline : double forme et dispositif socio-politique ..... 141

A . Le droit pénal bifide : inventaire des doubles visages.. 141

1 - Les doubles visages techniques..... 141

2 - Les doubles visages socio-politiques..... 144

B . Un dispositif socio-politique : droit pénal de sanction/ droit pénal de discipline ..... 146

C . Du restitutif au répressif, complémentarité dialectique des ordres de sanction juridique..... 160

II - Le système de gestion des illégalismes et infractions d'affaires.. 171

Introduction : Les règles du jeu ..... 171

1 - D'abord une question de règles..... 171

2 - Quel jeu de règles ? ..... 174

3 - L'éthique du profit ..... 176

I - 1ère instance de régulation : le contrôle interne..... 186

A . Pouvoir choisir sa règle..... 187

1 - Un privilège non-exclusif..... 187

2 - Un privilège conquis de longue date ..... 189

B . La régulation bancaire ..... 193

1 - La gestion des impayés ..... 195

2 - La cessation d'activité ..... 196

3 - Le repérage des infractions..... 199

C . L'arbitrage commercial ..... 201

1 - L'institutionnalisation ..... 202

2 - L'arbitrage ou l'anti-boîte noire..... 206

./...

Pages

D . Sociétés transnationales et dépassement des structures de régulation étatique ..... 210

1 - Les dépassements de l'espace économique national... 211

a) Définitions progressives ..... 211

b) Les sociétés transnationales, nouveau lieu de conflits ..... 214

2 - Les dépassements de l'espace politique national ... 216

a) Résistance aux politiques et au droit national. 217

b) Actions pour modifier le droit interne ..... 218

c) Pratiques de corruption ..... 218

d) Atteintes économiques et financières ..... 219

e) Atteintes à la concurrence..... 219

3 - Les dépassements de l'espace juridique national.... 221

a) Dépassements des catégories juridiques..... 221

b) Codes de conduites et auto-contrôle ..... 223

* Le renouvellement de la coutume commerciale 224

* Les codes comme institutionnalisation de la nouvelle coutume commerciale ..... 228

Conclusion d'étape : La maîtrise de la résolution du conflit comme enjeu social..... 230

II - 2ème instance de régulation : le contrôle greffé ..... 232

A . Une instance de contrôle semi-publique ..... 232

B . Le commissariat aux comptes et les ambiguités de sa mission censoriale..... 233

1 - Les éléments d'une contradiction ..... 234

a) Un censeur public ..... 234

b) Un censeur dépendant..... 237

2 - La gestion de la contradiction..... 239

a) Négociations avec le parquet ..... 240

b) Relations avec les entreprises..... 244

c) La médiation comptable ..... 247

III - 3ème instance de régulation : le contrôle administratif..... 250

Section I : Les différentes formes de la régulation-sanction ..... 252

A . La gestion pragmatique des incriminations..... 252

1 - Les administrations où prévaut une logique financière..... 253

a) L'administration fiscale ..... 253

b) Les douanes..... 255

c) Les U.R.S.S.A.F..... 256

d) Le Ministère de l'Agriculture..... 257

Pages

2 - Les administrations où prévaut une logique règlementaire ..... 259

a) L'inspection du travail..... 259

b) L'inspection des installations classées..... 261

c) Les commissions techniques ..... 263

B . De la légalité à l'opportunité : les principes du contrôle administratif..... 264

1 - L'ordre public éclaté..... 264

2 - Des pouvoirs dérogatoires ..... 265

3 - Les effets pervers du recours marginal au judiciaire ..... 266

4 - L'impact des formes juridictionnelles ..... 267

Section II : La commission des opérations de bourse, entre magistrature économique et gestion du droit des affaires ..... 269

I - Le projet de la C.O.B. : du répressif au pragmatique ..... 275

A . Contexte général d'intervention : relance du marché boursier et moralisation ..... 275

B . Activités de surveillance et suites judiciaires ..... 277

1 - Surveillance du marché boursier..... 277

2 - Surveillance comptable ..... 279

C . Elaboration d'une philosophie pragmatique..... 282

1 - Des griefs constants..... 282

2 - Double distance vis-à-vis du pénal ..... 283

3 - Une doctrine de fait..... 284

II - Les effets du pragmatisme sur la production et l'application des normes ..... 286

A . Le pouvoir normatif..... 287

1 - Incitation à la législation..... 287

2 - Interprétation des textes ..... 288

3 - Production d'une réglementation propre..... 288

B . Le pouvoir de règlement des conflits ..... 291

1 - Régulations d'initiative ..... 291

2 - Régulations sur demande ..... 294

Conclusion : La C.O.B. et le renouvellement de la normativité ..... 296

./...

Pages

IV - 4ème instance de régulation : l'institution judiciaire ..... 298

I - Les interfaces administration-justice, quatre figures du pénal ..... 300

A . Les visages du pénal ..... 301

B . La place du pénal dans le règlement différentiel des conflits ..... 307

II - Magistrats et délits d'affaires : enjeux professionnels et enjeux juridiques ..... 312

A . La naissance d'une spécialisation ..... 313

1 - L'émergeance de nouvelles valeurs ..... 314

2 - Restaurer une légitimité menacée ..... 317

B . Un lieu de clivage idéologique ..... 326

C . Un lieu de pratiques professionnelles diversifiées ..... 331

V - "Il y a les erreurs et il y a les fautes" : les reconstruction-occultations des délinquances d'affaires ..... 338

A . La presse et les euphémismes : l'art du baume ..... 339

1 - Une insignifiance significative ..... 339

2 - Des argumentations réductrices ..... 341

3 - "Affaire" ou les récits occultants ..... 346

B . Pouvoirs de l'euphémisme, euphémismes du pouvoir : les reconstruction-occultations des infractions d'affaires ..... 351

1 - Un système différentiel de règles ..... 352

2 - L'expertise comme mode de règlement "pacifique" des conflits ..... 354

3 - Une domination aux mains blanches ..... 358

Annexes : Références bibliographiques ..... 365

# INTRODUCTION

## I - AFFAIRES D'AFFAIRES

### A . Est-ce aux voyageurs à se plaindre des réverbères ?

"Est-ce aux voyageurs à se plaindre des réverbères ?" Telle est la question que les jurisconsultes, rédacteurs du Code de Commerce de 1807 retournaient aux commerçants qui critiquaient les dispositions du nouveau code et redoutaient ses aspects répressifs.

"Est-ce aux honnêtes commerçants à les trouver trop sévères et à se plaindre d'une surveillance qui est, toute, dans leurs intérêts et pour leur sûreté ?"

La métaphore est claire : la vie des affaires est un voyage à risques, une aventure périlleuse, il s'agit "d'écarter de cette honorable profession, les forbans qui ne s'en approchent que pour la discréditer". Ces "forbans" sont clairement désignés, il s'agit des banqueroutiers qui sont "un affront fait au commerce lui-même... haine aux banqueroutiers !". Les réverbères, ce sont les principes et les mesures assemblés dans le Code pour assurer "la restauration du commerce... le rappeler à la pureté des principes, le retirer de l'état de dégradation où la démoralisation des derniers temps l'avait entraîné".

Un double clivage est ainsi formulé qui oppose forbans et honnêtes commerçants d'une part, clarté et obscurité de l'autre. La première opposition est d'un type ségrégatif très classique qui oppose les "bons" et les "méchants". Plus exactement cette dichotomie simpliste justifie a priori d'éventuelles bavures en stigmatisant par avance les "brebis galeuses", elle les désigne surtout comme extérieures à la grande famille des affaires et devant en rester exclues. La seconde opposition est par contre plus spécifique. On sait à quel point la société du XIX° siècle a exprimé ses fantasmes dans la hantise des miasmes et des bas-fonds (1). Et à quel point les systèmes d'ordre qui se généralisent alors (de l'architecture, à la pédagogie en passant par la prison) vont se structurer autour de la mise en lumière, en visibilité des sujets. Ceci, afin que l'université et la régularité de la surveillance se substitue aux obscurités, à l'arbitraire et à la discontinuité des anciennes pratiques répressives (2).

C'est pourquoi FOUCAULT retient l'image du Panoptique de Bertham, moins comme simple archétype architectural que comme dispositif-modèle de tout contrôle disciplinaire. Il caractérise ainsi son "effet majeur" comme tendant à : "induire... un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir. Faire que la surveillance soit permanente dans ses effets, même si elle est discontinue dans son action ; que la perfection du pouvoir tende à rendre inutile l'actualité de son exercice ; que cet appareil architectural soit une machine à créér et à soutenir un rapport de pouvoir indépendant de celui qui l'exerce" (3).

./...

Les termes mêmes employés par les juris-consultes "surveillance", "sûreté" ainsi que l'image du réverbère montrent bien la généralité de l'analyse de FOUCAULT. Si on connaît son application au contrôle de la délinquance des classes laborieuses, on voit ici également sa validité pour le contrôle des classes possédantes. Il ne s'agit pas cependant, contrairement à une certaine mode, de pratiquer une inversion terme à terme de problématique et de prétendre qu'au fond les illégalismes bourgeois auraient été tout autant mis sous surveillance que les illégalismes prolétariens. Certes, il n'y a pas eu, comme on le croit souvent, hyper-contrôle d'un côté, occultation totale de l'autre. La situation est plus complexe. S'il y a bien eu tentative générale de mise en visibilité de tous les illégalismes au XIX° siècle celle-ci s'est faite de façon différentielle et selon des modes hétérogènes. Une différence majeure sépare la mise en visibilité des uns et des autres. Son siège est à rechercher dans le rapport à l'Etat. Il y a "réverbère" et "réverbère" et différents types de positionnement entre l'ombre et la lumière. La mise en visibilité a été différentielle, variant selon les enjeux de personne et de situation.

En effet, les illégalismes des classes populaires ont été traités par des appareils répressifs directement liés à l'autorité étatique (police, justice, prison) et reconstruits en catégorie de "délinquance". Cette mise en visibilité sociale, les fera ainsi défiler massivement sous les feux de la scène pénale, où ils seront produits, pour l'édification de tous, comme l'envers coupable de l'ordre légitime.

Quant aux illégalismes d'affaires, leur mise en visibilité s'est faite sur un mode tout différent. Le pouvoir étatique ayant soit délégué sa surveillance à des dispositifs internes au milieu des affaires (tribunaux de commerce, banques...), soit repris de l'Ancien Régime et développé des dispositifs administratifs de contrôle (douanes, eaux et forêts...). D'où d'autres catégories de définition que celles du registre pénal répressif et d'autres rituels de vérité que ceux relevant du policier et du judiciaire. Autant le premier modèle de discipline est fondé sur une exemplarité mise en scène, autant celui qui a été construit pour les illégalismes d'affaires organise une "gestion discrète". Mais écoutons encore les jurisconsultes de 1807 :

"Que de reconnaissance, le commerce ne doit-il pas au nouveau Code, qui prenant le failli sous sa protection, lui épargne jusqu'aux moindres amertumes qui accompagnent les premiers moments d'une pareile situation !

Ce n'est point aux tribunaux judiciaires que le failli vient faire l'aveu de son malheur, c'est à un tribunal composé de commerçants, de ses pairs, de ses amis, qui connaissant les vicissitudes du commerce ne verront dans la condition de leur infortuné collègue, qu'une image de ce qui peut arriver un jour à chacun d'eux.

./...

Le premier soin de ce tribunal est de mettre le failli à l'abri d'une captivité ignominieuse, en lui assurant un asile dans sa propre maison, au sein de sa famille et sous la garde d'un officier public.

Dès ce moment, sa personne est hors de toute atteinte pour cause de condamnations civiles ; aucune recommandation, aucun écrou n'est admis...

Sa personne, sa fortune, son honneur deviennent un dépôt sacré dont la loi prend elle-même la garde... une main protectrice descend jusque dans le sein de sa famille pour y prodiguer les secours ; elle le suit dans toutes les situations et ne le quitte pas qu'il ait été rendu à la société, réinvesti de l'estime publique" (4).

Sans sous-estimer la part de mythe que contient une telle déclaration d'intention (en particulier sur la surveillance de l'action des syndics) on peut retenir que dès le début du XIXº siècle le dispositif de contrôle des illégalismes d'affaires comportait une double structure :

- préférentiellement une gestion à moindre visibilité, assurée par des organes de contrôle interne au milieu des affaires, effectuée par des pairs ou des personnes connaissant ou partageant les mêmes règles (commerciales, comptables, fiscales, financières...) et agissant légitimement par délégation de l'Etat pour "éclairer" les conflits.

- secondairement un traitement répressif, avec possibilité de renvoi au système pénal, pour les "forbans" des affaires qu'il s'agit "d'écarter". Une dimension appuie l'autre, l'enjeu étant de demeurer dans la catégorie du "bon commerçant ayant un coup de fortune" ou de se voir précipité dans la catégorie du réprouvé chassé du cercle de famille.

Ce dispositif de discipline de la vie des affaires est-il encore pertinent aujourd'hui, comment et autour de quoi a-t-il été reformulé, et avec quels effets ? Telles sont les premières questions auxquelles ce travail se propose de répondre.

Mais avant d'amorcer l'analyse, une question préalable est à envisager, celle de la définition des illégalismes d'affaires. Plus exactement, il s'agit d'aborder la question des définitions possibles de ce domaine ou du moins d'en éclairer certaines frontières. Il est trop tôt pour préciser l'objet de notre recherche. Celui-ci ne pourra être réellement construit qu'après une attentive mise à plat des fausses évidences qui saturent les représentations communes en ce domaine et l'enserrent dans une trompeuse unanimité. Pour l'instant nous nous contenterons, en guise de première approche, d'observer le discours public sur le domaine, d'en arpenter les grandes dimensions. Et ceci, moins pour y puiser des pistes de travail que pour saisir ce

./...

que BACHELARD nomme "l'obstacle de l'observation première" (5). Obstacle qui est aussi le premier que rencontre le sociologue dans sa démarche :

"En effet, cette observation première se présente avec un luxe d'images ; elle est pittoresque, concrète, naturelle, facile. Il n'y a qu'à la décrire et à s'émerveiller. On croit alors la comprendre". C'est ici, particulièrement le cas.

B . Il y a "affaire" et "affaire"

Les lieux communs du discours sur "la délinquance des affaires" illustrent parfaitement cet obstacle là. Et tout d'abord quand on parle de "délinquance" au singulier de quoi parle-t-on ? D'escrocs individuels ou de sociétés multinationales, d'affaires de banques, de bourse ou de corruption, de fraude fiscale ou d'ententes illicites sur les prix, de pollution ou d'exportation illicite de capitaux, des pratiques de la maffia ou de la publicité mensongère... et les ratons laveurs serait-on tenté d'ajouté ! Cet inventaire qui plagie délibéremment Prévert donne une première idée des difficultés que rencontre tout effort de délimitation a priori.

Si c'est à travers la corruption politique que dès l'Antiquité grecque les illégalismes d'affaires ont acquis une certaine visibilité, il fallut attendre le XIXº siècle, avec ce que l'on nommait alors pudiquement les "finesses de citadin", pour sentir le phénomène se transformer. Les affairistes individuels (escrocs, banqueroutiers) ou organisés en réseau (agioteurs) constitueront pendant longtemps l'archétype du délinquant d'affaires. Certes l'Ancien Régime avait été momentanément agité par quelques scandales concernant les compagnies royales, mais ce n'est qu'au cours du second Empire que les activités délictueuses réalisées au sein des sociétés commerciales (abus de biens sociaux, faillites frauduleuses) ou par des sociétés créées dans un but directement délictueux acquirent une visibilité spécifique. Aujourd'hui ces diverses formes co-existent, complétées par d'autres de nature très hétérogène et allant de pratiques individuelles utilisant les technologies nouvelles (fraudes informatiques), à de grandioses opérations menées au plan international par des groupes hyper-structurés et parfois connectés au "crime organisé", entendez "Le Milieu". Nous illustrerons brièvement ces différents cas de figure, moins par fascination pour le fait divers d'actualité que pour faire sentir l'hétérogénéité du domaine (6).

1 - Les affaires sont les affaires, ce sont aussi les miennes !

- septembre 1982 - Roger ROCHER président démissionnaire de l'A.S. Saint-Etienne est inculpé d'abus de biens sociaux, présentation de faux bilan etc... Il justifie l'existence d'une caisse noire de 20 millions de francs par les "dessous de table" voués aux joueurs puis reconnaît en avoir utilisé une partie à des fins personnelles (7).

./...

- février 1982 - M. ROUMEAS et sa famille passent en correctionnelle pour une faillite de 30 millions de francs accompagnée d'une multitude de délits connexes. Cette société de travaux publics qui connut une grande période de prospérité dans les années 60 multiplia les expédients (allant jusqu'à la corruption de plusieurs hauts fonctionnaires en vue de l'obtention de marchés publics) pour combler le gouffre financier que les imprudences et l'usage des fonds de l'entreprise à des fins personnelles avaient créée (8).

- avril 82 - Autre dossier politico-financier, celui de la société GAUCHER dont le P.D.G. fut jugé 10 ans après le prononcé d'une faillite de 60 millions de francs. Son entreprise spécialisée dans les travaux publics et l'immobilier pratiquait également les pots de vin. Le principal inculpé déclare à l'audience : "L'important c'était d'obtenir une affaire et une belle affaire. Ce genre de choses est commun à beaucoup d'entreprises. Ce n'est que quand elles arrivent ici qu'elles deviennent un délit" (9).

Dans ces différents cas, il est difficile de distinguer ce qui relève de la seule cupidité des dirigeants et des obligations provenant du nécessaire développement de leurs affaires. La confusion des intérêts et des patrimoines est cependant une tendance très fréquente dont les frères SCHLUMPF présentent presque la caricature.

- mars 83 - Procès des "frères SCHLUMPFBERGER" accusés d'abus de biens sociaux pour 40 millions de francs au détriment des sociétés qu'ils administraient pour se constituer une collection et un musée d'automobiles ruinant ainsi leurs affaires et réduisant au chômage leur centaine de salariés.

Le film "War-Games" est inspiré d'un fait divers réel. Les trois écoliers new-yorkais n'avaient pas pénétré en 1980 les ordinateurs du Pentagone mais ceux d'un réseau informatique (Tymnet) canadien connectant entre elles les données de très grandes sociétés comme Pepsi-Cola ou les ciments Lafarge. La vulnérabilité des systèmes informatiques, la faiblesse de leurs protections ont sollicité les imaginations et un nouveau type d'escrocs hante cet univers de haute technicité : escroqueries financières et vol ou destruction de banques de données se sont ainsi multipliées en quelques années. Aux U.S.A. on a pu évaluer à près de trois milliards de dollars le montant annuel des fraudes (10). En France, les ASSEDIC ont été victimes en 82 d'un détournement de 1,6 million de francs par le versement de sommes sur des dossiers périmés.

Mais la nouveauté technologique du procédé de fraude suffit-elle à caractériser ce type de fraude comme délinquance d'affaires? Ne s'agit-il pas plutôt de délinquance liée à la profession, les auteurs utilisant seulement pour leur seul intérêt les opportunités ouvertes par leur milieu

./...

d'activité. On a alors affaire à une délinquance en "col blanc" au sens strict du terme, c'est-à-dire commise par les employés au détriment de leur entreprise.

Voici donc un premier cas de figure où la délinquance se situe soit dans une confusion des patrimoines (le ou les dirigeants utilisant à leur propre fin les biens de la société) soit dans un détournement de l'activité professionnelle vers des activités délictueuses (délinquance des "cols blancs"). On retiendra ici une double caractéristique, les faits délictueux sont accomplis par un ou des auteurs (jamais très nombreux), repérables individuellement et agissant au sein d'une entreprise aux activités ordinaires. Il n'en va pas de même lorsqu'on a affaire à des "entreprises de fraude".

2 - Les entreprises de fraude

- "Opération Babel" ; affaire de fraude fiscale ayant sans doute permis le détournement de 400 millions de francs par une série d'opérations immobilières entre-mêles menées par des sociétés écrans ayant exigé un réseau de gérant de complaisance, de notaires et de sociétés de prêt qui ne l'étaient pas moins. Le jugement ne retient pas l'idée d'une organisation préalable de la fraude, assortit du sursis les 21 condamnations à de l'emprisonnement, accorde 6 relaxes, prononce 4 peines d'emprisonnement ferme (5 et 4 ans) pour les accusés en fuite... (11).

C'est la version la plus récemment sanctionnée de ce que J. COSSON nomme "les industriels de la fraude fiscale" à savoir les sociétés de pure-façade (société-taxi) destinées à permettre de multiples opérations de fausse-facturation.

- juillet 82 - La découverte d'une véritable organisation de détournement de fonds public est découverte à Marseille et à Nice. Un réseau de plus d'une vingtaine de sociétés fictives a permis de produire des fausses factures ou de majorer frauduleusement des facturations d'achats de matériel ou de travaux effectués pour des collectivités publiques. Détournements constatés : 60 millions de francs. Les inculpations se suivent en chaîne (12).

- octobre 83 - "A tous les coups on gagne" - 126 prévenus, une fraude évaluée à 38 millions de francs au détriment de l'Etat. La société BOUTTET de Roanne s'était spécialisée dans la fourniture de vrais billets de loterie gagnante permettant ainsi depuis des années le blanchissement des fonds provenant de ventes sans facture effectuée par les commerçants de la région Rhône-Alpes.

- L'Investment Overseas System (I.O.S.) ou les champions du monde de l'escroquerie. Cette société financière recueillant des fonds mutuels parvint en quelques années à regrouper 225 000 détenteurs de parts répartis dans 30 pays. Les

./...

fonds étaient utilisés pour acheter des actions sur les principales places financières dont 80 % à la bourse de New York. Son siège se situait dans une petite ville de l'Ain, Fernay-Voltaire... En 1979, toutes les actions furent soudainement revendues aux quatre coins du globe. Les dirigeants qui menaient leur affaire avec grande efficacité depuis 4 à 5 ans disparurent avec l'essentiel des fonds, laissant une faillite record évaluée entre 2 et 4 milliards de dollars. L'évaluation ne peut être plus précise, une partie des détenteurs de parts ayant placé là des fonds clandestins, leur discrétion est grande ; 30 % des contacts pris avec les détenteurs par courrier demeura sans suite. Les capitaux qui n'avaient pas été transférés dans un paradis fiscal des Bahamas furent bloqués. Là commença un remarquable imbroglio juridique et financier international. Certains pays comme le Luxembourg utilisèrent les fonds bloqués chez eux pour dédommager, sans attendre, leurs citoyens. Le caractère transnational de la fraude mit en échec les systèmes de poursuite habituels. Dans leur cage dorée, les auteurs n'ont à craindre que les chasseurs de prime qui opèrent même quand existent des traités d'extradition.

La notion d'entreprise de fraude renvoie à deux caractéristiques principales. Et tout d'abord à celle d'organisation de l'activité délictueuses. Cette dernière repose sur des réseaux, une organisation du travail et prend souvent la forme d'une ou de plusieurs sociétés commerciales, réelle ou de façade oeuvrant en complicité et multipliant les appuis extérieurs légitimes (avocats, notaires, banquiers, experts) et illégitimes (corruption). C'est une forme développée des pratiques illégales de type escroquerie, abus de confiance, fraude fiscale et douanière, habituellement accomplies individuellement. Autre dimension, l'illégalité n'est pas ici un accident, une perversion ou un parasite dans l'activité de l'entreprise elle en constitue le but principal. Ce qui n'empêche pas de telles sociétés de fonctionner parfois durant des années dans une apparence de normalité parfaite. Leur image, condition de leur crédit étant un instrument capital dans leur stratégie. Mais il est des situations beaucoup plus complexes à caractériser.

### 3 - Au coeur de la vie des affaires

Le plus souvent les pratiques délicteuses sont beaucoup plus imbriquées dans les activités ordinaires des entreprises que dans les séries d'exemples précédents où, soit l'intérêt direct d'un individu, soit la nature même de l'organisation permettent la caractérisation. L'actualité est ici encore surabondante :

- la dépose des déchets industriels : 10 juillet 1976, un disque de sécurité cède dans un réacteur chimique de l'usine ICMESA par surpression. Un nuage toxique s'échappe et pollue la région de SEVESO par diffusion de T.C.P. et de dioxine.

./...

193 personnes sont directement contaminées, on doit abattre 77 000 animaux domestiques et évacuer plusieurs centaines de personnes. Le groupe Hoffman-La Roche choisit la voie de la clandestinité pour se débarasser des déchets toxiques et recourt aux services d'un des sous-traitants qui organisent en Europe l'élimination au moindre coût des déchets industriels en profitant des réglementations laxistes de certains pays. Les déchets arrivent en France et finissent dans l'arrière-cour d'une boucherie désaffectée au milieu d'un village de l'Aisne en septembre 1982.

- "Les avions renifleurs" - Pour acquérir l'exclusivité d'un procédé de détection du pétrole, l'entreprise ELF-ERAP opère des transferts de fonds publics dans des conditions dérogatoires versés à un "pool-d'investisseurs", organisateur de toute une série de sociétés-relais. Pour masquer l'opération ELF-ERAP trafique quelque peu ses comptes. Un contrôle fiscal met à jour la dissimulation qui conduira à la mise en cause de l'autorité de tutelle (la Cour des Comptes) et de son président pour destruction de document officiel.

Mais il existe aussi des grands classiques à épisodes multiples, où la confusion, soigneusement entretenue, entre "exigences de la vie des affaires" et pratiques illicites illustre de la meilleure façon qui soit ce que l'on peut entendre par "illégalisme d'affaires". A savoir un ensemble de pratiques mêlant le détournement, l'évitement mais aussi la sur-utilisation du système légal, à un degré tel que toute qualification juridique simple est difficilement applicable. Si on considère le droit comme un code de langage venant nommer des situations de conflits d'intérêts et les mettre en forme en vue d'un règlement, on parlera de figure de "délinquance" quand une qualification pénale a été appliquée. On parlera d'illégalisme quand la pratique concernée résiste ou échappe à l'application du code juridique, soit parce que cette pratique est restée sans visibilité, soit parce que aucun acteur social n'a pu ou su appliquer ce code par résistance de l'auteur ou difficulté de trouver et mettre en oeuvre une qualification adéquate. L'illégalisme repose sur une relativité de la qualification.

- "La bande des quatre" - Les rois incontestés de l'imbroglio juridique et de la guérilla judiciaire sont à juste titre les frères WILLOT. Les fusions successives de sociétés (Coframaille, Europar, Agache-Willot, Boussac-Saint Frères...) leur ont permis depuis vingt ans de garder la main sur un très important réseau industriel (Le Bon Marché, Conforama, Dior, des entreprises textiles, immobilières, des sociétés financières...) tout en jonglant avec les liquidations judiciaires, les location-gérances, voire les faillites et échappant de fait à une série d'inculpations à répétition (dépôt de faux bilan, abus de biens sociaux, irrégularités dans les augmentations de capitaux) à une poursuite pour fraude fiscale achevée par un non-lieu en 79, 6 ans après le dépôt de plainte par la direction des Impôts. Ceci malgré quelques condamnations pénales en 74 et 76 qui auraient du, en théorie, déboucher sur le prononcé d'incapacités pro-

./...

fessionnelles (a. 6 loi du 8.8.35) mais en fait... les frères WILLOT sont ainsi depuis longtemps sous "haute surveillance" du parquet, de la commission d'opération de bourse, de divers tribunaux de commerce, des banques... Ils poursuivent leurs activités, en entretenant avec les règles légales des rapports aussi conflictuels que complices. Et s'il est un exemple où l'expression de "gestion des illégalismes" a un sens, c'est bien ici. Les dirigeants WILLOT et les organes de contrôle sont en interaction permanente, multipliant les figures de négociation et évitant les issues répressives au nom d'impératifs pragmatiques.

Les "affaires WILLOT" présentent également un autre niveau d'intérêt dans la mesure où leur structuration sous la forme de groupe de société multiplie les entraves à l'application du droit. Le droit pénal des sociétés commerciales s'est formé par référence au capitalisme concurrentiel. Les structures industrielles aujourd'hui prévalentes telles que les groupes, les multi et transnationales tiennent souvent le droit pénal dit "libéral" en échec. Comme le souligne M. DELMAS-MARTY (13) "la notion de groupe... peut, malgré le silence du droit commercial, intervenir ici comme circonstance de fait susceptible de modifier l'analyse de l'infraction". L'existence d'un groupe fonctionnerait alors comme "une sorte de fait justificatif spécial". Dans le jugement du 16.5.74 concernant les WILLOT le tribunal a estimé que "les éléments juridiques classiques constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont à écarter, les dirigeants du groupe ayant nécessairement des intérêts directs ou indirects personnels, souvent difficiles à distinguer de l'intérêt du groupe... il n'est point aisé de déterminer objectivement les mobiles réels des dirigeants d'un groupe et d'établir si l'intérêt économique doit l'emporter sur des principes juridiques qui peuvent apparaître surannés". L'intérêt social du groupe semble alors devoir passer avant celui de telle ou telle de ses sociétés membres. Le pragmatisme économique prend le pas sur le légalisme.

- "La bande des 2, des 3, des 4..." ou les ententes sans fin. Dans un domaine économique comme celui du pétrole où le marché mondial est réparti entre sept compagnies "major" (14) et où l'on retrouve au plan national une répartition du même ordre, la prohibition des ententes a-t-elle vraiment un sens ? Et plus largement jusqu'à quel point les principes de défense de la libre-concurrence et la condamnation des abus de position dominante ont-elles encore quelque autorité dans un système économique caractérisé au plan national et international par des concentrations de plus en plus impérieuses. Là encore le légalisme se trouve sans cesse débordé par des appréciations d'opportunité économique. Quand l'entente est, non seulement, la règle mais la condition de survie sur le marché, où commencent les "abus" ? Le domaine des ententes est ainsi un remarquable terrain d'observation pour l'étude des illégalismes, tant il est difficile d'aborder le problème en terme d'infraction. L'application des caté-

./...

gories juridiques pénales heurte, ou dérape sans cesse sur les stratégies des acteurs concernés dont les finalités pragmatiques imposent un jeu constant de contournement, de déplacement voire de mise en cause des frontières de la légalité.

L'exemple le plus net peut être tiré des poursuites engagées par la C.E.E. contre les "trois frères verriers européens" PILKINGTON (G.B.), St GOBAIN et B.S.N. qui se partagent la totalité de la production européenne de verre. Après le célèbre échec de son O.P.A. à l'égard de St GOBAIN, B.S.N. considérant qu'il n'y avait plus de place que pour "deux frères verriers" entreprit de liquider la part de ce secteur d'activité qu'elle contrôlait. Cette restructuration qui conduisait à un renforcement des monopoles se fit en concertation plus ou moins occulte avec les deux autres partenaires. Ceux-ci profitèrent des circonstances pour se répartir l'exclusivité de la production de chacune des grandes catégories de verre (vitre, bouteille, pare-brise, verres spéciaux...) ramenant ainsi la concurrence à l'état zéro.

Nous aurons l'occasion de revenir sur les activités de contrôle administratif de la commission de la concurrence qui propose essentiellement des pénalités administratives. Rappelons pour mémoire l'affaire des pétroliers de Marseille où après onze ans de procédure à rebondissement, la plainte d'un distributeur indépendant a conduit le gotha pétrolier français sur les bancs de la correctionnelle pour "entente illicite" et entrave à la concurrence. Neuf P.D.G. (Shell, C.F.P., Total, Antar, Final, Euro, B.P., Elf) furent condamnés en juillet 83 à des peines d'amende non négligeables (de 500 000 à 160 000 F.) mais amnistiables. Il est donc des conjonctions particulières de faits et d'auteurs qui autorisent une issue pénale. La question est alors de savoir quelle superposition d'enjeux sous-tend une telle orientation du conflit en cause, permettant la reconstruction d'un illégalisme en une infraction ?

Les sociétés multinationales et leurs illégalismes : certes certains de ces grands groupes industriels ont pu être poursuivis dans la mesure où des délits de corruption (affaire Lockheed en Italie et au Japon), atteinte à la concurrence, de fraude fiscale ou douanière ont pu leur être imputés (15). Cependant il est clair que l'absence d'un droit international pénal, les conflits de lois et difficultés de coopération entre Etats laissent à ces puissants acteurs une marge d'action considérable. Faute de texte répressif applicable on ne peut alors parler de délinquance mais beaucoup plus d'une large capacité à utiliser les lacunes des systèmes juridiques. Ainsi l'évasion fiscale permet de domicilier dans les pays bénéficiant d'un faible niveau d'imposition l'essentiel des bénéfices d'un groupe. Ainsi la vente massive dans les pays sous-développés de produits (surtout alimentaires et pharmaceutiques) interdits sur le marché occidental ou de produits hors-norme pour certaines de leurs composantes. Ainsi la répartition entre filiales des débouchés nationaux etc...

./...

Il est d'ailleurs symptomatique qu'un excellent ouvrage traitant sous de multiples aspects des "multinationales face au droit" (16) ne comporte aucune section sur le versant pénal de la question.

On le voit, illégalismes et délinquances d'affaires exigent pour le moins un pluriel tant les réalités qu'ils recouvrent sont disparates. C'est pourquoi avant d'aborder la définition de notre objet d'étude et de notre démarche, il est indispensable de mettre à plat quelques-uns des enjeux traversant ce domaine afin, de dépasser les obstacles inhérents à "l'observation première".

## II - UNE UNANIMITE SUSPECTE : LES ENJEUX AUTOUR DES DELINQUANCES D'AFFAIRES

L'unanimité est toujours hautement suspecte. Pour les tribunaux rabbiniques, dans un monde complexe, elle ne pouvait que cacher la confusion. Ils relaxaient, toujours, un condamné lorsqu'un verdict unanime était prononcé contre lui.

La belle unanimité qui s'est développée progressivement dans les dix dernières années, au sujet de la délinquance d'affaires ne doit-elle pas soulever d'entrée, quelques interrogations ? Criminologiques, membres des professions judiciaires, responsables politiques et économiques, experts.. font parfois chorus pour dénoncer ce "fléau social" au-delà de tout clivage politique apparent . On voit se multiplier sur ce thème, recherches, colloques, congrès, la presse y consacre, nous le verrons, une place de plus en plus grande. Certes quelques pionniers avaient tenté de démontrer que la délinquance n'était pas exclusivement le fait des classes laborieuses réputées "dangereuses". Mais la criminalisation effective des pratiques illicites dans le monde des affaires restait extrêmement limitée, tant par le nombre et la nature des poursuites judiciaires les concernant que par l'absence quasi-totale de visibilité sociale et de réflexion théorique sur le sujet. Serait-on en train de voir évoluer ce qui était souvent perçu comme un "déni de justice" ?

En matière pénale, la justice semble toujours fourbir ses armes pour la chasse aux grands fauves (criminels, grands truands...) et elle se noie en fait dans la répression quotidienne du petit gibier (automobilistes, petits voleurs...). En matière de délinquance astucieuse et d'affaires tout le monde semble s'accorder sur la nécessité d'une impitoyable saga contre les grands rapaces des finances, du commerce et de l'industrie. Délaisserait-on pour une fois les vols de passereaux ?

./...

Il ne faut pas cependant prendre les discours, les exposés d'intention au pied de la lettre. Différents travaux (17) ont montré à quel point la délinquance d'affaires échappe globalement à une perception en termes de déviance délictueuse. Et ceci, tant chez les infracteurs que chez les victimes et parfois même chez les agents officiellement chargés de la réprimer. Ainsi, la légitimité d'un contrôle en matière de criminalité d'affaires, aussi bien que le contenu, voire même, l'existence de cette notion, apparaissent comme peu claires et souvent inadéquates. Comme l'exprimait un de nos interviewés (industriel, responsable d'une organisation professionnelle) "Délinquance des affaires ? Je ne vois pas bien... Vous savez, dans la vie il y a les erreurs et il y a les fautes". Dans son esprit, la vie des affaires est parfois entachée d'erreurs. Quant à parler de "faute" et de délinquance, il y a un grand pas que beaucoup se refusent, comme lui, à franchir.

Toutefois, même si au niveau des opinions exprimées, le contrôle des délinquances d'affaires est souvent perçu comme une question pour le moins complexe, rares sont ceux qui déclarent ouvertement que l'on s'en préoccupe trop ou assez, même si c'est parfois le fond de leur pensée. Au-delà des mises en cause ponctuelles et souvent corporatistes du contrôle fiscal ou du contrôle des ententes entre entreprises par exemple, une large unanimité se fait souvent sur la nécessaire sanction des "gros fraudeurs", des "forbans du commerce" et autres "rapaces des finances" et "parasites des affaires".

Cette belle unanimité de surface est sans doute le permier piège que rencontre le chercheur dans le développement de son approche. Comme pour tout phénomène social, l'attention qui se porte aujourd'hui sur le contrôle de la délinquance d'affaires est sous-tendue par une série d'enjeux sociaux. Il s'agit de les expliciter en tout premier lieu, même brièvement, pour tracer une première grille de lecture.

## A . "Vos fraudes nous intéressent" ; délinquance des affaires et enjeux socio-politiques

Si en France depuis les années 30, au fil des scandales financiers, des "affaires", diverses instances de contrôle s'étaient spécialisées dans le traitement de cette délinquance, si l'appareil législatif et réglementaire s'était peu à peu précisé et affiné, il a fallu attendre 1969 pour voir apparaître la première tentative de définition, au niveau central du Ministère de la Justice, d'une politique à l'égard des infractions économiques et financières. Quelques mois plus tard, l'accueil réservé au rapport ARPAILLANGE a pu être considéré comme symptomatique du nouvel intérêt porté à ce sujet. Dans les années suivantes une série de circulaires interministérielles, de publications diverses, de procès retentissants et de congrès sont venus confirmer que le contrôle social de la délinquance d'affaires semblait désormais considéré comme un domaine important du contrôle social de la délinquance. La mise en oeuvre de notre travail (et d'autres sur le même champ DELMAS-MARTY, TIEDEMAN...) s'est faite dans le même temps.

./...

Diverses questions se posent sur le sens de la réorientation apparemment en cours. En effet tant sur un plan idéologique global qu'au niveau des pratiques concrètes des appareils répressifs il semblait évident, depuis plusieurs siècles, de limiter la délinquance aux meurtres et vols de biens et de sélectionner massivement la clientèle des tribunaux correctionnels dans le prolétariat et le sous-prolétariat.

Et voici que tranquillement, comme si la chose allait de soi et n'avait jamais posé de problème, "on" vient nous dire (mais qui parle ainsi ?) que la bourgeoisie aurait aussi ses délinquants et que l'illégalité ne serait pas le fait exclusif du classique "immoralisme des classes dangereuses" d'où pendant si longtemps est venu tout le "mal". L'apparition dans le champ des préoccupations sociales de la notion de "criminalité des affaires" ne peut être réduite à un phénomène d'évidence, à une évolution naturelle. Il y a là un fait social à analyser en tant que tel.

La prise de conscience progressive de l'existence de pratiques illégales spécifiques à la vie des affaires et leur lente criminalisation dans les consciences et les lois doivent tout d'abord être mises en relation avec les luttes sociales qui ont marqué chaque phase de ce processus. Il faut à ce niveau distinguer entre :

- les luttes menées vis-à-vis des institutions sociales dominantes par les luttes syndicales (hygiène et sécurité du travail), écologistes (pollutions industrielles, protection des sites), des consommateurs (prix, qualité des produits) et des groupes de pression constitués par les victimes de grandes escroqueries (Société civile immobilière...)

- et les conflits qui ont eu lieu au sein même des groupes au pouvoir entre fractions alliées, mais aussi rivales, de la bourgeoisie. Le laminage progressif du capital industriel par le capital financier à travers l'endettement des entreprises et les restructurations radicales qui en ont découlé ont multiplié les conflits et les règlements de compte ( 18 ). Cette contradiction ancienne, mais exacerbée par le contexte de la crise actuelle, s'est également accompagnée de la montée en puissance "dans l'appareil administratif, d'une technocratie interventionniste dont l'idéologie technicienne et les pratiques normatives rationnalisent les phénomènes de concentration industrielle. On peut ici donner deux exemples :

  * La mise en cause dans les années 70 des actions spéculatives menées par des sociétés civiles immobilières ("la garantie foncière", "les civiles foncières") a eu pour conséquence, au-delà de la protection des épargnants, d'écarter du marché de la construction de masse, la plupart des entrepreneurs individuels ou en petits groupes et d'en donner la maîtrise totale aux groupes bancaires (19)

./...

* Si les mouvements de consommateurs ont su imposer un droit nouveau, cela n'a pas été sans l'appui de fait des grands groupes de production et distribution. L'imposition de normes de qualité de plus en plus élevées a en effet exigé une modernisation drastique des équipements (conditionnement, congélation...) ce qui a amplement participé aux processus de concentration dans la branche alimentation ( 20).

On peut alors avancer que la mise en visibilité sociale de la "délinquance des affaires" est toujours à situer par rapport à ces deux niveaux de contradictions sociales : inter et intra-classes. Elle a été et demeure un enjeu dans les rapports antagonistes entre classes et fractions de classe qui peut être exprimé sous la forme de : "qui criminalisera les illégalismes de l'autre, dans quel but et avec quel succès ?". Conforter un rapport de force, faire reconnaître sa propre légitimité, en retirer à un adversaire ou le déstabiliser en portant atteinte à son crédit, voilà autant de stratégies opaques qui peuvent conduire une situation confictuelle à surgir sur la scène pénale et sous les yeux des médias. Le fait dommageable n'est que prétexte à l'actualisation du rapport de forces entre partenaires.

Enfin, s'agissant d'enjeu socio-politique relatif à la classe dominante et à ses pratiques, on ne peut ignorer ici les travaux de P. BOURDIEU sur le radicalisme de la petite bourgeoisie analysée, comme idéologie du ressentiment. Il relève en effet à quel point la dénonciation des "gros", des "exploiteurs", des "profiteurs", des "margoulins" est "un thème de prédilection de la tradition politique petite bourgeoise, de droite ou de gauche" (21). Il se demande alors si cette dénonciation "faite de ressentiment converti en indignation éthique", n'est pas sous ses airs de radicalisme "la plus mystificatrice des démystifications, en interdisant de saisir la logique spécifique du pouvoir". En effet selon lui, les fractions dominées de la classe dominante (professions libérales et surtout cadres intellectuels et techniques) adhérent totalement à l'exaltation de la compétence et à la méritocratie entretenues par les fractions dominantes et instrument de leur emprise socio-politique. Dénoncer les "200 familles", les "magnats de l'industrie et des finances" n'est-ce pas en fait s'indigner de ne pas avoir reçu "les profits et privilèges" auxquels les désignaient une qualification scolaire et une compétence intellectuelle et morale équivalente voire supérieure ? Cette forme de critique, sous-tendue par le ressentiment, opère donc à partir des mêmes valeurs et croyances, renforçant ainsi les bases de la domination qu'elle croit ébranler et s'en faisant complice en toute ignorance. Et n'est-ce pas en effet certains membres de la nouvelle petite bourgeoisie qui ont fait souvent de la dénonciation et du contrôle des délinquances d'affaires un enjeu professionnel ?

### B . "Vos fraudes nous intéressent aussi" : les enjeux professionnels

Enjeu dans les rapports socio-politiques le contrôle des infractions d'affaires est également un enjeu dans le champ des professions. Investir dans ce secteur

./...

a permis sous diverses formes à de nouveaux professionnels d'assurer leur reconnaissance en rompant avec des positions anciennes et en assurant la promotion de nouvelles valeurs. Le champ du savoir et des pratiques professionnelles peut être vu, en effet, comme un champ de forces où la hiérarchie des objets d'action est sujette à changement (22). Ceci est sensible aussi bien dans le domaine de la doctrine juridique que chez les magistrats et fonctionnaires spécialisés ou chez les chercheurs. Mais au-delà de la promotion de certains groupes, l'intérêt porté à la délinquance d'affaires a contribué aussi à la modernisation et à la relégitimation du droit et de la justice pénale.

1 - Il n'est peut être pas indifférent que l'on attribue aux juristes pénalistes la création de l'expression "droit des affaires" et "droit pénal des affaires". Dès 1948 le premier numéro de la Revue Trimestrielle de Droit Commercial comportait une rubrique de droit pénal des affaires, tenue par P. BOUZAT. Les commercialistes ne reprendront le terme que 13 ans plus tard avec le premier manuel de droit des affaires de R. SABATIER paru en 1961 (23). Cette modification de termes s'efforçait de rendre compte d'au moins deux changements :

- d'une part la vie économique n'était plus l'oeuvre des seuls acteurs individuels dont traite classiquement le droit privé. Les entreprises sous leurs multiples formes devenaient des agents économiques majeurs ;

- d'autre part, le découpage classique du droit en branches ayant chacune ses règles normatives, se heurtait aux besoins d'un droit organisateur et gestionnaire. Le droit des affaires délaisse les personnes pour les opérations. Il a une dimension pénale comme il a une dimension sociale ou fiscale. Il se rapproche plus de la gestion pragmatique de la vie industrielle que du juridisme classique et recherche plus de solutions que de principes. Le droit des affaires s'est ainsi progressivement imposé comme champ de connaissance légitime. Au-delà des différences d'enjeux sociaux, certains parallèles sont peut-être à faire avec le processus d'émergence du droit social (24).

Ce sont les pénalistes-criminologues, complétant l'étude des règles par celle des comportements qui ont amorcé le mouvement en considérant l'entreprise comme un lieu où se commettent des infractions et la vie des affaires comme un milieu criminogène. Certes, leur recherche n'a pas souvent dépassé les problématiques en termes de "pathologie des affaires" et de "mauvais entrepreneur". Elles n'en ont pas moins contribué à élargir les questions traitées par le droit pénal et à son ouverture sur les sciences humaines. Le juridisme strict s'est ainsi trouvé progressivement dévalué (ce qui n'a pas été sans conséquences fâcheuses, nous en reparlerons) au profit d'un courant moderniste plus soucieux de politique pénale que de théorie du droit. Et en notre domaine, l'adaptation du droit pénal aux nouvelles structures économiques et la recherche d'un meilleur contrôle de la vie des affaires ont prévalu sur les approches synthétiques de la question. D'où

./...

en quelques années une prolifération en ordre dispersé de dispositions pénales venant sanctionner au coup par coup des législations techniques (25).

2 - C'est également en mettant l'accent sur la notion d'entreprise (notion plus économique et sociologique que juridique) (26) qu'un certain nombre de magistrats du parquet a tenté de renouveler et d'étendre les pratiques en matière pénale. On parle aujourd'hui de "section financière du parquet", mais au départ c'est autour de la notion d'enteprise que s'étaient structurés de nouveaux modes d'intervention judiciaire. Ces magistrats sont souvent proches de ceux qui ont investi dans le droit social tant par leur trajectoire personnelle que par leur sensibilité idéologique. Moralistes chrétiens et/ou sympathisants, voire membres actifs du syndicat de la magistrature, ces parquetiers malgré leur position minoritaire, ont su imposer de nouveaux modes d'action et prendre en compte des contentieux jusqu'ici délaissés.

Cependant il faut reconnaître que leurs préoccupations ont été en partie reprises par les différents responsables de la politique judiciaire de ces dix dernières années. Dès 1969 le bureau de l'action publique de la Direction des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la Justice était scindé en deux : un pour les affaires pénales générales, l'autre pour les affaires économiques et financières. En 1975 une loi généralisa en principe les sections financières des parquets. M. PEYREFITTE dans son rapport sur la violence ne négligea pas la délinquance des affaires. Et en plein débat sur la loi "Sécurité et Liberté" il annonça que si le texte présenté concernait peu les délinquants d'affaires, "ils ne perdent rien pour attendre" (27). Bref depuis 15 ans, la répression de la délinquance d'affaires semble avoir acquis une place à part entière au sein de la justice. C'est vrai au niveau du discours et des déclarations d'intention. Nous montrerons plus loin qu'au niveau des pratiques la situation est toute autre. Mais ici peu importe, relevons simplement l'aspect apparemment incontournable du domaine.

On peut alors se demander si l'investissement réel pour les uns et symbolique pour les autres, fait en cette matière, ne peut être lu, aussi, comme une des tentatives développées pour redonner quelque crédibilité à cette justice pénale que tout le monde s'accorde à voir en état de crise. On entend habituellement par là, d'une part des problèmes de fonctionnement (lenteur, coût, manque de moyens...) mais aussi des problèmes plus complexes de mise en cause de la légitimité de cette institution. Une des critiques majeures adressée au système de justice, tant en son sein que dans son environnement social, a souvent porté sur les questions de partialité, d'"injustice". Depuis une dizaine d'années, en effet, le système de justice criminelle a perdu une très grande partie du consensus qui jusqu'alors, apparemment, confortait cette institution dans sa majesté et son secret.

./...

La délinquance des affaires a fourni de multiples exemples du traitement, privilégié par sa douceur, réservé fréquemment à ce type d'infraction et à leurs auteurs. Au niveau des pouvoirs publics on a alors tenté d'attirer l'attention sur les problèmes de délinquance astucieuse et d'affaires, de promouvoir une politique criminelle en ce secteur, de donner une visibilité plus grande à de tels dossiers dans l'opinion publique. Ceci afin de contrebalancer volontairement ou non les critiques mystifiant la soit-disant "neutralité" du droit et de l'appareil judiciaire et démontrant leur participation active aux structures de domination sociale.

Cette question de la légitimité a pris un accent particulier avec l'évolution du recrutement dans la magistrature. L'arrivée de couches sociales jusque là peu représentées, a, nous l'avons dit introduit de nouvelles sensibilités et une certaine évolution des pratiques. Elle a aussi donné une urgence particulière à la réhabilitation de la justice pénale. Ces nouveaux professionnels ont suscité des projets différents de ceux de leurs prédécesseurs afin de revaloriser leur fonction. Les ouvertures faites à la mise en oeuvre judiciaire du droit pénal des affaires ont sans doute amplement contribué à ces tentatives de relégitimation d'un secteur en crise.

Certains magistrats n'ont pas été les seuls à investir dans le champ du droit pénal des affaires pour édifier de nouveaux projets professionnels. On devrait retrouver chez certains avocats, experts-coupables, commissaires aux comptes mais aussi fonctionnaires des finances ou des douanes, des stratégies comparables.

3 - Pour les chercheurs, également, investir dans l'étude de la "délinquance d'affaires" n'a pas été non plus un choix indifférent. Certes "les intellectuels se trouvent toujours d'accord pour laisser hors jeu, leur propre jeu et leurs propres enjeux" (28). Réfléchir sur cette question n'est pas pur exercice de style.

En criminologie l'essentiel des discours tenus pose a priori la déviance ou la délinquance comme un fait d'évidence, une donnée de base. Et l'argumentation se développe pour démontrer de façon toujours plus sophistiquée la réalité de cette différence là. Après avoir rempli des bibliothèques de travaux sur la délinquance des couches populaires, travailler sur la "délinquance des affaires" ne serait-ce pas d'abord vouloir donner le change ? N'est ce pas vouloir racheter ou réorienter la criminologie dominante en démontrant qu'il y a aussi une délinquance ailleurs que là où la répression s'obstine. Ce serait dire qu'une délinquance existe (coûteuse, sophistiquée, liée aux pouvoirs), non pas là où on la cherche, mais là on ne veut pas regarder, dans les marges des affaires et pas seulement dans les grandes banlieues, ou pire, au coeur de la cité et pas seulement dans ses bas-fonds.

./...

Travailler dans ce sens ce serait d'une part se tailler une compétence, un créneau dans le champ de la criminologie en y introduisant de nouveaux objets. Et la criminologie critique ou radicale n'a pas manqué de saper les présupposés de la criminologie classique en l'interpellant sur ses silences en matière de "délinquance d'affaires". Plus globalement ce serait aussi participer au renouvellement et au renforcement d'une "discipline" : en demandant une égale répression pour tous les infracteurs, y compris les "puissants". Tout en validant cette exigence par la démonstration de la dangerosité de cette délinquance trop longtemps ignorée. Ce serait greffer un intérêt scientifique et professionnel sur d'autres intérêts, présentés plus haut, en les aidant à formuler une politique pénale s'attaquant au problème en cause. Comme le suggère BOURDIEU, un tel radicalisme peut-il être autre chose que le masque de l'impuissance, dénonçant plus un immoralisme et une incompétence technique qu'une structure de pouvoir ?

Notre projet est de type sociologique dans la mesure où son premier souci est de déconstruire les fausses évidences qui saturent le domaine et où il s'interroge d'entrée sur les enjeux dans lesquels il s'inscrit lui-même. Notre propos ne sera pas de démontrer que les appétits et les jeux cupides des "grands rapaces" des affaires sont plus préoccupants que les révoltes des passereaux. Ils s'agira au contraire de montrer :

- comment le milieu des affaires a, comme tout milieu, des illégalismes spécifiques et entretient depuis toujours des rapports non dépourvus d'ambiguité avec la légalité.

- comment a été produite l'occultation de ces pratiques en tant que "délinquance" et institutée leur gestion en tant que "problème". Ou mieux, comment les illégalismes échappent à la pénalisation ?

- comment le droit et les appareils administratifs et judiciaires s'insèrent dans les dispositifs de contrôle en ce domaine.

- comment s'est constituée cette apparente unanimité répressive sur quelques secteurs émissaires et quels effets ont ainsi été produits de préservation d'un côté, de stigmatisation de l'autre.

./...

# Première partie

## DU "CRIMINEL EN COL BLANC" A LA "GESTION DES ILLEGALISMES"

## DEFINITION DE LA DEMARCHE

# Chapitre I

## LES FAUSSES EVIDENCES

"Elle a des yeux ! A vous faire
oublier qu'elle est chauve..."

(A. ALLAIS)

La "délinquance des affaires" est pour la recherche un trop beau sujet. Trop beau pour être honnête. Que l'on parle de ces "cols blancs" champions de la fraude par ordinateur, des grandes escroqueries internationales organisées en "industrie du crime" ou de l'art des sociétés multi-nationales pour pratiquer l'évasion fiscale ou exporter leurs pollutions, la fascination l'emporte souvent sur l'objectivation, la réprobation sur l'explicitation. On entre, sans le vouloir, dans le scénario policier ou la fable, et, l'apparence des faits est à ce point forte que l'on en oublie souvent d'interroger leur trop grande évidence.

Tous les travaux sociologiques importants n'ont pourtant cessé de répéter cette donnée de base : la délinquance est d'abord une question de définition. Elle n'existe pas en elle même, chaque définition est socialement construite ( 1 ). Parler de "délinquance" c'est donc parler d'un faux objet d'évidence dont certains s'échinent à démontrer la naturalité pour mieux occulter leur rôle de définisseur. Cependant, (et là le langage nous alerte) par rapport à la délinquance "ordinaire" (il y aurait donc une délinquance extra-ordinaire ?) par rapport à la délinquance de "droit commun" (il y aurait donc des droits d'exeption ?), bref par rapport aux délits traités le plus souvent par les tribunaux correctionnels, ceux liés à la vie des affaires présentent certaines particularités qui en rendent l'abord particulièrement piégé. Ces pièges sont au moins de trois sortes :

- ceux provenant des ambiguïtés propres à la criminologie : pièges du passage à l'acte
- ceux provenant des enjeux politiques d'un tel sujet : pièges de la dénonciation politique
- ceux provenant de ses aspects juridiques et judiciaires : pièges du légalisme nostalgique.

## A . L'Arlésienne et ses ombres : les pièges du "passage à l'acte"

Employer le terme de "délinquance", même atténué de guillemets, c'est se référer à la pensée criminologique. Cette discipline qui prétend analyser les violations de la loi se contente souvent de répondre à une question non explicitée. Discourant sur "la délinquance" ne parle-t-elle pas surtout d'une Arlésienne et de ses ombres ? D'autre part, longtemps accaparée par la légitimation des poursuites visant les classes populaires au point d'y perdre souvent toute crédibilité, la criminologie ne cherche-t-elle pas aussi à se refaire une virginité en s'intéressant aux passages à l'acte des "cols blancs" et des "cols dorés" ?

./...

Contrairement à beaucoup de secteurs de la criminologie comme la délinquance juvénile, l'usage des drogues... où l'on a pris conscience des ambiguités du domaine et où l'étude des formes de réaction sociale est considérée comme un préalable incontournable, la "délinquance des affaires" (désignée au singulier) continue à fasciner pour elle-même. Dans la presse, les faits divers d'argent ont même parfois pris la place des faits divers de sang. Un journal comme le Canard Enchaîné étant aux premiers, ce que France-Soir voire Détective sont aux seconds. D'autre part, l'actualité récente tant filmographique ("Le Sucre, "La banquière"...) que journalistique (procès Paris-Bas, affaires des renifleurs) pourrait laisser croire que la visibilité sociale des délinquances d'affaires a acquis une force telle qu'il serait aujourd'hui possible d'étudier directement cette criminalité. Rien n'est plus trompeur que cette agitation momentanée des médias. Il importe alors de rappeler les différents niveaux de filtrage qui entravent tout regard global sur le phénomène. Avant de caractériser ces verres déformants, on peut s'arrêter un moment sur les raisons de cette fascination par les techniques de fraude en affaires.

## 1 - Une dangereuse fascination

La fascination exercée par les techniques de fraude provient essentiellement de trois types de facteurs. Tout d'abord le secteur des délinquances d'affaires se trouve encore bien naturellement sous l'emprise des orientations classiques en criminologie centrées sur l'étude des passages à l'acte. De plus les "passages à l'acte" en notre matière ont traditionnellement été perçus comme reposant sur des mécanismes plus complexes, plus astucieux et en renouvellement constant par rapport à ceux relevant de la criminalité dite "banale". D'où leur fort attrait intellectuel pour le chercheur. Enfin un troisième type de facteur provient du moralisme strict des précurseurs en ce domaine, aujourd'hui relayé par un souci "politique" ou de critique sociale. L'une et l'autre de ces attitudes conduisent à renouveler sans cette la démonstration que les membres des classes dominantes n'échappent pas aux pratiques délicteuses et que le pouvoir qu'elles exercent n'est pas toujours aussi respectueux du bien commun et de l'ordre public qu'elles veulent le faire croire. Tradition criminologique, intérêt intellectuel et souci de critique sociale se conjuguent ainsi avec force pour maintenir une focalisation importante sur l'analyse des techniques de fraudes. Avec en arrière fond, plus ou moins explicite, l'idée que ces cas, ces dossiers seraient un reflet plus ou moins déformé de la délinquance d'affaire dans son ensemble.

Il semble inutile de reprendre dans le détail les nombreuses objections adressées aux approches criminologiques centrées sur l'étude des passages à l'acte pour les appliquer à notre objet spécifique. Faisons simplement deux remarques. Tout d'abord l'essentiel des travaux abordant telle ou telle forme de délinquance d'affaires a toujours été basé sur des sources informatives et des données (essentiellement des dossiers judiciaires ou administratifs) saisies, non à l'origine de l'information, mais fournies par une agence de contrôle spécialisée. Le monde des affaires fonctionnant

./...

ordinairement au secret ne peut qu'être imperméable à toute investigation directe à plus forte raison quand on prétend saisir ses illégalismes. L'accès aux sources est ici un problème majeur.

D'autre part, nous le préciserons plus loin, tous les processus habituels de visibilité, de renvoi et de prise en charge des infractions par les agences de contrôle social, se révèlent en notre domaine d'une complexité toute particulière. De telle sorte qu'il est possible d'avancer que les dossiers de délinquance d'affaires saisis au niveau des instances administratives ou judiciaires ne constituent qu'une partie minime de ce secteur de délinquance, sans aucune garantie quelconque de représentativité et vraisemblablement issus des parties les moins complexes et les moins implicantes, ce que nous nous attacherons à démontrer.

2 - Reportabilité et prise en compte des infractions

Pour qu'il y ait "délit d'affaires", pour qu'un événement à caractère frauduleux acquière socialement le statut d'infraction par la mise en oeuvre d'une réaction sociale plus ou moins formelle, il est indispensable que soit accompli un long processus, tant matériel que symbolique, de signalement. Processus essentiel, situé entre l'évènement amorce du du conflit et son émergence sur la scène sociale de la délinquance. Processus déterminant car un événement délictueux sans visibilité, ou ne s'étant pas vu appliqué de qualification pénale ou n'ayant pas été finalement pris en compte par une agence de contrôle, s'il constitue un illégalisme par référence aux normes légales, n'existera jamais socialement comme acte délinquant. Et à plus forte raison ne pourra figurer dans aucune statistique. L'entrée sur la scène pénale, la mise en visibilité sociale ne sont donc pas des processus aussi évidents que ce qu'il paraît à première vue.

Un exemple récent illustre parfaitement ce point. Si en 81, il n'y avait pas eu en France changement de majorité, si la politique de nationalisation des banques avait été moins absolue, si les dirigeants du groupe Paris-Bas s'étaient soumis au lieu d'agir (en toute légalité) pour faire échapper une partie de leur entreprise aux nationalisations, cette affaire de circuit organisé de fuites des capitaux aurait-elle eu le retentissement public qui a été le sien ? Cette chaîne d'illégalismes aurait-elle été repérée ? L'administration des douanes ne se serait-elle pas contentée (comme à son habitude) des importants dédommagements financiers que lui accorde son pouvoir de transaction ? Aurait-on vu cette centaine d'inculpés plus respectables les uns que les autres, en correctionnelle ? Et d'ailleurs tous les utilisateurs de la filière y ont-ils été assignés ? Incertitudes en cascades, bien téméraire celui qui oserait répondre. Peu importe d'ailleurs, l'exemple suffit à faire sentir le poids des conjonctures sur la visibilité, le renvoi et la prise en compte de telles infractions, et le cumul des relativités dans l'application du droit caractérisant les illégalismes d'affaires.

./...

a) La visibilité d'une infraction est une condition première et très aléatoire variant selon les facteurs suivants :

- facteurs contextuels : il s'agit ici des contextes de lieux et de temps. Tout d'abord il va de soi que le lieu ou cadre de commission d'une infraction tient un rôle important dans les chances qui sont les siennes d'être ou non repérable. Les communications par téléphone ou télex, les ententes conclues en assemblées clandestines dans des lieux de séminaire laissent moins de traces et sont moins aisément identifiables qu'une absence de comptabilité ou qu'un abus de bien social simpliste (achat d'une maison aux frais de l'entreprise...). Plus l'entreprise constitue une organisation complexe, plus elle dispose d'une zone de "privacy" inviolable. Des accords pour fausser la concurrence ou l'organisation systématique de l'évasion fiscale deviennent indémontrables, voire indécelables entre filiales d'un même groupe. De même, les entreprises bénéficiant de garantie d'Etat sont a priori, hors du camp de tout contrôle réel ne serait-ce que sur le plan comptable, l'Etat ne pouvant en toute hypothèse, être considéré comme susceptible de commettre des abus de biens sociaux. Peut aussi jouer un contexte temporel qui fait que selon les périodes historiques et les conjonctures, tel ou tel secteur peut se trouver l'objet d'attentions spécifiques et donc avoir à endurer des coups de projecteurs inattendus. Ce fut le cas pour les Sociétés Civiles Foncières en France dans les années 70. C'est actuellement la situation douloureuse que vivent les syndics auprès des tribunaux de commerce dont le ministère public se met soudainement à éplucher la gestion après plusieurs décennies de laisser-faire. Il faut enfin compter aussi sur ce que l'on a appelé "une visibilité émotionnelle". Comme ce fut le cas, il y a cinq ans en matière d'accident du travail après l'affaire Huillaume.

- facteurs structurels : on peut ici distinguer entre les facteurs inhérents au fait délicteux lui-même et ceux relatifs à son auteur. Sur le premier point, il serait long et fastidieux de comparer entre elles les infractions mais un minimum d'attention révèle qu'il existe une marge considérable dans les risques de visibilité entre les infractions réalisées matériellement sans ambiguïté (fraude sur la qualité ou les prix, manque d'hygiène ou de condition de sécurité, non-dépôt de bilan dans les 10 jours de l'état de cessation des paiements...) et celles qui, pour apparaître, exigent un travail d'investigation et de construction important à partir d'indices faibles (faux bilan, ententes, abus de bien social sophistiqué...).

D'autre part, il va de soi, mais cela mérite d'être rappelé, que selon son auteur, une même infraction dans un contexte "apparemment" similaire peut avoir une visibilité radicalement différente. Ainsi l'inculpation du dirigeant d'une société familiale posera beaucoup moins de questions d'opportunité que celle du dirigeant d'une entreprise importante au plan local et à plus forte raison, au plan national. D'autre part, différents travaux ont montré que la distinction bon/mauvais dirigeant n'avait pas de sens en soi. Il faut toujours tenir compte du fait que certaines

./...

entreprises par les enjeux qu'elles représentent et appuis dont elles bénéficient, peuvent bien moins que d'autres se trouver en situation difficile ne serait-ce qu'à l'égard de leur banque. Un crédit leur est assuré quel que soit l'état réel de leur gestion, en vertu d'autres enjeux.

- facteurs idéologiques : ce troisième facteur souligne une autre évidence ; n'est visible que ce qui est regardé. Or, en matière de déviance et de délinquance, et à plus forte raison quand il s'agit d'incriminations relativement récentes et différentes des stéréotypes habituels en matière de criminalité, la visibilité ne va pas toujours de soi. Des entretiens avec des responsables des milieux économiques ont montré à quel point pour eux les termes mêmes de délinquance d'affaires ou d'entreprises sont dépourvus (apparemment) de sens. Des attitudes du même type se retrouvent aussi bien chez les consommateurs que chez certains salariés, actionnaires et même responsables des agences de contrôle social en notre domaine. On préfèrera souvent pratiquer la dénégation en réduisant la question à un "problème", une "difficulté" ou une regrettable bavure. Mais quant à parler de "délinquance". Le terme apparaît comme trop marqué. Il y a les erreurs et il y a les fautes. Au plan idéologique, la délinquance d'affaires ne relève le plus souvent que de la première catégorie.

Ces facteurs se combinent souvent entre eux pour maintenir les infractions en notre domaine hors de toute visibilité réelle. Ils demeurent des illégalismes au sens que FOUCAULT donne à ce terme en l'opposant à celui de délinquance. Mais ce n'est pas parce qu'une pratique délictueuse est visible qu'elle sera pour autant signalée. Encore faut-il qu'il y ait renvoi.

b) Le renvoi est lui aussi dépendant d'un certain nombre de facteurs. Précisons avant de les détailler que nous ne traiterons pas ici des situations de renvoi secondaire entre agences spécialisées et justice pénale. Nous ne traiterons que du premier niveau de renvoi, celui qui se situe entre le fait délictueux et son premier et toujours éventuel, signalement. Les renvois du second type réfèrent à d'autres logiques, essentiellement des stratégies de pouvoir à l'égard du système judiciaire.

- facteurs contextuels : pour qu'un processus de renvoi puisse être mené à bien encore faut-il qu'il existe un récepteur ou un destinataire. Par boutade on pourrait objecter qu'il est toujours possible d'aller voir le procureur de la république, certes ! Mais en réalité, quand une infraction a été repérée et qu'existe un sentiment de victimisation, un problème majeur reste en suspens : auprès de qui porter plainte ? Ce n'est pas que les agences spécialisées dans le repérage de ces infractions fassent totalement défaut. Au contraire, nous verrons plus loin à quel point elles sont nombreuses. Ce qui fait défaut, c'est surtout la connaissance de leur rôle et des possibilités de recours qu'elles offrent. On ne connaît qu'une agence spécialisée dans la recherche des infractions : la police. En dehors d'elle, les issues entrevues sont rares et la discrétion, voire le secret dont ces agences entourent leurs actions, n'est pas fait pour élargir l'éventail des opportunités de renvoi perçues comme accessibles.

./...

Un autre aspect de ce facteur contextuel provient de la rétention très souvent effectuée par ceux qui ont connaissance de pratiques frauduleuses, discrétion qui soudain se brise pour des raisons d'intérêt ou de simple vengeance (dirigeant ou responsable évincé, actionnaire mécontent, concurrent jaloux...). Cette dimension de règlement de compte serait dérisoire si elle ne constituait souvent le point de départ de dossiers très importants en matière d'entente, d'abus de biens sociaux, de fraude fiscale sophistiqués... Secteurs pour lesquels à en croire les spécialistes, les investigations d'initiative sont le plus souvent infructueuses. Le renvoi au pénal relève alors du règlement de compte.

- facteurs structurels : on retrouve ici la distinction opérée précédemment entre les facteurs relatifs à l'infraction et ceux relatifs cette fois à l'auteur du renvoi.

La nature de l'infraction repérée va jouer un rôle important dans le renvoi dans la mesure où son évidence et sa lisibilité ne pourront qu'accélérer le processus alors que sa complexité la freinera. Soit un commissaire aux comptes d'une société cotée en bourse, confronté à une situation de faux bilan caractérisée. Si ce bilan est faux par une surestimation de l'actif débouchant sur la distribution de dividendes fictifs, sa position sera facile à définir et il y a de fortes chances pour qu'il en informe la Commission des opérations de Bourse ( 2 ) et peut-être le parquet. Par contre si ce bilan est faux par sous-estimation de l'actif, il comprendra qu'il s'agit là, à l'évidence, d'une attitude fiscale destinée à minimiser les sommes imposables dans le contexte d'une année de très bons résultats. Ce sera pour lui un signe indirect de prospérité pour l'entreprise, il ne relèvera donc pas l'infraction. Et ceci d'autant moins qu'il sait les difficultés qu'il rencontrera chez les bénéficiaires du renvoi pour leur faire accepter le caractère intentionnellement délictueux de l'opération. Dans ce dernier cas, le renvoi ne s'effectuera pas, le commissaire aux comptes se contentera de remarques verbales à l'égard des dirigeants. Ainsi joue dans le renvoi non seulement l'existence d'un destinataire mais aussi les anticipations faites sur la matière première que celui-ci est le plus apte à saisir. Si un "cas délictueux" semble par trop éloigné ou trop flou pour le créneau occupé par les bénéficiaires possibles du renvoi, le processus risque d'être interrompu.

Le renvoyant type est en principe la victime mais une double condition doit être ici remplie : il faut que quelqu'un s'estime être une victime, il faut aussi que celui-ci s'estime en mesure de porter efficacement plainte. G. KELLENS ( 3 ) a bien montré l'éclatement de la dualité classique auteur-victime en matière de délinquance d'affaires. Ici il y a rarement dommage direct et le sentiment de victimisation demeure faible. Ceci nous renvoie aux vieux débats entre "criminalité vraie" (celle qui serait unanimement réprouvée par la collectivité) et "criminalité artificielle" ou par convention (celle édifiée par le législateur). Faute de victimisation ressentie, le renvoi s'opérera difficilement.

./...

Relevons à cet égard une tendance récente à accepter les plaintes de "victimes collectives", essentiellement des associations de consommateurs, de résidants dont les initiatives ont été reconnues en matière de publicité mensongère, ententes, et protection de l'environnement. Cette pratique a nettement accentué les réactions répressives en ces matières. D'autre part une observation même rapide révèle que tous les renvois n'ont pas le même poids. Toutes les personnes susceptibles d'être renvoyants n'étant pas dans des positions identiques de pouvoir, leurs possibilités d'action vont ainsi considérablement varier. Le renvoi est là aussi très dépendant de l'anticipation faite par le signalant potentiel, de l'accueil et des suites qui seront faites à sa plainte. Ici plus qu'ailleurs, la victime individuelle, isolée (un actionnaire, un consommateur...) consciente de sa faiblesse, s'abstiendra le plus souvent. Ou bien elle mettre en oeuvre une stratégie relai par le biais d'une association spécialisée inscrivant son intérêt individuel dans un intérêt collectif.

- facteurs idéologiques : tout autant qu'en matière de visibilité se font sentir, ici, les facteurs idéologiques. Dans le cas précédent jouaient en fait les représentations de la déviance et de la délinquance (qu'est-ce qui est répréhensible socialement et qu'est-ce qui ne l'est pas ?). Ici on ressent la nette influence des représentations sur l'existence, la légitimité et les modalités d'action des systèmes de contrôle spécialisés. Plus la proximité d'une de ces agences est grande et plus ses pratiques (ce qu'elle peut recevoir et traiter) sont connues et comprises, plus le renvoi peut s'opérer facilement. "La conduite de renvoi dépendra donc de "l'adéquation perçue de telle ou telle modalité de contrôle à tel ou tel actes réputé délinquant" ( 4 ). Ces dimensions de légitimité et d'adéquation tiennent en notre matière une place encore plus importante qu'en matière de délinquance commune. Si la seconde est perçue en termes de "fautes" et relève donc d'une intervention judiciaire (civile ou pénale), la première est surtout perçue en termes "d'erreurs". On préfèrera de beaucoup pour elle, un règlement à l'amiable, une rectification et de toutes façons une procédure secrète et peu stigmatisante. On craindra toujours que "les choses n'aillent trop loin", le pire étant un procès public, redouté moins pour les sanctions sur lesquelles il peut déboucher que pour la rupture du secret des affaires qu'il effectue et l'atteinte à l'image sociale que constitue tout contact avec le système pénal.

S'il y a eu visibilité et renvoi, le processus de signalement ne viendra à terme que s'il est suivi d'une prise en compte.

c) La prise en compte des signalements en notre matière ne se pose pas ici de façon réellement spécifique. Le signalement peut être refusé, enregistré et classé ultérieurement sans suite, être réglé en totalité par l'agence saisie, donner lieu à un nouveau signalement vers une agence plus répressive essentiellement par transmission au parquet. Ici aussi jouent cependant des facteurs contextuels. En particulier le niveau de saturation/disponi-

./...

bilité de ces agences aux faibles effectifs à un impact direct sur la sélection des signalements reçus. On retrouve là les phénomènes d'auto-régulation bien connus au niveau de la police et du parquet ( 5 ).

Quant aux facteurs structurels, ils sont relatifs à la matière première transmise : quelle infraction, quels auteurs. On ne peut résumer ici en quelques lignes tout ce qui a été développé sur la problématique de reconstruction d'objet. Retenons seulement que la destination qui sera donnée au signalement reçu dépendra en grande partie de l'aptitude de cette "matière brute" à être moulée (reconstruite) dans les formes types traitées habituellement par l'agence concernée. On rencontre ici, avec une force toute particulière, l'importance du droit, plus exactement, l'importance de la mise en forme faite par le droit de telle situation-problème, de tel conflit. Nous traiterons ce point en détail ultérieurement ( 6 ). Disons cependant que le choix de la forme juridique retenue semble souvent déterminant. Un même fait appréhendé selon les catégories du Code Pénal, n'aura pas le même destin judiciaire que s'il est qualifié en fonction d'autres textes ayant une orientation pénale moindre. Notre droit pénal est dans ce sens beaucoup plus hétérogène que ce que l'on croit, il offre un large éventail de qualifications possibles.

Les facteurs idéologiques se manifestent surtout au travers de la conception que les agents se font de leur rôle ou que l'on souhaite leur voir tenir. A ce niveau joue au moins un double phénomène. Tout d'abord, nous l'avons dit à plusieurs reprises, la judiciarisation et la pénalisation des "problèmes" signalés est une hypothèse toujours redoutée. On préfèrera le plus souvent une pratique d'évitement du pénal d'où le développement massif dans toutes ces agences spécialisées d'une idéologie de la prévention. "Prévention" de l'infraction certes, mais aussi et parfois surtout de l'intervention pénale. Des travaux sur l'inspection du travail ( 7 ) et sur les services de répression des fraudes ( 8 ) ont bien illustré cette tendance. Nos travaux sur l'administration fiscale, le contrôle des pollutions industrielles, la C.O.B. ou la Commission de la concurrence ont débouché sur des constatations similaires. Les agences spécialisées dans le contrôle de secteurs particuliers de la vie des affaires fonctionnent plus selon des logiques de gestion et de régulation que selon une logique classiquement répressive.

D'autre part on note aussi l'influence des logiques de pouvoir de chacune de ces agences qui aura tendance pour renforcer ses positions à accueillir de nombreux signalements quitte ce faisant à élargir parfois considérablement son champ de compétence initial. L'évolution actuelle de la Commission des opérations de Bourse en France vers une sorte de magistrature morale générale des sociétés cotées en constitue un bon exemple. De plus ces logiques de pouvoir se manifestent aussi dans la tendance très générale de l'ensemble de ces agences spécialisées à régler par elles-mêmes un maximum de dossiers. Le dessaisissement au profit d'une autre agence et en particulier au profit de l'appareil judiciaire ne

./...

s'effectue pas toujours aisément et ne va jamais de soi. Ceci contrairement à un "pénalocentrisme" qui montre l'essentiel des filières de signalement convergeant vers l'appareil judiciaire. Un travail considérable reste à accomplir pour préciser cas par cas les critères qui gouvernent le choix du signalement ultime à l'appareil judiciaire.

On le voit donc, avant qu'un dossier ne naisse au plan judiciaire, il est déjà lourd d'une longue histoire.

On ne peut donc qu'être réservé sur les approches qui se focalisent exclusivement sur les affaires spectaculaires. Certes, ce type de dossiers a souvent le mérite de mettre à jour dans le détail, le mode de fonctionnement de certains mécanismes judiciaires et certains aspects des enjeux socio-politiques qui les traversent. Par contre, ils créent un effet idéologique qui déforme considérablement la pratique judiciaire en laissant sous-entendre que l'ordinaire est à l'image du particulier. Ce n'est en fait que de façon exceptionnelle que la justice pénale s'attache à de tels dossiers. Même dans ce secteur prestigieux autant que redouté de la répression de la délinquance d'affaires, le quotidien est le plus souvent sans gloire et reste conforme aux orientations fondamentales du système pénal dans son ensemble.

Si au niveau des intentions proclamées on annonce toujours une battue impitoyable contre les "gros fraudeurs" et rapaces des affaires, nous verrons que l'essentiel de la clientèle de la justice pénale est formé de vols de passereaux, escrocs, banqueroutiers et petits patrons du commerce et de l'industrie, auteurs d'infractions contraventionnelles en matière de réglementation des transports et du travail. Prétendre tenir un discours d'ensemble sur les délinquances d'affaires à partir de données saisies au niveau judiciaire est donc un projet scientifiquement indéfendable. L'image fournie par de telles données est en effet déformée par une telle succession de régulations extérieures, que l'on ne saisit plus à ce niveau que les ombres hétérogènes de cette, par trop, fascinante Arlésienne.

## B . Le mythe des "gros" ou le piège de la dénonciation politique

### 1 - Des "200 familles" aux monopoles

"Les gros, c'est simple, ce sont ceux qui jouent avec l'argent des autres", pourrait-on dire en plagiant A. DUMAS. S'intéresser aux infractions d'affaires ce serait alors mettre en évidence "les illégalismes des gros", ceux qui restent le plus souvent dans l'ombre et débouchent rarement sur la scène pénale. Et ce ne serait que justice puisqu'il y aurait toujours "deux poids et deux mesures", l'un pour les "gros" et l'autre pour les "petits, justement ! Selon que vous serez puissant ou misérable... Deux mythologies se superposent parfaitement dans l'idéologie politique française, celle opposant en tout simplisme "gros" et "petit", les premiers "profitant", les seconds "trinquant". La dénonciation des "gros", la mise en cause, à travers l'étude de leurs illégalismes de la légitimité du pouvoir exercé, apparaît aujourd'hui, le plus souvent, comme un projet sous-tendu par une critique sociale de gauche. C'est simplifier une mythologie autrement plus complexe.

La métaphore des "200 familles" et ses différents avatars a eu depuis la 2° partie du XIX° siècle un succès constant d'un bout à l'autre de l'échiquier politique. Thème mobilisateur prétendant réconcilier au-delà des clivages traditionnels "le peuple" contre "un petit groupe de capitalistes sauvages et apatrides", la "vraie France" contre "la finance cosmopolite" et les monopoles ( 9 ).

Chaque formation politique en a livré son interprétation. Lieu commun du discours politique dans les années 30, le mythe survit encore avec quelque actualisation.

L'image d'une couche de parasites exploitant le peuple provient de Saint Simon. Mais on attribue la paternité de la formule à DALADIER qui lança en 1934 au congrès du parti radical : "Deux cent familles tiennent les rênes de l'économie française. L'emprise des deux cent familles pèse sur le système fiscal, sur les transports, sur le crédit. Les deux cent familles placent leurs mandataires dans les cabinets politiques. Elles agissent sur l'opinion car elles contrôlent la presse".

Le parti communiste lançait alors constamment des appels du type : "Tous debout contre les voleurs" (L'Humanité - 5 août 1935). A un degré moindre la presse socialiste mène des attaques semblables, selon L. BLUM et P. FAURE "il faut en finir avec l'oligarchie d'une poignée d'individus qui rançonnent la nation, la trahissent au besoin, oppriment la masse des citoyens" (Le populaire - 5 avril 1936). La droite et surtout l'extrême droite ne sont pas en reste dans leurs appels au sursaut national. "Le régime que connaît la France est essentiellement ploutocratique. Tous ceux que l'on appelle des fascistes n'ont jamais demandé autre chose que l'écrasement des puissances d'argent et des grands

./...

trusts" (P. GAXOTTE - Candide, 16 avril 1936). La composante anti-sémite du mythe, déjà nettement présente à droite s'affichera pleinement pendant la période de Vichy. On la trouvait déjà clairement énoncée dans certains écrits de L.F. CELINE : "On parle des deux cent familles, on devrait parler des cinq cent mille famille juives qui occupent la France" (10).

Le Gaullisme à ses débuts n'est pas sur des positions radicalement différentes. Dans le premier journal du R.P.F., J. NOCHER écrit : "La France crève d'être livrée en pâture à deux mille familles de combinards" (L'étincelle, 26 janvier 1948). Plus tard P. POUJADE s'en prend aux "rapaces" et aux "puissances financières apatrides et inhumaines" qui "écrasent les petits" (11).

Dans la période plus récente, c'est surtout dans le discours du parti communiste d'un côté et de l'extrême droite de l'autre que le mythe se maintient, même si certaines fractions de la droite libérale (surtout R.P.R.) déclarent à l'occasion vouloir "mater les féodalités" pour assurer la "grandeur nationale" (J. CHIRAC 1978).

- "Hier deux cent familles, aujourd'hui c'est une dizaine de groupes financiers et industriels qui règnent sur l'économie du pays" (XIX° congrès du P.C.F.) (12)
- Enfin l'extrême droite trouve toujours dans des auteurs comme Beau de Loménie, dénonçant obsessionnellement "la responsabilité des dynasties bourgeoises", l'expression la plus étoffée de la thèse du pillage de la France par quelques familles, consolidant de génération en génération et de régime en régime leurs premiers accaparements (13).

La dimension transpolitique de cet unanimisme apparent désigne à notre attention toutes les ambiguïtés d'un tel mythe. Cette dénonciation presque ininterrompue, allant de "la vague des affairistes Orléanistes" aux "grands monopoles de la finance et de l'industrie", traduit en son fond le ressentiment et l'impuissance du monde de la petite boutique et de l'entreprise familiale. C'est une forme d'anti-capitalisme primaire propre à la petite bourgeoisie traditionnelle qui voit son idéologie du labeur et du mérite individuel, comme moteur de l'ascension sociale, mise en échec par les restructurations économiques. C'est également un mythe à prétention unificatrice occultant les conflits et contradictions sociales au profit d'une tentative de réconciliation nationale. Cette dimension a été particulièrement sensible dans les arguments de la gauche, en particulier de 1936 à 1978 voire à 81.

2 - Mais au fait, quels "gros" ?

Question de définition complexe car on est toujours le "gros" de quelqu'un et faute de critère explicite on entretient souvent, en toute innocence, la mythologie. Quelques "dossiers" récents l'ont encore montré. Les diverses publications du groupe Hersant se sont attachées, fin 83 et début 84, à travers le contrôle fiscal de J.B. DOUMENG, à

./...

démontrer qu'une fois encore les "gros" échappaient aux règles communes. Et que d'autre part "les gros" n'étaient pas toujours là où on les cherchait. Ce à quoi l'Humanité et le Matin répliquaient par de larges articles sur l'affaire "Elf-Erap" et les avions renifleurs mettant en évidence tous les particularismes du fonctionnement d'un "gros" immergé dans l'appareil d'Etat.

Plus original sans doute et plus révélateur est cet article du Monde sur la fin des audiences du procès Paribas paradoxalement intitulé "La vaine attente du fraudeur" (18 janvier 1984). J.M. THEOLLEYRE écrit : "... aucun de ces hommes et de ces femmes qui font amende honorable collectivement ne peut être tenu pour un fraudeur considérable et moins encore pour l'archétype de citoyen sans foi ni loi, faisant passer de sordides intérêts personnels avant celui de la patrie". Les sorties illicites de capitaux sont pourtant établies, leur montant varie, certes, mais se compte quand même souvent en millions de francs. Alors où réside la déception, s'attendait-on à voir défiler à la barre les éternelles "200 familles" tout aussi cupides qu'apatrides ? C'est une curieuse image de la légalité qui est ainsi développée, mais la réalité juridique importe sans doute moins ici que sa déqualification idéologique. Intéressant syllogisme : la justice n'aurait saisi que les "petits", ce ne sont donc pas des fraudeurs. On attendait (en vain) les vrais fraudeurs, les "gros", une fois encore, ont échappé.

Cette mythologie réductionniste qui s'acharne sur "les gros" et les "forbans des affaires" occulte une réalité autrement plus complexe, celle des structures de la classe dirigeante et de son système de pouvoir. Quelques travaux de science politique se sont attachés à l'analyse du "patronat" (14) et des relations entre milieux d'affaires et pouvoirs politiques (15). Deux constats se dégagent au moins de ces analyses menées par des chercheurs venant d'horizon très différents : les groupes dominants de la vie des affaires tant économiques que publiques ne peuvent être appréhendés qu'en terme de réseaux et non en terme de carte. D'autre part ces réseaux ne peuvent être conçus que comme étant en interaction constante avec les autres groupes sociaux et non comme une entité autonome, détachable, un clan.

a) - Les réseaux du pouvoir : comme le note J.N. JEANNENEY (16) la notion de milieux d'affaires est "bienvenue par son flou... et dangereuse pour la même raison". Elle désigne cependant les responsables des entreprises industrielles, commerciales et financières dont l'importance économique (capital, emploi, chiffre d'affaires) les situe en tête des typologies (17). Malgré les limites d'un tel cadrage, il semble difficile d'aller plus avant dans la définition tant il y a d'exceptions et de fluctuations dans les réseaux, tant les critères strictement économiques se révèlent insuffisants pour appréhender seuls le crédit, l'autorité, l'influence d'une entreprise ou d'un dirigeant.

./...

L'histoire sociale de "l'élite du pouvoir" est peu avancée. Tous ceux qui s'y sont attachés s'accordent pour exclure tout déterminisme familial (origine, alliance) : "Déduire de liens de famille l'automatisme de constantes complicités, c'est ignorer la portée essentielle de tant d'antagonismes intestins qui sont d'observation courante". S'il est abusif de voir des automatismes dans les relations et les dépendances, il n'en demeure pas moins que les origines et alliances familiales, les cursus scolaires et les positions tenues successivement, permettent de dresser des cartographies de réseaux d'influence définissant "les milieux du pouvoir". A condition d'une part de ne pas les clore, il y a toujours des trajectoires individuelles déviantes (les "cavaliers" d'industrie et de la politique (18) . Et d'autre part, de ne pas omettre les contradictions qui les traversent ou d'ignorer leurs conflits internes. Certes le conseil de régence de la Banque de France (19) ou le Comité des Forges (20) pesèrent à certains moments historiques d'un poids considérable. Mais c'est à tort qu'on projette sur eux l'image de machines de guerres unanimes ou qu'on conçoit l'ensemble des milieux d'affaires calqué sur leur modèle. Les réseaux de pouvoir et d'influence sont souvent traversés d'autant de connivences que d'antagonismes.

P. BOURDIEU et M. de St MARTIN (21) proposent une cartographie du patronat organisé autour de deux axes : l'un oppose privé/public (lieu avec la bureaucratie d'Etat), l'autre distingue selon l'ancienneté (de la personne ou de l'entreprise) dans la situation de préséance. L'espace ainsi défini "fait apparaître un ensemble d'oppositions toutes liées entre elles qui décrivent principalement les modes de domination et de reproduction différents". On y décèle deux grands groupes :

- les patrons des grandes sociétés industrielles fortement liées à l'Etat, issus des familles de haut fonctionnaires ou de professions libérales, qui doivent leur position à un capital social de relations hérité et accumulé par le passage dans la bureaucratie d'Etat et à leur capital scolaire ;
- les patrons privés, héritiers de grandes familles de la bourgeoisie des affaires ou parvenus issus de la petite bourgeoisie qui ont fait des études relativement courtes et toute leur carrière dans le privé.

J.N. JEANNENEY (22) estime pour sa part que le type d'approche précédent "éclaire la définition des situations plus que la connaissance des solidarités... les proximités n'informent en rien sur ce qui prévaut dans la vie réelle des connivences et des antagonismes qui pourtant sont seuls à même de faire comprendre les mécanismes socio-politiques en mouvement et spécialement les pouvoirs du patronat". Il préfère alors comme mode d'approche l'étude biographique de quelques personnages clés situés dans des positions stratégiques. C'est ce qu'il fit en étudiant la trajectoire et les implications de "François de Wendel en République"(23).

./...

b) - Des réseaux et des relais :

ce n'est pas parce qu'on renonce à la mythologie des "200 familles" pour la figure des réseaux que tous les écueils sont évités. La dichotomie triviale des "gros" et des "petits" tend toujours à se réimposer et il est souvent tentant de considérer les "réseaux du pouvoir" comme un groupe clos imposant d'un extérieur, aux autres groupes sociaux, sa domination, sous la forme d'impératifs contraignat et aussitôt obéis. Certes le champ du pouvoir économique dispose d'une autonomie relative, mais "il n'est de domination qui puisse se maintenir sans se faire connaître en faisant méconnaître l'arbitraire qui est à son fondement" (24). Les travaux de P. BOURDIEU démontrent amplement à quel point les groupes dirigeants ont assuré leur emprise, en particulier sur la petite bourgeoisie salariée et non salariée, par l'imposition d'habitus culturel où se mêlent la vénération de "l'aristocratisme de la naissance", le "méritocratisme du succès scolaire et de la réussite économique", "le culte du profit déguisé en exaltation de la productivité" mais aussi le goût de la préséance et de l'art de vivre bourgeois sans oublier "l'idéologie du service public". Cette adhésion, aux valeurs fondamentales de ce mode de domination et à la violence symbolique qu'il exerce en disqualifiant les pratiques fondées sur d'autres bases, assure une très forte légitimité aux groupes dirigeants.

P. BIRNBAUM (25) utilise, lui, la métaphore de "la chaine de solidarité" pour décrire l'importance des appuis idéologiques et politiques apportés à la classe dirigeante par des fractions non négligeables des autres classes sociales y compris de la classe ouvrière. S'il est donc possible de cerner une classe dirigeante consciente de sa spécificité et assurant sans cesse sa reproduction elle ne s'en trouve pas moins reliée aux autres classes par la redistribution des biens matériels et symboliques qu'elle opère. Elle se trouve également soutenue et légitimée de l'extérieur par les valeurs et croyances qu'elle a imposé, et qui "extorquent en douceur aux dominés, leur complicité".

Le détour peut paraître bien long. Il n'en était pas moins indispensable et quelques exemples en feront saisir toute la portée. Nous avons mentionné dans la section précédente l'importance des idéologies professionnelles des agents chargés du contrôle dans la mise en visibilité, le renvoi et la prise en compte des illégalismes d'affaires. La légitime autorité dont bénéficient a priori les dirigeants de grandes entreprises, les positionne face à un inspecteur du travail, des impôts ou des installations classées de façon pour le moins plus favorable que lorsqu'il s'agit d'un petit entrepreneur ou commerçant. L'interaction qui se noue alors pour le repérage et la qualification des faits n'a plus grand chose à voir, idéologiquement, avec celle de type policier ordinaire (26). La façon dont va s'opérer la mise en oeuvre des catégories juridiques s'en trouvera profondément modifiée. A plus forte raison lorsqu'il s'agit de pairs (ingénieurs des ponts ou des mines, inspecteurs des finances...) se retrouvant face à face, l'un représentant une autorité publique, l'autre une entreprise.

./...

Toutefois, ce rapport ne joue pas à sens unique comme producteur exclusif de connivence ou d'occultation. La présence croissante de nouvelles fractions de classe dans l'administration publique (magistrature, impôts, travail, douanes...) et leur syndicalisation ont suscité de nouveaux positionnements des agents de contrôle et sanction. On retrouve ici en partie l'analyse faite par P. BOURDIEU sur la dénonciation des "gros" et sur le radicalisme, où il ne voit qu'une "critique du ressentiment". Peut-on se contenter de n'y lire comme lui que "le masque de l'impuissance" (27). Sans pré-juger de leur impact réel, les pratiques de ces acteurs n'ont-elles pas contribué à créer de nouvelles contradictions ou du moins à en accentuer certaines ? Si c'est abusivement que l'on a pu parfois parler de "pratique de rupture", certaines actions spectaculaires ou régulières n'ont-elles pas cependant modifié la grille de lecture, le code de langage et d'image qui fonde aujourd'hui les représentations des divers groupes sociaux (patronat inclus) en matière d'illégalismes d'affaires ?

Se défaire de la mythologie "des gros" c'est donc dépasser le niveau d'une dénonciation politique simpliste et mystificatrice pour s'orienter vers la compréhension des différentes techniques et des processus de pouvoir qui permettent aux illégalismes des groupes dirigeants de bénéficier de modes de règlement spécifiques. Plutôt que de dénoncer leur absence des tribunaux correctionnels, il s'agit de comprendre les formes de régulation qui les préservent.

## C . Un puzzle non-figuratif : les pièges du légalisme

Autre lieu commun, autre piège, il n'est pas rare d'entendre explicitement exprimé, ou tacitement formulé, à propos de la sanction des délinquances d'affaires : "ce qu'il nous faudrait, c'est un bon droit répressif et une justice pénale efficace". Ce propos nostalgique sur l'incomplétude du droit et le plus ou moins grand laxisme judiciaire en notre matière mérite quelque attention.

Une première interrogation se présente : quel statut donner au droit dans notre démarche ? Est-il l'outil unique qui permettrait de baliser notre champ de recherche ? Suffit-il de prendre les catégories juridiques en tant que telles et de mesurer leur niveau d'application ? Peut-on se contenter d'inventorier les infractions prévues par les textes, d'en exposer les composants légaux et d'en compter les mises en oeuvre ? Ne considère-t-on pas alors le droit comme un système clos, de règles fixes, ayant des effets connus et s'imposant autoritairement à tous de façon équivalente ? Le droit ne serait alors qu'une commande univoque dont on évaluerait réussites et échecs.

Il y a dans une telle orientation, souvent reprise, des ambiguïtés que l'on peut relever à deux niveaux au moins :

- les catégories juridiques, font-elles plus que baliser un espace où interviennent aussi bien d'autres variables ?

- demander au droit une efficacité directe, quantifiable, mesurable, attendre de lui une modification des situations sociales (la fraude, la pollution, le risque industriel...) n'est-ce pas en bouleverser la cohérence interne en confondant règle du jeu et outil thérapeutique ?

Beaucoup de travaux émanant de juristes ont eu tendance à faire entre autre du droit pénal des affaires non un objet de recherche, mais leur outil principal d'investigation. S'interrogeant sur la mise en oeuvre des infractions pénales en ce domaine et mettant en évidence de multiples niveaux d'ineffectivité, ils ont privilégié un domaine peu analysé, celui de l'application du droit. Malgré son intérêt, une telle démarche demeure incomplète tant qu'elle ne s'interroge pas aussi sur les catégories juridiques dont elle étudie la mise en oeuvre. Nous envisagerons tour à tour ces deux dimensions.

### 1 - Le puzzle des infractions

Une démarche d'apparence simple se présente à l'esprit. Le droit pénal des affaires pourrait se résumer en un catalogue d'infractions réprimant de multiples comportements. Ces infractions existent, il suffirait d'en dresser l'inventaire et d'observer dans les statistiques judiciaires les condamnations qu'elles entraînent. Un premier niveau de critique sur l'absence de représentativité d'un tel matériau a déjà été présenté plus haut. Il en est un second qui concerne cette

./...

fois son contenu et qui pourrait se formuler de la façon suivante : quelles infractions retenir et de quoi nous parle chacune d'elle ?

Le critère juridique strict est ici d'une ambiguïté totale dans la mesure où le champ très vaste des incriminations possibles mêle des infractions du droit pénal commun (escroquerie, abus de confiance, chèques, faux et usage de faux) avec des infractions appartenant à des droits spécialisés (droit commercial, financier, législation économique et sociale, droit pénal du travail, législation sur l'environnement...) sans qu'une cohérence d'ensemble ne s'en dégage. Une typologie a été proposée par M. DELMAS-MARTY qui a regroupé autour de quatre axes le puzzle épars des qualifications juridiques : atteintes à l'ordre public financier, à l'ordre public économique, à l'ordre public social et atteintes à l'autorité publique. Cette classification délaisse cependant les incriminations générales (surtout escroquerie, usage de faux...) qui sont toujours des qualifications utilisées dans la pratique judiciaire pour la poursuite de dossiers importants quand des délits plus spécifiques ne peuvent être solidement établis. Le problème de la preuve guide souvent le choix des qualifications retenues.

On pourrait aussi par exemple, proposer une distinction entre des infractions de délinquance d'affaires "par nature", celles qui concernent à coup sûr notre domaine (abus de biens sociaux, abus de positions dominantes, droit pénal du travail...) et les infractions de délinquance d'affaires par destination, c'est-à-dire celles qui peuvent être utilisées pour qualifier des faits de cette nature mais de façon non exclusive (escroquerie, faux, abus de blanc-seing, fraude fiscale, publicité mensongère...). Mais qu'y gagnerait-on ?

Surtout, il faudrait savoir dépasser la configuration statique des textes pour tenir compte de la dynamique des processus judiciaires. En effet, par rapport à la réalité que l'on s'efforce de prendre en charge, le droit opère par construction. Il code une situation-problème, un conflit, il le nomme et le met en forme afin qu'il devienne "litige" susceptible d'un traitement contentieux. Le processus de qualification des faits prend ainsi une place centrale dans le règlement. Il permet d'édifier un dossier qui soit opérant sur le plan administratif et/ou judiciaire, c'est-à-dire constituant dans son ensemble un discours efficace de démonstration et de persuasion (28). Là, les qualifications retenues seront finalement les principaux organisateurs du fonctionnement administratif ou judiciaire. Or, une même série de faits est susceptible de recevoir des qualifications diverses. Celle qui sera finalement retenue apparaît souvent comme étant plus révélatrice du processus de poursuite lui-même (quelle idéologie professionnelle sous-tend les pratiques, quel investissement en temps et en personne peut-on faire dans tel dossier, veut-on une condamnation rapide, veut-on aller au-delà du constat d'infractions formelles etc...) que des faits qui l'on déclenché.

./...

Ces remarques faites, regardons les statistiques de condamnations prononcées en matière astucieuse, économique et financière. Elles se répartissent de la façon suivante :

| | EFFECTIFS | | | % | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1976 | 1977 | 1978 | 1976 | 1977 | 1978 |
| . d'escroqueries, abus de confiance et faux | 11 271 | 11 162 | 12 107 | 37,3 | 35,9 | 36,3 |
| . de droit pénal du travail ..... | 6 338 | 7 129 | 7 677 | 20,9 | 22,9 | 23 |
| TOTAL ..... | 17 609 | 18 291 | 19 784 | 58,2 | 58,8 | 59,3 |
| . d'infractions à la Sécurité Sociale .. | 5 057 | 4 431 | 4 118 | 16,7 | 14,3 | 12,4 |
| . d'infractions à la législation économique ..... | 3 883 | 4 279 | 5 214 | 12,8 | 13,8 | 15,6 |
| TOTAL ... | 8 940 | 8 710 | 9 332 | 29,5 | 28,1 | 28,0 |
| . d'affaires de banqueroutes et d'infractions à la législation sur les sociétés ..... | 2 627 | 3 084 | 3 148 | 8,8 | 9,9 | 9,4 |
| . d'infractions fiscales et douanières | 1 067 | 1 003 | 1 075 | 3,5 | 3,2 | 3,2 |
| TOTAL ... | 3 694 | 4 088 | 4 223 | 12,3 | 13,1 | 12,6 |

TABLEAU N° 1 : EVOLUTION DES CONDAMNATIONS (°) EN MATIERE ASTUCIEUSE, ECONOMIQUE ET FINANCIERE A PARTIR DE 1976

./...

(°) Condamnations pour crime, délits et contravention de 5° classe, prononcées contradictoirement.

En se basant donc sur le nombre de condamnations prononcées, l'image de la délinquance astucieuse et d'affaires poursuivie apparaît assez différente des perceptions habituelles. En effet, les infractions auxquelles on pense immédiatement dès qu'il est question de délinquance d'affaires (affaires de société, fraude fiscale et douanière) ne tiennent, au moins quantitativement, qu'une place très modeste dans l'ensemble des activités judiciaires.

Ceci peut d'autant plus surprendre qu'il s'agit également des types d'infractions auxquels est attribué l'essentiel du coût social (29) de la délinquance. D'autre part, il faut également relever que les condamnations qui dominent dans cet ensemble :

- portent sur des domaines où l'on trouve beaucoup d'infractions contraventionnelles (contraventions en matière du droit du travail et de la sécurité sociale : près de 40 % de l'ensemble)

- et font une place massive aux condamnations pour escroquerie, abus de confiance et faux en écriture privée : secteur terriblement ambigu parce qu'il mêle de façon inextricable des délits mineurs occasionnés par des individus isolés ou de petits affairistes et des grandes fraudes organisées. On peut ainsi qualifier juridiquement de la même façon la simple utilisation d'un chèque volé, une importante affaire immobilière ou une escroquerie financière internationale. Il est de plus notoire qu'en cette matière les fraudes de faible ou moyenne importance l'emportent très largement sur les grandes escroqueries d'affaires (30 ).

Si l'on compare maintenant l'ensemble de ces condamnations au total des condamnations prononcées en matière pénale générale (crime, délit et contravention de 5° classe), on constate :

- que les infractions astucieuses et d'affaires ne représentent que 7,4 % des condamnations,
- et que les infractions financières (affaires de société commerciale, fraudes fiscales et douanières) représentent moins de 1 % du même ensemble.

| Jugements contradictoires et sur opposition | Ensemble des condamnations pénales, crimes, délits et contraventions de 5° classe | Ensemble des condamnations en matière astucieuses et d'affaires | Ensemble des condamnations à caractère financier |
|---|---|---|---|
| Effectifs 1978 | 431 582 | 31 958 | 4 223 |
| % | 100 % | 7,4 % | 1 % |

TABLEAU N° 2

Le fossé apparaît immense entre la vigueur apparente de certains propos et la réalité des pratiques répressives. L'abondance des textes et la multiplicité des agents de contrôle produisent peu de sanction pénale. Sur la base de ces constats s'est développée une problématique de l'ineffectivité qui mérite quelque attention.

## 2 - Les problématiques de l'ineffectivité ou comment penser l'écart droit/société

La double question de l'effectivité/ineffectivité est de celle qui saisit le sociologue du droit, tôt ou tard, dans sa pratique de chercheur. Qui le "saisit" en ce sens qu'il s'agit moins le plus souvent pour ce dernier de définir le concept d'effectivité que de le "découvrir", tout naturellement, au détour de quelque observation du développement du système juridique, d'en subir l'évidence apparente, surtout si ce sociologue se préoccupe d'étudier les modes de réception du droit dans la sphère sociale. L'effectivité tendra alors à constituer dans sa recherche l'instrument conceptuel d'évaluation de ce degré de réception, le moyen de mesurer des "écarts" entre pratique et droit (31).

Le poids de ce concept dans sa tradition socio-juridique française n'a d'égal que l'absence de toute véritable analyse de sa place dans un système politico-juridique, et de l'emploi qui en est fait au regard de la légitimation de ce système.

Le statut explicatif général de ce concept lui confère dans le cadre de la recherche en sociologie du droit une valeur toute particulière, puisqu'il permet de mesurer, sous différents aspects, l'état de la séparation droit/société. D'une manière ou d'une autre, c'est toujours sur une mesure des "écarts" que s'appuient les interrogations portées par le sociologue du droit sur la forme juridique et son accomplissement dans la sphère sociale. De ce point de vue, les sociologues sont, tout autant que les juristes positivistes, héritiers des effets du légalisme, et ce n'est pas sur ce point que se pose la question de l'usage du concept d'effectivité.

Ce qui paraît en revanche plus important, c'est de relever les différences d'emplois du concept, et des notions qui y sont reliées, au regard d'une théorie de l'évolution du droit : en effet, si la référence à l'écart est constante, la définition des termes de l'écart peut varier considérablement d'une recherche à une autre, entraînant une définition implicite du fonctionnement social du droit. La maîtrise des effets induits des définitions principales nous semble être aujourd'hui la difficulté majeure d'une discipline de recherche qui puise ses matériaux à l'intérieur d'une science juridique non homogène, c'est-à-dire comportant elle-même des définitions multiples de l'être social du droit.

./...

Notre pratique de recherche en sociologie du droit nous a amenés dans un premier temps à faire usage des instruments de mesure des "écarts", par référence à la tradition beaucoup plus que par véritable construction d'objet (32). Il nous paraît important aujourd'hui de faire le point sur les emplois théoriques et pratiques d'un concept, qui semble moins fonctionner comme "technique" que comme référence implicite à un certain fonctionnement de l'ordre juridique.

En procédant chronologiquement dans ce repérage, nous avons pu dégager trois directions successives dans la définition de l'écart droit/société :

- on peut tout d'abord relever un questionnement en termes de "lacunes" de la loi, formulé de l'intérieur du système juridique, et visant à définir tantôt une plasticité de la règle au regard de l'évolution sociale (lacune positive), tantôt une insuffisance de la règle par rapport à sa logique propre de fonctionnement (lacune négative).

- ensuite une interrogation en terme d'effectivité de la règle, dans laquelle l'interaction droit/société est saisie sous l'angle du comportement : des individus vis-à-vis du droit.

- enfin, une recherche formulée en termes d'"efficacité" globale du droit, qui évalue la réalisation du droit en fonction du but social, et non par rapport aux représentations et aux actions individuelles.

Nous caractériserons brièvement, ici, ces trois modes d'approche.

a) Une formulation des écarts en termes de lacunes, ou l'option normative

1 - A son point de départ (c'est-à-dire sous le premier Empire), l'existence de lacunes en droit n'a été nullement formulée dans les termes d'un dysfonctionnement de l'ordre juridique. L'incomplétude des lois était au contraire considérée comme un moyen d'adaptation de la règle à l'évolution sociale, par l'intermédiaire de l'"interprétation" de la loi (33).

La validité du système du droit repose non sur ses effets sociaux, mais sur la combinaison adéquate des différentes productions de trois sources du droit : loi, jurisprudence, coutume. Si la loi est première, son application peut, et même doit être guidée par la jurisprudence, qui l'adaptera à l'évolution sociale. Au moment de la codification, PORTALIS déclarait expressément que la "loi ne peut tout prévoir, et ne le doit pas, sous peine de figer l'évolution des règles" (34) GENY reprendra plus tard cette conception, en indiquant que le législateur devait "laisser des blancs" dans ses constructions, afin de permettre au juge d'adapter les règles aux situations nouvelles (35). Cette conception des lacunes positives nous ramène dès lors à la question plus générale du rôle du juge et de la jurisprudence dans la création du droit.

./...

Les juristes positivistes supposent que le juge aurait reçu "délégation" de la part du législateur de combler les lacunes de la loi ou que le pouvoir législatif a par "acceptation tacite" authentifié telle évolution jurisprudentielle (36). Cette conception formaliste ne s'est jamais imposée et c'est au contraire un pouvoir de plus en plus autonome qui a été reconnu à la jurisprudence en tant que "force créatrice du droit" selon l'expression de G. RIPERT (37). Ainsi pour M. VILLEY "... partout s'impose à nous le fait qu'une très grande partie du droit est d'origine jurisprudentielle" (38). Les juristes-sociologues tel HAURIOU et les précurseurs de la sociologie juridique comme GURVITCH systématiseront cette conception d'une jurisprudence sensible aux "forces vives" des mouvements sociaux et "introduisant la vie dans le droit". Leur point de vue reste cependant très légaliste, pensant la question du changement en droit à travers les formes juridiques classiques. Dans le rapport du droit aux faits sociaux l'essentiel demeure la qualification juridique des situations nouvelles, des "poussées sociales" pour reprendre l'expression de GURVITCH : la loi donnant pour cela des principes fondamentaux, les juges useront de leur pouvoir d'interprétation pour donner un "sens" juridique aux différentes situations sociales.

Cette positivité du droit n'est cependant pas sans limites et le mécanisme jurisprudentiel a été complété par le jeu de la réforme législative et réglementaire, organisée suivant le cadre offert par les règles civiles, commerciales, et pénales des codes napoléoniens. Le renouvellement du droit s'appuie sur ce double mécanisme, à la fois judiciaire et politique, ce qui a permis à certains juristes de définir, à côté des "lacunes", proprement dites des "creux législatifs" nécessitant l'intervention du législateur (39). A côté des droits "génériques", concernant les biens, les personnes, ou la chose publique, on a vu se multiplier des droits particuliers au XIXº siècle : droit bancaire, des assurances, des sociétés commerciales ; au XXº siècle : droit de la circulation terrestre, droit des transmissions, droit médical, droit de l'environnement, etc...

C'est dans le contexte de la création de ces "droits" adaptés à des situations particulières que s'est dessinée une conception différente de la notion de lacune, entendue cette fois comme "manque", et appelant l'intervention du législateur.

2 - Les lacunes comme failles de la loi : cette question des lacunes, entendues comme "faille" ou "manque" peut être posée au niveau global d'un ordre juridique pris dans son ensemble ou au niveau particulier de telle ou telle législation. Si le premier niveau renvoie aux travaux de théorie du droit et en particulier à ceux de KELSEN (40), le second a justement puisé beaucoup d'exemples dans les problèmes de réglementation économique, sociale et financière;

Ce sont les juristes sociaux, animés d'un projet permanent de réforme, qui ont mis l'accent de façon marquée sur les failles de la législation. Pour eux, c'est la règle

./...

de droit qui doit organiser directement toutes les situations concrètes, ce qui conduit à la production de règles spécialement adaptées : on ne fait plus confiance à la jurisprudence seule pour rénover une législation dépassée. L'absence de normes adaptées paralyse l'activité juridique et au-delà porte atteinte aux conditions de la régulation sociale.

On pourrait ici multiplier les exemples d'analyses mettant l'accent sur les insuffisances du droit en vigueur. Nous présenterons plus loin une sélection de travaux dans le domaine du droit économique et social, qui a fourni, tant en France qu'à l'étranger, une source privilégiée de références. Ces travaux laissent apparaître deux types principaux de faille de la législation : faille par obsolescence et faille par absence.

b) Une formulation des écarts en terme d'effectivité, ou l'option "sociologique"

Selon le point de vue normatif encore bien vivant chez les juristes, la question des effets sociaux du droit n'appartient pas à la définition de la règle et n'entre pas en ligne de compte dans l'évaluation de sa validité intrinsèque. Cette perspective classique a été ébranlée par l'irruption de questionnements "sociologiques" sur l'impact des règles juridiques. Un juriste classique comme SAVATIER a pu écrire à cet égard qu'une "norme sociale même rendue obligatoire par un texte juridique, ne s'appliquera que si elle est sociologiquement praticable. La justice que poursuivent les règles de droit à partir d'un système de valeurs doit toujours être accompagnée d'une étude de praticabilité sociologique" (41). Cette question de la "praticabilité" sera reformulée par J. CARBONNIER en une étude sur l'effectivité du droit (42) qui sera avec son approche du pluralisme juridique (43) un des axes essentiels de sa sociologie juridique et de celle de ses successeurs (44).

Mais il faut être plus précis dans la caractérisation de cette formulation de l'effectivité : alors que la terminologie des lacunes demeurait interne à la théorie juridique, celle-ci s'en détache, pour obéir à des impératifs pragmatiques et programmatiques. Ce type de questionnement s'est développé essentiellement à la périphérie du travail législatif (études d'opérationnalité, préparation de réformes). Tant à l'étranger (45) qu'en France on se doit de prendre en considération dans l'analyse des conditions de production du concept, le poids des commanditaires de recherche en sociologie juridique (46).

Délaissant la question de la validité théorique et de la génèse des normes juridiques on assiste ainsi depuis une vingtaine d'années à la prolifération dans tous les pays occidentaux de productions de recherches centrées sur la validité concrète de ses normes et de réforme d'une législation. Le phénomène double face de l'effectivité/ineffectivité (47) est ainsi l'aune à laquelle s'apprécie la validité du droit.

./...

La question de la légitimité de la règle tend alors à se déplacer. C'est l'état des pratiques sociales qui doit fonder la législation, la légitimité devient un problème de consensus.

La notion de mesure, et tous ses outils de quantification ont ainsi fait leur apparition dans un domaine jusque-là réservé à l'étude doctrinale ou jurisprudentielle.

Pour présenter ces travaux il est nécessaire de les réunir autour de deux axes, l'un définissant l'effectivité des normes, l'autre l'effectivité du contrôle du non-respect des normes. Comme le soulève J.F. PERRIN, le premier axe traite du comportement des sujets, le second s'attache à l'application des sanctions (48). En notre domaine, rares sont les travaux qui ont porté sur le premier aspect, à savoir la connaissance et la résistance au droit. La sociologie des illégalismes économiques saisie du point de vue des hommes d'affaires reste encore à faire (49). Par contre beaucoup de travaux ont porté sur le second aspect, l'effectivité/ineffectivité de l'action des instances de contrôle. Le point de départ de l'analyse réside dans le fait que toute violation d'une norme ne s'accompagne pas automatiquement d'une sanction. L'ineffectivité du processus répressif vient alors se substituer à l'ineffectivité de la norme prescriptive. Les recherches en ce domaine mettent l'accent sur trois phases du processus de sanction : la détection de la violation, son traitement, son issue, chacune correspondant à un lieu de possible ineffectivité.

Les limites et obstacles à la mise en oeuvre des législations ont souvent été présentés comme trouvant, sinon leur source, du moins la cause de leur extension, dans le non-agir des autorités publiques chargées d'en assurer le respect. Traitant de l'inertie et de la tolérance des pouvoirs publics, G. RIPERT dira qu'il est "des lois qui paraissent ne pas avoir été votées" (50). Il situera une des grandes causes "d'insécurité juridique" dans la pratique administrative quand l'autorité n'a pas la force ou l'habileté nécessaire pour assurer à tout instant l'exécution des lois (51). Nous présenterons plus loin une synthèse des travaux réalisés dans cette perspective qui traitent l'ineffectivité comme un dysfonctionnement du droit et débouchent souvent sur les propositions de réforme législative afin de réduire les écarts constatés entre le droit, les opinions et les comportements (ceux des sujets de droit et ceux des agents de contrôle et sanction). Une telle perspective s'inspire plus ou moins consciemment de la sociologie fonctionnaliste où systèmes et sous-systèmes doivent s'emboîter harmonieusement, sous réserve de la préservation de "marges de liberté" qui permettent le jeu de la volonté des acteurs et la mobilité relative de l'ensemble (52).

Mais dans son acception originelle, la notion d'ineffectivité est un concept critique du seul système judiciaire, dont la visée est de permettre une harmonisation de ce système au regard de la légalité. Le concept qui y est relié est celui de la "positivité" des règles de droit, qui dépasse

./...

la question de la validité de ses sources mais inclut la "réalité" de son fonctionnement. A l'heure actuelle on peut constater un abandon des perspectives strictement légalistes (c'est-à-dire visant à une légitimation de l'état de droit) au profit d'approches plus pragmatiques, se fondant sur le concept voisin "d'efficacité" du système juridique.

c) Une formulation des écarts en termes d'efficacité ou l'option économique

Ce mode de questionnement sur les effets du droit, radicalise la perspective précédente au point de conduire à de profonds changements dans la nature de l'ordre juridique auquel il se réfère, et le système de rationnalité qui le sous-tend. Cela revient à s'interroger sur la validité et la légitimité du système juridique hors de toute référence à sa source ou à ses effets, mais en relation directe à ses résultats sociaux. La norme juridique est redéfinie selon un modèle purement instrumental, qui la met en concurrence avec d'autres "moyens" sociaux de réalisation des buts. Avant de caractériser la restructuration de l'ordre juridique qui se dessine là, il importe de préciser les conditions d'appréhension de cette "efficacité" par la sociologie du droit. En effet, comme pour l'effectivité, on constate que l'évaluation de la rentabilité du système juridique s'effectue de manière négative, c'est-à-dire par référence à son inaptitude à gérer la réalité sociale.

La démonstration de l'inefficacité peut se faire au niveau des objectifs visés : la législation n'a pas atteint l'objectif qu'on lui avait fixée ou bien au plan des effets à éviter (des effets pervers) : la législation a produit d'autres résultats que ceux attendus.

1 - L'ineffectivité est appréciée directement lorsqu'on considère que les résultats attendus de telle ou telle règlementation ne sont pas obtenus. On se réfère alors, à un "but idéal" sous-entendant une vertu d'opérationnalité directe des textes. Ainsi l'ensemble formé par la législation sur le travail sera considéré par certains auteurs comme inefficace dans la mesure où, compte-tenu de l'activité judiciaire réduite, elle ne permettrait pas de remplir son objectif général de protection des travailleurs (53) en particulier ceux qui sont dotés de pouvoirs syndicaux (54). De la même façon l'ensemble de la législation en matière de protection de l'environnement est considéré comme inefficace dans la mesure où il apparaît que les pratiques polluantes se maintiennent à un niveau élevé (55). De même enfin en matière financière la prolifération des législations répressives est considérée comme étant sans grand effet sur la moralisation du monde des affaires (56). On dit alors que ces législations ont une effectivité relative dans leur mise en oeuvre mais n'ont pas l'efficacité sociale attendue.

./...

Plus largement encore, le renouveau des investigations sur la notion de peine comme moyen de prévention générale s'inscrit dans le même type de questionnement (57). Postulée chez les auteurs classiques comme BENTHAM (58) et FEUERBACH (59) la question de l'efficacité dissuasive " a priori" de la menace de sanction est aujourd'hui une hypothèse de travail fréquente dans le secteur criminologique (60).

Comme le souligne P. GUIBENTIF (61) encore faudrait-il voir préciser ce qui fonde de tels jugements. Est-ce l'intention du législateur, les objectifs poursuivis par l'autorité chargée de la mise en oeuvre ou les attentes des acteurs sociaux concernés qui servent de point de référence à l'évaluation ?

2 - Un autre mode d'approche plus argumenté, met l'accent sur les effets pervers des législations dans leur détail. On part alors de la constatation selon laquelle un texte conduit à un résultat différent de celui que l'on escomptait ; la loi n'a pas atteint la cible qui lui était désignée. Les conducteurs respectent bien l'obligation du port de la ceinture mais le nombre des accidents graves augmente. Des entreprises sont bien condamnées pour infraction à la législation économique mais le montant des amendes est comptabilisé dans les prix de revient ou répercuté dans les prix de vente (62). Il s'agit dans tous les cas d'étudier les effets "différés" ou "indirects" (63) de l'application de la loi dans la lignée des travaux de R. BOUDON sur les effets pervers des lois de démocratisation de l'enseignement supérieur (64).

La norme juridique entre alors dans le champ des techniques de "social engineering" et se reformule à travers des catégories fonctionnelles telles la survie de l'entreprise (65) "l'intérêt de l'enfant" (66) la "protection des consommateurs" (67) la "protection des salariés" (68). La loi, règle générale et abstraite, se trouve de plus en plus concurrencée par des normes de type administratif, particulières à des objets précis, à fondement technique et en redéfinition constante. Cette transformation essentielle dans la source et la structuration du système légal est à mettre en relation avec les besoins croissants d'adaptabilité imposés par les rapports socio-économiques et techniques du capitalisme et de sa restructuration contemporaine (69).

La validité du droit ne se mesure plus à l'état de sa cohérence interne. Interrogé sur ses lacunes puis sur son effectivité le système juridique est de plus en plus questionné en termes d'efficacité, de productivité sociale immédiate. L'ordre symbolique qu'il structurait se trouve alors ébranlé par la constitution d'un nouvel ordre juridique gestionnaire, qui réclame la participation de tous. Les effets de ces transformations ne sont pas encore mesurables : ils concernent très certainement la question des sources du droit, le principe de légalité, l'organisation des procédures et la définition du sujet de droit.

./...

On ne peut donc, en toute innocence apparente, se situer dans une perspective qui ne viendrait que renforcer les mesures, voire les dénonciations, des prétendus échecs du droit. C'est au contraire la "positivité" globale du système de fonctionnement des règles qu'il faut envisager dans toutes ses dimensions et ses effets qu'ils soient d'apparence "positive" ou "négative". Il s'agit donc de problématiser tant les catégories juridiques que leur application différentielle. Le droit définit un espace d'action où interviennent d'autres variables, c'est l'analyse de l'ensemble des phénomènes de mise en oeuvre des règles qui intéresse alors le sociologue. Il se refuse à considérer négativement certains effets ; "failles", "ineffectivité", "inefficacité" sont pour lui des faits sociaux à part entière qui ne sont pas en dehors du système de régulation mais bien une de ses composantes, une de ses productions.

# Chapitre II

## CHOIX D'UNE DEMARCHE

"La science dans son besoin d'achèvement comme dans son principe, s'oppose absolument à l'opinion... L'opinion pense mal ; elle ne pense pas : elle traduit des besoins en connaissances. En désignant des objets par leur utilité elle s'interdit de les connaître. On ne peut rien fonder sur l'opinion : il faut d'abord la détruire".

(G. BACHELARD)

"... We were participating in this works of pushing back the frontiers".

(A.K. COHEN)

Les quelques fausses évidences démontrées au chapitre précédent nous ont permis d'effectuer un certain nombre de choix. Il ne s'agit donc pas par ce travail de se lancer dans une chasse illusoire aux passages à l'acte, ni dans une nième dénonciation des "gros", ni enfin de revendiquer une efficace répression juridique et judiciaire. S'il y a derrière de telles opinions des attitudes sociales légitimes, on ne peut les confondre avec des attitudes scientifiques, ne serait-ce que parce que les objets auxquels elles s'attachent ne sont pas interrogés et déconstruits dans leur fausse évidence : la délinquance des affaires, les GROS, l'INEFFECTIVITE juridique. Ces choix négatifs seront suivis de choix positifs pour déboucher sur la définition d'une démarche en terme de champ et de problématique. La présentation ordonnée des travaux effectués antérieurement en ce domaine sera maintenant d'une aide précieuse.

Il ne s'agit pas pour nous d'utiliser ces réflexions comme simple repoussoir pour la nôtre. Il est par trop facile de caricaturer a posteriori l'apparente "naïveté", le simplisme pragmatique ou les pré-jugés de ceux qui se sont risqués, souvent en pionniers, presque toujours solitaires, à l'analyse de terrains peu-défrichés. Considérons les, au contraire, comme de possibles "déplaceurs de frontières" selon l'heureuse expression de A.K. COHEN à propos de SUTHERLAND. Plutôt que de les renvoyer au placard de la lente histoire des idées usagées lisons les attentivement afin de saisir les ruptures successives qui ont permis l'émergeance de ce champ comme domaine autonome de connaissance. Adoptons un regard d'archéologue pour reconstituer les strates de faits et d'idées qui ont produit notre regard actuel sur la question. Et ceci d'autant plus qu'en sciences humaines, malgré la virulence passagère des oppositions théoriques, un point de vue en efface rarement un autre dans sa totalité, il laisse souvent des empreintes. Et les grilles de lecture que nous forgeons, adaptons ou retrouvons sont beaucoup plus souvent la résultante de superpositions conceptuelles que des emprunts stricts ou des innovations radicales.

./...

Sans vouloir faire du synchrétisme et nier les antagonismes théoriques, il faut bien reconnaître, dans le regard porté, à un moment donné, sur les faits sociaux, le poids de l'histoire des idées qui surdétermine parfois bien des apparentes ruptures de pensée.

En un peu plus d'un siècle la réflexion sur les délinquances économiques et financières a connu trois grands types d'apports. C'est à leur confluent que notre démarche s'est lentement élaborée, tout à la fois par eux et contre eux. "La pensée empirique est claire, après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point. En revenant sur un passé d'erreurs, on trouve la vérité en un véritable repentir intellectuel" (70).

Trois types d'apport sont venus successivement constituer et modeler la réflexion en notre matière, chacun ayant apporté une spécificité dans les matérieux utilisés, les démarches de recherche entreprises et les contructions théoriques. Il y a quelques années, nous avions proposé avec G. KELLENS (71) une répartition de ces travaux antérieurs en trois tendances : un courant relevant du moralisme, un second du juridisme et un troisième dit "sacrilège" en raison des reformulations radicales qu'il opérait. Ce découpage garde aujourd'hui encore sa pertinence. Il peut être ainsi synthétisé.

Au moralisme des pionniers démontrant -non sans audace" que la criminalité n'était pas exclusivement le fait des classes laborieuses réputées "dangereuses", a succédé le juridisme souvent idéaliste de ceux qui considèrent la criminalité économique et financière comme un dysfonctionnement de notre système social. Ce faisant ils sous-entendent et souvent préconisent un renforcement et/ou une harmonisation des règles de droit et de l'intervention de l'Etat pour épurer la vie économique des "mauvais éléments" qui y pénètrent. C'est précisément cette capacité auto-régulatrice de l'Etat libéral que conteste le troisième mode d'approche. Remise en cause "sacrilège", car centrée sur l'action de l'Etat et de ses appareils dans la gestion des illégalismes d'affaires considérés comme partie intégrante des structures économiques.

## A . Le moralisme des pionniers

### 1 - Le moralisme d'inspiration socialiste

Dès 1905, il apparaissait pour BONGER que les conditions économiques occupent dans l'étiologie de la criminalité une place beaucoup plus importante que celle que la plupart des auteurs leur accordaient à cette époque. C'est là sa thèse centrale : "les conditions économiques... sont la base sur laquelle l'édifice social repose. Tandis que la plupart des auteurs qui ont publié des études sur la question qui m'occupe ont cru inutile d'exposer le système économique dans lequel nous vivons, ou bien ont prêté quelque attention aux conditions économiques à côté d'autres conditions sociales, je commencerai par donner un exposé du système économique actuel sur lequel s'appuient les autres parties de la vie sociale. A leur tour je les traiterai pour autant qu'elles sont en relation avec la criminalité" (72).

Après avoir effectué un impressionnant dépouillement et un exposé critique des travaux analysant les relations entre structure économique et criminalité dans différents pays (Italie, Prusse, France), il étudie classe par classe et domaine par domaine ces relations.

Parmi les crimes économiques, il distingue ceux qui sont en général commis par des non-possesseurs (vagabondage et mendicité, vols et crimes analogues, rapines, homicides pour des raisons économiques, etc...) de ceux qui sont commis presque exclusivement par des "bourgeois" (banqueroutes frauduleuses, falsifications de denrées alimentaires, etc...). Pour ce dernier groupe, le lien entre ces crimes et le mode de production actuel lui apparaît si intime que sous un autre mode de production, ils ne sauraient selon lui, se commettre. Il présente ainsi la délinquance de la bourgeoisie comme une maximisation de la logique spéculative qui caractérise nos rapports sociaux. Elle représente l'expression ultime de la recherche du profit, favorisée par le jeu du libre échange, l'opposition des intérêts et la capitalisation des moyens de production. Il introduit une distinction entre trois formes de délinquance économique bourgeoise. Une délinquance situationnelle (les chefs d'entreprise en difficulté fraudant pour s'en sortir) ; une délinquance par cupidité (elle est occasionnelle et vise une augmentation pure et simple du profit) ; et une délinquance professionnelle (reposant sur une organisation systématique).

Il distingue trois groupes dans la bourgeoisie : les capitalistes qui dirigent eux-mêmes leurs affaires, ceux qui vivent des revenus de leurs capitaux, enfin les dirigeants et cadres salariés travaillant pour les précédents et "pourvoyant à leurs besoins par le travail de l'esprit". C'est dans cette classe que se manifeste le plus explicitement "le caractère du procès de production actuel : la production ne se fait pas pour la consommation mais pour le profit". Les rapports de concurrence, l'incertitude de l'avenir et la peur de perdre sa position sociale, en particulier en période de crise, sont des facteurs spécifiques à la bourgeoisie qui expliquent ses formes de délinquance.

Quant à la petite bourgeoisie il présente sa position sociale comme constamment menacée de rétrogradation voire de ruine par les effets de la concentration capitaliste. Le passage des petits patrons, artisans ou professions libérales au salariat, l'absorbtion des entreprises familiales par de grandes sociétés ou leur disparition pure et simple sont autant de mises sous dépendance de cette petite bourgeoisie. Ces phénomènes sont particulièrement sensibles en période de crise :

"Dans ce combat le petit capitaliste doit à la longue avoir le dessous. Il ne dispose pas, comme ses adversaires, de forces scientifiques, n'a pas de grand crédit, ne peut, par suite de l'insuffisance de son capital, appliquer les nouvelles inventions, bref, ses armes sont inférieures à celles de ses antagonistes. Tout cela ne le fait pas renoncer vite au combat, au contraire, cela l'excite à mettre toutes ses forces en jeu.

./...

Par suite de sa position dans la vie économique la largeur de vue lui fait défaut. Il ne peut comprendre que ce qui a durant tant d'années procuré le pain à ses ancêtres, disparaîtra. C'est la raison pour laquelle le petit industriel se surmène, non seulement lui-même mais aussi ses ouvriers, aussitôt que le grand capital commence à lui faire concurrence"(73).

L'incitation à l'illégalisme provient des structures du système économique lui-même, que ce soit de façon accidentelle, pour sortir d'une situation de crise temporaire, ou de façon permanente, pour résister à la concurrence et aux conflits opposants les fractions capitalistes concurrentes (capital commercial, industriel et financier).

VAN-KAN, ROZENGART (74) et d'autres criminologues se réclamant de la ligne de pensée dite "socialiste" comme HIRSCH, ETTINGER et TOULOUSE reformulèrent vingt ans plus tard les analyses de BONGER sans les enrichir d'éléments décisifs. Deux données importantes furent alors reprises en compte : l'existence d'une délinquance propre à la bourgeoisie et l'influence du contexte socio-économique sur la délinquance en général. Cependant, malgré l'apport de ces travaux qui donnaient pour la première fois une visibilité systématique aux illégalismes d'affaires et les inscrivaient dans les conflits au sein des fractions de la classe dominante, on doit aussi relever qu'ils poursuivent une problématique du passage à l'acte. Le poids des règles du jeu capitaliste sert, ici, à expliquer aussi bien la délinquance populaire (réaction à une domination) que celle de la bourgeoisie (maximisation du profit). Les différentes formes de violation de la loi sont traitées comme des dysfonctionnements sociaux qu'un changement de régime économique et politique serait susceptible de résoudre.

La criminalité est pour eux une donnée spécifique du capitalisme par "l'état social injuste et irrationnel" (75) qu'il impose. Le processus d'industrialisation et de capitalisation a provoqué une transformation de la criminalité marquée surtout par "une baisse de la criminalité à base de violence et un accroissement formidable de la criminalité à base économique soit par la ruse, soit par la fraude" (76). "L'inventive cupidité" est présentée comme exacerbée par la recherche constante du profit. Le parasitage de la vie des affaires par des personnes extérieures à lui et principalement orientées vers la délinquance devient un thème récurrent. La désignation de ces "mauvais" hommes d'affaires est sans doute une concession involontaire aux discours criminologiques dominants sur le "criminel né", position en retrait par rapport à celle de BONGER.

2 - Le moralisme pragmatique de E.H. SUTHERLAND

Autant l'approche de BONGER était déterminée par une économie politique d'inspiration marxiste, autant celle de SUTHERLAND s'élaborera par référence à la sociologie américaine de l'après-guerre nourrie des apports culturalistes et fonctionnalistes. SUTHERLAND est au départ un sociologue du travail et il ne s'intéressera au secteur criminologique qu'à partir des années 20, publiant le traité qui le fit connaître en ce domaine en 1924 (77). Il a cinquante deux ans et une

./...

brillante carrière universitaire en cours lorsqu'il quitte l'université de Chicago pour prendre en 1935 la tête du département de sociologie de l'université d'Indiana. C'est là qu'il entreprendra ses premiers travaux sur le "White collar crime" (W.C.C.).

On ne lui connait qu'un seul prédécesseur dans son pays, A. MORRIS qui dans un traité de criminologie en 1935 consacra les premiers développements aux "criminals of the upperworld" : il s'agit de personnes "dont la position sociale, l'intelligence et les techniques frauduleuses permettent qu'ils échappent auprès de leurs concitoyens à toute perception et poursuite en tant que criminels" (78). C'est en décembre 1939 que SUTHERLAND fit sa première communication sur le "W.C.C.".Bien que sa première publication sur le sujet fut consacrée au "criminel en col blanc", la reconstitution de ses premiers travaux montre bien qu'il s'intéressera très vite, au-delà des individus, aux entreprises considérées comme auteurs de délinquance (79). Il constitua dans cette perspective une base de données originale de jugements concernant 70 des plus importantes sociétés commerciales américaines : condamnations pénales bien sûr, mais aussi, jugements civils, commerciaux et sanctions administratives. Toute la thèse de son ouvrage porte sur le traitement différentiel de la délinquance. Le "W.C.C." bénéficiant de modes de règlement hautement privilégiés par rapport à la délinquance des classes populaires :

"La thèse de ce livre est la suivante : des membres des classes sociales supérieures sont engagés dans beaucoup de comportements criminels ; ces comportements criminels diffèrent des comportements criminels des classes socio-économiques inférieures par les procédures administratives utilisées pour traiter ces infracteurs ; et ces variations dans les procédures administratives sont sans rapport avec les causes de la criminalité. Les causes de la tuberculose n'étaient pas différentes quand on la traitait avec des cataplasmes et des ponctions que quand on la traite avec de la streptomycine" (80).

Donc cataplasme d'un côté, antibiotique de l'autre. Les objectifs poursuivis par SUTHERLAND sont de deux ordres :

- Tout d'abord, il prend position vis-à-vis des théories criminologiques classiques et met en question les deux principaux postulats de cette discipline : l'assimilation réductrice de toute délinquance à un comportement propre aux classes défavorisées (il rejoint ici les analyses de BONGER dans son refus de voir dans la pauvreté la seule cause de la délinquance), d'autre part, la recherche omniprésente (et toujours actuelle) de facteurs psycho-pathologiques comme explication centrale des passages à l'acte délinquants. Il mettra au contraire l'accent sur l'intelligence, l'habileté et l'efficacité des dirigeants des entreprises étudiées.

- D'autre part, il vise à assembler un nombre important de donnée décrivant le phénomène étudié, et ceci essentiellement dans trois secteurs :
  - il inventorie les grands domaines de la criminalité des affaires en en chiffrant dès que possible le coût social pour

./...

en démontrer la gravité : faillites frauduleuses, vols de brevets, malversations financières, violation des lois anti-trust, corruption. Sur une période de 44 ans (1900-1944), il a pu enregistrer pour 70 des 200 plus grandes compagnies non-financières 980 jugements rendus dont 158 condamnations pénales. 60 % de ces décisions furent prononcées durant la période la plus récente de son enquête (1935-1944).

Décisions concernant les 70 plus importantes sociétés commerciales selon les types d'infractions (SUTHERLAND, p. 24)

| Dates | Atteinte à la concurrence | Publicité mensongère | Contrefaçon | Infraction à la réglementation du travail | Prix illicites | Autre | Total | Pourcentages |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1940-date | 102 | 34 | 52 | 102 | 7 | 43 | 340 | 34.7 |
| 1935-39 | 59 | 42 | 59 | 50 | 15 | 20 | 245 | 25.0 |
| 1930-34 | 27 | 8 | 36 | 4 | 7 | 10 | 92 | 9.4 |
| 1925-29 | 28 | 1 | 26 | -- | -- | 23 | 78 | 8.0 |
| 1920-24 | 18 | 3 | 12 | -- | -- | 9 | 42 | 4,3 |
| 1915-19 | 20 | 7 | 5 | -- | 6 | 7 | 45 | 4.6 |
| 1910-14 | 29 | 1 | 13 | -- | 14 | 7 | 45 | 6.5 |
| 1905-09 | 17 | -- | 9 | 1 | 14 | 5 | 46 | 4.7 |
| 1900-04 | 5 | 1 | 6 | 1 | 3 | 1 | 17 | 1.7 |
| 1890-99 | 2 | -- | 1 | -- | -- | 3 | 6 | 0.6 |
| avant 1890 | -- | -- | 3 | -- | -- | 2 | 5 | 0.5 |
| Totaux | 307 | 97 | 222 | 158 | 66 | 130 | 980 | 100.0 |

En moyenne, chaque compagnie a subi 4 décisions (administrative ou judiciaire) et 16 % de ces décisions ont été de type pénal. Il considère certaines compagnies comme des "délinquants d'habitude" à force de récidive. 40 % de ces compagnies avaient soit un but illicite dès leur création, soit ont développé dès leurs premières années d'activité des activités illégales.

- il met l'accent sur les faiblesses, voire l'absence de perception en termes de criminalité dont bénéficie ce type de délinquance. Ceci étant sensible aussi bien dans l'opinion publique, la presse que chez la plupart des acteurs administratifs, policiers et judiciaires chargés de traiter ce type de problème. Cette constatation est selon lui à mettre en relation avec l'importance de la propagande faite par les entreprises pour démontrer sans cesse leur honnêteté. Il a à ce propos quelques phrases provocatrices inspirées par le contexte de l'époque :

"L'utilité des corporations a donné lieu depuis deux générations ou plus à une propagande organisée visant à développer des sentiments favorables. Une attention toute particulière fut accordée aux écoles afin de modeler l'opinion des enfants. Aucun groupe peut-être excepté les nazis n'a consacré autant d'attention à l'endoctrinement de la jeunesse d'un pays sur un sujet particulier et il est peu probable que même les nazis aient été aussi peu tenus par les considérations d'honnêteté dans leur propagande" (80).

./...

Le livre rendant compte de ses investigations parut en 1949 après quelques retouches imposées par l'éditeur. On demanda à l'auteur de retirer le nom des compagnies délinquantes et de respecter un ton d'objectivité scientifique. Ce qui conduisit SUTHERLAND après quelques tergiversations (81) à supprimer des phrases comme celle-ci : "les corporations sont des systèmes rationnalistes, amoraux et non-sentimentaux".

Le radicalisme de SUTHERLAND présente cependant certaines limites. La délinquance liée à la vie des affaires était pour lui un dysfonctionnement social, un signe de désorganisation qui se répandrait faute de régulation adaptée. L'avant dernier chapitre de son livre intitulé "A theory of white collar crime" (82) combine les deux modèles théoriques de son époque dans une approche finalement pragmatique et morale :

- le modèle culturaliste par le recours à la notion de sous-culture chaque groupe modèle ses formes de comportement illicite et les transmet à ses membres. Le white-collar crime est dans ce sens un comportement appris dans le milieu des affaires dont les pratiques favorisent la reproduction et la diffusion.

- le modèle fonctionnaliste par le recours aux concepts d'anomie et de désorganisation sociale. Les dysfonctionnements constaté dans le milieu des affaires renvoient alors à ceux de l'organisation sociale toute entière et exigent régulation étatique.

C'est au fond une éthique morale qui guide souvent la pensée de SUTHERLAND. Il souhaite que tous les crimes soient sanctionnés quels que soient leurs auteurs et l'impunité dont bénéficie le "White collar crime" le révulse. S'il demeure un fervent partisan de la libre entreprise et du système concurrentiel il n'en demande pas moins une intervention régulatrice de l'Etat afin de garantir dans la vie publique comme dans celle des affaires le respect d'une éthique d'inspiration chrétienne. Les souvenirs de la crise de 29 et de l'effondrement soudain de la dynamique spéculative n'ont pas été sans importance sur ses préoccupations. Un de ses principaux élèves J. SNODGRASS (83) a également souligné le rôle de l'éducation baptiste qu'il reçut et la prégance chez lui d'une intégrité morale. G. GEIS écrit :

"Le père d'Edwin (S.), fut religieux au-delà de sa foi baptiste ; Edwin retint l'éthique qui domina son éducation et devient religieux au-delà de sa sociologie. "White Collar" crime mêle ces deux éléments de la personnalité et du patrimoine des SUTHERLAND" (84).

Ce moraliste scientifique n'en fut pas moins un remarquable "repousseur de frontières" :

- en créant un nouveau concept et imposant une remise en cause de la définition alors dominante de la délinquance
- en contraignant les spécialistes à repenser leurs approches et investigations étiologiques sur le pourquoi du crime
- en incitant à différents travaux de recherche sur ce domaine. Il soulignait lui-même les difficultés, et donc l'importance, de constitution de données, base pour la réflexion sociologique et moyen de contre propagande.

./...

Ces travaux provoquèrent de vives réactions de la part de "l'establishment" tant sociologique que criminologique. Dès 1947, P. TAPPAN (85) qualifia la démarche de SUTHERLAND de subjective et non-scientifique, l'accusant de mener une véritable opération de subversion politique. L'argument fut régulièrement repris, en particulier par G. VOLD en 1958. Ce que l'on reprochait au fond à SUTHERLAND c'était justement son refus du subjectivisme conservateur qui écartant toute référence globale au système légal ne lisait de la délinquance que dans les violations commises par les classes populaires et jugeait incongru voire subversif d'élargir le regard. Son moralisme le conduisait au contraire à dépasser ce point de vue de classe.

En moins de quarante ans (1905-1944) un nouveau secteur de connaissance avait été dégagé et des concepts majeurs opérationnalisés pour l'analyse du domaine : relations entre délinquance et structure socio-économique de la classe dominante chez BONGER, centration sur l'entreprise et les procédures de règlement à faible visibilité sociale chez SUTHERLAND. L'étude du domaine semblait bien partie d'autant que ces deux précurseurs n'étaient pas sur leur continent respectif des auteurs méconnus ou méprisés. Il n'en fut rien ou presque et l'on peut dire avec quelque partialité que le problème ne fut par la suite souvent repris que par le petit bout de la lorgnette criminologique.

### B . Entre culturalisme et juridisme : à la recherche d'une politique criminelle

Il fallut attendre le début des années soixante pour que les études sur la criminalité économique et financière connaissent un nouvel essor tant dans les pays anglo-saxons qu'en Europe occidentale.

#### 1 - Les pays anglo-saxons

Un double phénomène semble avoir contribué au ralentissement des travaux effectués dans la lignée de SUTHERLAND. Tout d'abord le contexte politique du Mac Carthisme fut très défavorable aux réflexions critiques, surtout lorsqu'elles portaient sur un des aspects du système dirigeant. D'autre part, les travaux criminologiques vont se trouver influencés par les orientations de leur discipline de référence, la sociologie. Celle-ci connut dès le milieu des années cinquante une grande voque de quantitativisme. Justement le domaine de la délinquance des affaires n'était pas un terrain sur lequel pré-existait de larges bases de données se prêtant à de vastes opérations statistiques. La faiblesse de la réaction sociale organisée produisait également peu de matière traitable et la constitution de données adéquates aurait sans doute exigé un coût en argent et en temps trop élevé pour les exigences de rentabilité du système de recherche nord-américain. Comme le note G. GEIS (86) "Ainsi, pour une longue période, il y eut un hiatus", avec quelques rares exceptions :

M. CLINARD réalisa une recherche sur les pratiques de violation de la réglementation des prix et le marché noir durant la seconde guerre et F. HARTUNG, pour la même période, analysa les pratiques de fraude dans l'industrie alimentaire. D. CRESSEY publia un travail effectué dans une optique criminologique très classique sur les détournements de fonds, à partir de l'étude des condamnés emprisonnés pour ce motif. On peut également se référer aux travaux de NEWMAN et QUINNEY (86 bis).

Cette période, que l'on peut dire "classique" dans la mesure où elle s'appuyait sur le même type de position théorique et prolongeait sans les renouveler vraiment les travaux fondateurs, s'acheva au début des années soixante par une quasi-extinction. Différents facteurs contribuèrent à cet engourdissement. Tout d'abord la notion de "white collar crime" s'avéra une notion floue dans laquelle les auteurs rangeaient des pratiques extrêmement différentes : du vol de papier à lettre par les secrétaires aux ingérences politiques des multinationales. La confusion essentielle était due à SUTHERLAND lui-même. Bien que traitant d'infractions commises par des entreprises, son intitulé "white collar crime" renvoyait à tout autre chose ; à savoir les infractions commises par des salariés au détriment de leur entreprise et éventuellement au bénéfice de celle-ci. Il y a là un décalage majeur entre infraction commise par une société commerciale et infraction accomplie dans le cadre professionnel.

D'autre part, à force de mettre l'accent sur la question du statut social des infracteurs concernés et sur les privilèges de juridiction dont ils disposaient et qui leur permettaient d'échapper à la loi pénale, ou renforça paradoxalementla perception dominante du caractère non réellement délictueux des infractions d'affaires. A la question, à visée pédagogique, posée par SUTHERLAND "le W.C.C. est-il un crime ?", de nombreux professionnels du droit répondirent : non. Certes la loi incrimine certaines pratiques, mais dans la mesure où "l'opinion" ne les perçoit pas en tant que telles, il n'y a pas de poursuites à mener. Tel est le classique paradoxe des jusnaturalistes qui n'hésitent pas à opposer source immanente et source contingente du droit, perceptions morales et ordre légal, droit "naturel" et droit "positif". Que la méconnaissance de la gravité des infractions d'affaires puisse résulter d'un effet idéologique et soit le fruit d'une occultation tout au bénéfice des groupes dominants ne leur effleure bien évidemment pas la pensée. C'est du moins ce qu'ils prétendent.

Le mouvement de critique sociale qui marqua le début des années soixante-dix (avec entre autres le "free speack movement" et le développement des groupes dits "radicaux") relança l'intérêt pour le domaine. L'action

./...

des juristes-critiques et d'organisations militantes en matière de consommation et de pollution contribua à préciser les questionnements sociaux sur les activités industrielles. Les travaux de recherche, ouvrages scientifiques etde divulgation, se multiplièrent. Ils restèrent cependant dans le champ, élargi certes, mais toujours limité, des questions criminologiques centrées sur l'étude des passages à l'acte et de leurs conséquences. Ils abordèrent la criminalité d'affaires comme une conduite apprise, propre à certains milieux (existence de sous-cultures) et constituant une déviance au niveau des moyens, l'accord sur les finalités sociales (valorisation du profit) se maintenant entre déviants et non-déviants. Ces travaux ont principalement porté sur trois secteurs :

- étude des activités délicitueuses accomplies par des individus à l'occasion de leur activité professionnelle ("occupational crime") : fraude sur les prix et la qualité des produits, fraude fiscale, escroqueries professionnelles, publicité mensongère, "computer crime" (abus de confiance ou vol utilisant l'informatique, les cartes de crédit, etc...), activités illégales des médecins, avocats, architectes, assureurs, etc... (87). La prédominance de cette orientation culturaliste explique en grande partie la fascination qu'exerce le "Crime organisé" et tout particulièrement "La Maffia" sur les chercheurs nord-américains et la réduction qui est opérée souvent, de la délinquance économique au crime organisé (88) ;

- étude des victimes d'infractions économiques et financières (perceptions de gravité, attitudes de renvoi, etc...) et plus largement études d'opinions et de représentations sociales (89) ;

- étude du traitement policier et judiciaire de ces mêmes infractions avec la constitution de base de données démontrant le caractère peu répressif des sanctions appliquées (90). Ceci malgré le taux relativement élevé de condamnations. Le souci de définition d'une politique pénale adéquate au domaine se trouve fréquemment comme par exemple dans l'ouvrage de A. BEQUAI (91), procureur à Washington et spécialiste du domaine. On trouvera par contre dans le dernier reader réalisé par G. GEIS et E. STOTLAND un mélange de travaux empiriques classiques dans la matière et d'études plus théorisées s'appuyant en particulier sur l'histoire des législations anti-trusts (92). Dans le même sens, un récent travail de S.P. SHAPIRO sur la "Securities and Exchange Commission" (S.E.C. équivalent de la C.O.B. mais à une bien plus large échelle) mène de façon éclairante l'analyse de dossiers de fraudes boursières et de l'activité de surveillance et de sanction de cet organisme public (93).

./...

Les débats de commissions sénatoriales américaines ont également servi de point de départ à différents travaux de recherche, en particulier aux analyses de SAMPSON (94) dans les gouvernements et la grosse industrie. Il a rappelé combien ces affrontements ont "l'habitude de finir en queue de poisson". Selon lui, "l'histoire des actions anti-trusts engagées en Amérique est une longue suite d'échappatoires et de compromis : à maintes reprises en effet, les plus importantes sociétés se sont montrées plus fortes à ce jeu que les gouvernements". Ainsi la "forteresse I.T.T." a-t-elle pu impunément mener fusions et absorptions d'entreprises, s'assurer des collusions avec le personnel politiquer, jouer un rôle décisif dans la guerre civile du Chili.

Malgré leur richesse informative, ces travaux ne satisfont pas toujours l'observateur soucieux d'analyses rendant compte de processus sociaux généraux. Ils portent tous, à des degrés divers, la marque de conceptualisations individualisantes, tant dans leur saisie des activités infractionnelles que dans celle de leur traitement répressif. C'est une approche plus globalisante que mèneront les auteurs qui se réfèrent à la théorie des organisations et ceux qui se placent dans une perspective socio-politique directe. Nous en traiterons ultérieurement.

2 - En Europe occidentale

En Europe, la criminalité économique et financière a été abordée principalement par le biais du droit et de l'étude des mécanismes sur lesquels elle repose, pour n'être étudée que tardivement en termes de réaction sociale.

La "somme" réalisée en 1963, par ZIRPINS et TERSTEGEN (95) et traduite par un "atomium" de la criminalité des affaires était nécessaire pour percevoir à la fois les frontières imprécises du champ de la criminalité d'affaires, sa complexité et dès lors l'interaction de compétence, et d'écrans qui en brouille la vision.

La délinquance d'affaires y est traitée comme un élément de dysfonctionnement de l'économie libérale. Sans la remettre en cause en tant que telle, la plupart des recherches tendent à mettre à jour les principales lacunes existant dans les sytèmes de contrôle et à attirer l'attention sur les possibilités de fraude qu'offrent des législations tant nationales qu'internationales de plus en plus complexes. Ceci afin de mettre en place ou de renforcer les mécanismes de régulation. Le document de synthèse le plus significatif à cet égard regroupe les rapports présentés en 1976 à la Conférence des directeurs d'instituts de recherches criminologiques européens (96). Le souci de synthèse frôle souvent le synchrétisme, mais toutes les dimensions actuelles de la criminalité des affaires y sont présentées et il ne manque pas un bouton de guêtre au bilan des politiques et mesures pénales. Dans le remarquable inventaire de descriptions, de questions et de propositions fait défaut (seulement ?) une mise en perspective historique du problème et peut-être surtout quelque théorisation. On s'enferme en effet dans un mode de pensée paradoxal lorsque, dans le même mouvement, on n'en finit pas de décrire par le menu les lacunes et échecs du système de régulation en place pour aussitôt proposer à l'Etat une régulation que l'on voudrait plus efficace et répressive vaine recherche de la "bonne" loi.

./...

La plupart des travaux européens demeurent piégés par ce paradoxe. Faute de pouvoir les différencier au niveau problématique, nous les présenterons en reprenant une classification thématique proposée par G. KELLENS (97) qui distingue trois types de problèmes en matière de délinquance des affaires : le parasitage, la pathologie de l'échec et l'abus de puissance.

a) - Le parasitage ou la caricature du mode d'agir en affaires

Le type de comportement le plus analysé concerne les formes "affairistes" de l'escroquerie ou de l'abus de confiance. Parmi les travaux les plus marquants relevons l'ouvrage de K. TIEDEMANN sur l'escroquerie aux subventions, présenté en synthèse dans un article publié en français (98). La recherche a porté, d'une part, sur 850 dossiers répressifs et une quantité considérable de documents provenant des services de l'inspection économique et d'organismes privés, et, d'autre part, sur les réponses à un questionnaire administré à un échantillon de "délinquants potentiels" (214 commerçants, entrepreneurs et cadres supérieurs). Si les analyses de dossiers ont permis d'étudier de façon approfondie les méthodes d'obtention frauduleuse de subventions économiques directes (c'est-à-dire celles qui se réalisent par prestations en argent comptant, que ce soit à fonds perdus ou par ouverture de crédit à taux d'intérêt réduit), en revanche les subventions indirectes (par l'obtention d'avantages fiscaux) ont été couvertes par le secret fiscal, qui a bloqué l'accès à la presque totalité des dossiers. Or c'est le deuxième genre de subventions qui "paraît être criminogène en soi au plus haut degré, la contre-prestation, moyen normal et naturel de contrôle, faisant défaut".

Une recherche sur la délinquance d'affaires dans le cadre des règles communautaires, réalisée sous la direction de M. DELMAS-MARTY (99), répond à des préoccupations connexes. Dans le contexte européen, elle étudie dans le cadre du soutien ou de la restructuration du marché agricole, les infractions douanières, et les affaires d'ententes européennes.

Trois modes d'approche sont utilisés avec des bonheurs différents. La perspective la plus originale se fonde sur l'analyse des structures économiques du système d'échange européen des produits. Les particularités de la règlementation économique (accord douanier R.F.A.-R.D.A. facilitant l'infiltration de produits tiers), les disparités dans le niveau de développement économique des partenaires et les besoins spécifiques d'échange propres à chacun créent un contexte où se mêlent des exigences et intérêts souvent très contradictoires. Les fraudes aux subventions européennes sont alors bien replacées dans un système global et complexe, où s'affrontent différentes logiques économiques, celles des Etats, celles des entreprises et celles de la C.E.E.

./...

La partie socio-juridique est également riche d'enseignements dans la mesure où elle cherche toujours malgré un certain nombre d'imprécisions statistiques à analyser dans le concret l'état des pratiques de contrôle et de sanction. Elle met en évidence : l'inadaptation des textes incriminateurs (complexité à l'intérieur de chaque Etat et disparité d'un Etat à l'autre), les obstacles au contrôle (difficultés de détection des faits, difficultés dans la collaboration entre Etats et de la collaboration entre Communauté et Etats membres), les limites de l'action répressive (par l'existence de circuits de dérivation administratifs, pratiques de transactions douanières...). La C.E.E. prononce peu de sanctions (a. 85 et 86 du traité de Rome) 12 dossiers ont été étudiés comportant 3 relaxes et 9 peines d'amendes très élevées (de 50 000 F. à 500 millions, moyenne 17 millions). Au plan judiciaire national 173 dossiers ont été relevés ; 32,5 % ont été réglés par transaction dounaière, l'importance considérable des non-lieux et des relaxes (plus de 20 % au total) font que seuls 58 dossiers ont débouchés sur une condamnation pénale (essentiellement de l'emprisonnement avec sursis inférieur à 6 mois). L'essentiel des sanctions prononcées se ramène donc à des sanctions fiscales.

On peut être plus réservé sur le troisième volet de la recherche qui se propose une analyse des comportements des milieux d'affaires. Si le sujet est en lui-même pasionnant et toujours inexploré ou presque, les moyens d'enquête utilisés (questionnaires longs et courts) ne sont pas toujours convaincants. Ils fournissent un certain nombre d'indications sur "l'état d'anomie morale" des milieux d'affaires et sur les rapports souvent ambigus et contradictoires entretenus avec la légalité. Mais on a plus de mal à suivre les auteurs quand ils extrapolent sur la psychologie du délinquant d'affaires et de son milieu et prennent à la lettre des énoncés de pure relation publiqu

D'autres ouvrages insistent sur les dimensions organisationnelles de la fraude. Si J.A. MACK se borne dans sa fresque de l'"industrie du crime" en Europe à citer la criminalité d'affaires parmi les secteurs négligés et à chercher les raisons de cet oubli, en revanche J. COSSON (99 bis) avec la profonde expérience et la sagacité du magistrat spécialisé, s'attache dans deux ouvrages désormais classiques, aux "industriels de la fraude fiscale" et aux "grands escrocs en affaires". La fraude fiscale est ici entendue essentiellement comme la fraude à la T.V.A., à l'inverse d'autres ouvrages consacrés à la fraude aux impôts sur les revenus, comme les études de M. FRANK. Ce qui retient avant tout l'attention de J. COSSON, c'est l'adjonction à l'homme de paille inconscient de jadis, d'un nouveau type d'homme de paille sur qui se reporte la responsabilité du vrai fraudeur : le "taxeur" ou "marchand de taxe" établit de fausses factures avec T.V.A., le "détaxeur" se fait rembourser cette T.V.A. par le Trésor pour des exportations inexistantes, et ainsi l'Etat sort "victime du crime organisé". Aux yeux de J. COSSON, le crime organisé européen se met de la sorte plutôt au service de l'homme d'affaires à qui il fournit de nouvelles voies de fraude en présence de l'accroissement des contrôles fiscaux, au contraire du crime organisé américain qui organise, dans ses propres affaires, son propre réseau de fraude.

./...

Son second ouvrage paru en 79 regroupe une analyse d'une quinzaine de dossiers judiciaires exemplaires de nature à faire saisir les mécanismes de fraude dans des domaines aussi variés que la concurrence déloyale, la pollution, l'affaire du Torrey-Canon, les fraudes (affaire des vins de Bordeaux), la corruption et leurs répercussions sur les grandes catégories de victimes (employés, actionnaires, concurrents, clients, Etat). Le chapitre le plus original pour les informations qu'il contient et les questions qu'il soulève est le dernier consacré au rôle des banques. Nous en reparlerons ultérieurement.

b) - Un deuxième secteur d'étude est celui de la banqueroute : échec subi ou voulu en affaires

En Europe, la perception de la banqueroute par la justice est essentiellement celle d'une catastrophe financière dans le cadre de petites et moyennes entreprises. Le problème dans son principe, est ressenti comme un échec, et on en décrit la mécanique comme l'aboutissement d'une ascension socio-professionnelle trop rapide dans le domaine des affaires. La banqueroute recherchée comme un moyen de profit est pour l'instant peu représentée ou peu repérée, et la création de sociétés de façade, qualifiées de "carambouille", comme moyen d'escroquerie, est ressentie, sans doute à tort, presque comme une curiosité. Il n'en va pas de même en Amérique du Nord.

Certains types d'infractions se rapprochent de la banqueroute, dans la mesure où elles faussent le "tableau de bord" des entreprises : parmi elles, les faux bilans ont fait l'objet de bonnes analyses.

La question a retrouvé une actualité particulière avec la crise économique actuelle. Quelques travaux ont décrit l'ampleur du phénomène "faillite" (100) ou mis l'accent sur la relativité des notions "d'entreprise en difficulté" et de "bon dirigeant" (101). On retiendra surtout l'analyse effectuée par le groupe "critique du droit" sur "droit des faillites et restructuration du capital" (102). D'entrée sont écartées les deux problématiques dominantes sur le sujet : celle classique liée à l'analyse purement formelle du droit et qui s'attache au caractère répressif de la procédure et à sa fonction de règlement "collectif et égalitaire" des créanciers, celle, plus moderne ou sociale abordant en termes micro-économiques la question du sauvetage des entreprises en difficultés et de la prévention des faillites. C'est alors en tant qu'ensemble de dispositifs juridiques régulant la restructuration du capital que le sujet est envisagé. Les auteurs accordent une place toute particulière à l'analyse des différents modes de régulation juridique, publics et privés. Ils envisagent leur objet d'étude comme lieu d'observation des transformations contemporaines des formes de régulation juridique et insistent sur l'émergeance de nouveaux champs d'arbitrage concurrents des formes judiciaires de médiation. C'est une perspective à laquelle nous nous référerons souvent pour la distance prise avec l'objet de recherche apparent "la faillite" et les articulations qu'elle propose entre analyse des formes juridiques et approche sociologique.

./...

c) - Troisième secteur aux frontières imprécises : l'abus de puissance économique

La notion réfère d'abord aux concentrations industrielles et commerciales qui bouleversent l'organisation concurrentielle du marché, soit au niveau national, soit au niveau d'un marché élargi comme le Marché commun. Il n'y a pratiquement qu'en Allemagne fédérale que des auteurs comme TIEDEMANN ont étudié les "cartels" sous un angle criminologique. Pour le surplus, il faut se référer à une documentation aussi abondante qu'hétéroclite, mais qui manque du recul et de la systématisation propres à un travail scientifique. Aux Etats-Unis il existe quelques exceptions, comme les travaux de GRUBER relatifs au "complexe militaire-industriel", c'est-à-dire aux connexions étroites entre l'armée et l'industrie, qui permettent d'éluder la concurrence, d'une manière qui serait illégale dans les affaires ordinaires, dans 88,5 % des fournitures de l'Armée, et ceci uniquement dans le souci du "bien public" et de la "protection de la nation"(102 bis).

Au niveau international, le risque que représente le principe même des sociétés multinationales, semeuses d'investissements qu'elles peuvent déplacer à tout instant en fonction de l'état de l'échiquier mondial, a été étudié par des économistes surtout, comme LEVINSON qui a proposé à titre de réaction une coopération syndicale internationale.

Dans une perspective de recherche d'un droit international pénal on peut se référer à la synthèse très documentée de DELMAS-MARTY et TIEDEMANN (103) qui ont effectué un bilan des poursuites visant les multi nationales en matière de corruption, atteintes à la concurrence, infractions financières, fiscales et douanières. Partageant la même problématique de l'ineffectivité du droit pénal on peut aussi citer l'article de BRAITHWAITE (104) sur les corruptions pratiquées au plan international par des sociétés transnationales d'origine américaine. Cet auteur australien a des mots très durs pour le refus systématique des criminologues à s'intéresser à ce type de question : "même la taille monumentale des corruptions transnationales n'a pas été à même d'arracher les ruminations criminologiques à leur fuite devant une réalité qui les laisse avec une génération de retard".

Si l'on s'interroge maintenant un peu plus globalement sur les fondements de ces travaux qui constituent aujourd'hui l'essentiel des approches en ce domaine, la délinquance apparaît comme une "pathologie des affaires", un dysfonctionnement perturbateur. Si les travaux nord-américains ont été pendant longtemps sous l'emprise du culturalisme, les travaux européens -principalement sous l'influence allemande- peuvent être situés pour l'essentiel dans une perspective fonctionnaliste. Les tensions qui apparaissent dans l'organisaiton sociale sont ainsi ramenées à des inadaptations, des dérèglements d'un système défini implicitement comme non-contradictoire. La recherche d'une "bonne" action de contrôle, entendue comme moderne et efficace est l'objectif vers lequel tend la plus grande partie de ces travaux qui s'achèvent tous sur des "perspectives de politique criminelle".

./...

Ces études sur la délinquance d'affaires débouchent donc sur des propositions de renforcement des organes régulateurs existants ou sur la mise en place de nouvelles interventions nationales et internationales. Les principaux outils auxquels on a recours sont alors le droit et les mécanismes de contrôle judiciaire, policier, administratif et internes au milieu des affaires comme les "codes de conduite" (105). On se propose de trouver des remèdes techniques qui ne bouleversent pas la situation mais améliorent les systèmes de régulation. On trouve dans cette ligne d'importances publications qui traitent, soit de la spécialisation de la police ou de la magistrature, qu'il s'agisse des "Fraud divisions" dont les Etats-Unis font l'expérience, notamment à San Diego et Seattle, ou de la "magistrature économique" projetée en Belgique, soit d'une restructuration du droit pénal économique en vue d'une plus grande efficacité. Le choix des sanctions a particulièrement retenu l'attention de ces auteurs, et d'aucuns en viennent à disserter du "bon usage" de la prison, en se demandant, avec le juge américain Calister, si les prisons ne sont pas "faites pour les criminels en col blanc", suggérant par là que les classes supérieures sont les plus sensibles à la menace de la sanction.

Les recommandations faites en 1973 par la 8° Conférence Européenne des ministres de la justice allaient dans ce sens. La 12° Conférence de directeurs d'instituts de recherches criminologiques (Strasbourg, 15-18 novembre 1976), consacrée à la criminalité économique et financière, a largement embrayé sur cette tendance.

C'est cet optimisme latent, cette confiance dans la capacité régulatrice du droit et de la justice qui sont remis en cause par un courant en voie de constitution. Faute de mieux, nous avons qualifié son scepticisme de "sacrilège" car c'est en dernière analyse la nature même de "l'Etat Libéral" et des rapports qu'il entretient avec la délinquance économique qui sont questionnés voire remis en cause. D'autre part, c'est une réflexion sur le droit lui-même, ses conditions de production, les formes qu'il organise et leurs conséquences qui se trouve ainsi amorcée. Le droit n'est plus alors réductible à sa dimension instrumentale, technique apparemment neutre et perfectible. Contrairement aux travaux exposés ci-dessus qui ne l'envisagent qu'en deuxième plan, comme outil régulateur de faits délictueux pré-existant, le droit va prendre dans la perspective suivante une place centrale, dispositif idéologique et répressif, structurant dans la formation sociale le prohibé et le permi et assurant la gestion différencielle de cette dichotomie et de sa construction. Ce n'est que par une interrogation du droit lui-même (sur ce qu'il produit et ce qui le produit) qu'il nous semble possible de sortir de l'approche paradoxale où s'obstinent, avec les meilleures intentions, les penseurs de la politique criminelle. Il dressent en effet tout à la fois des réquisitoires contre l'ineffectivité du droit et des plaidoyers pour son renforcement, sans jamais s'arrêter sur l'instrument qu'ils manient ainsi ou qui plutôt les manipule à leur insu.

./...

## C . Les délits d'affaires comme phénomène structurel : des études économiques à Foucault

Ce type d'approche s'est formé sur la base de trois apports principaux qui chacun à leur façon ont imposé une prise de distance par rapport au faux objet d'évidence qu'est "la délinquance d'affaires". Cette décentration, génératrice de nouveaux regards et donc de nouvelles questions, a été opérée conjointement par des travaux à base économique, des recherches menées sur les formes de réaction sociale aux délinquances des affaires ainsi que par la théorisation de Foucault sur les illégalismes de droit et de biens.

### 1 - Les travaux économiques

Les travaux menés sur les "coûts du crime" (coût des dommages pour les victimes individuelles ou collectives et coût de la protection et de la répression) en se décentrant par rapport aux questions habituelles de la criminologie ont introduit d'autres interrogations et problématiques.

Malgré les différences de méthodes utilisées dans les comptages et les estimations monétaires, tous ces travaux convergent pour attirer l'attention sur des contentieux pénaux dont l'importance est soit, peu perçue, soit peu prise en compte par les appareils répressifs (106).

En France des travaux portant sur les années 1978 et 79 révèlent que

- la charge de la criminalité par imprudence (notamment routière) avec son cortège d'homicides et de blessures involontaires tient une place considérable

- et que les criminalités économiques et financières, particulièrement fiscales et douanières sont de loin les plus coûteuses.

Les infractions aux dépens des finances publiques viennent ainsi largement en tête (1°, 3°, 4° et 6° rang). La fraude fiscale représente plus de 90 % du coût du crime et elle équivaut de 10 à 15 % du budget de la nation, ceci pour la fraude constatée. On notait également une augmentation très nette des fraudes à la réglementation des changes (près de 5 fois plus en 1979 qu'en 1976).

Un certain nombre de données particulières peuvent être tirées du travail de GODEFROY et LAFFARGUE. Malgré l'importance des sommes concernées, on doit estimer que la prudence de leur méthode de recueil de données ou d'évaluation les conduit souvent à sous-estimer les montants.

#### a) Infractions économiques et financières

Les postes les plus importants sont les banqueroutes, les infractions à la législation sur les sociétés et la construction, les infractions économiques et fiscales viennent plus loin les escroqueries, les faux et les chèques.

./...

| | 1978 | | 1979 | | % P.I.B. |
|---|---|---|---|---|---|
| | | rang | | rang | |
| Fraudes fiscales | 47 293 | 1 | 53 183 | 1 | 2,31 |
| Atteintes à la vie humaine | | | 19 205 | 2 | 1,29 |
| Infractions à la règlementation des changes | 3 618 | 4 | 6 667 | 3 | 0,28 |
| Diverses infractions économiques et financières | | 3 | 5 640 | 4 | 0,24 |
| Proxénétisme | 3 000 | 5 | 3 000 | 5 | 0,13 |
| Fraudes douanières | 1 187 | 6 | 1 468 | 6 | 0,06 |
| Vol de véhicules | 885 | 7 | 1 146 | 7 | 0,05 |
| Emissions de chèques sans provision | 881 | 8 | 1 072 | 8 | 0,04 |
| Vols | 700 | 9 | 850 | 9 | 0,03 |
| Vols dans les grands magasins | 364 | 10 | 390 | 10 | 0,01 |
| Destruction de biens | 321 | 11 | 274 | 11 | - |
| Trafic de stupéfiants | 296 | 12 | 266 | 12 | - |
| Hold-up et agressions à main armée | 147 | 13 | 192 | 13 | - |
| Faux monnayage | 16 | 14 | 20 | 14 | - |
| Courses et jeux | 7 | 15 | 7 | 15 | - |

Tableau n° 3 : Estimation monétaire des criminalités (en millions de F.)

Source : Godefroy et Laffargue, 1982, 7.

Ce sont là des affaires traitées par un service de police ou de gendarmerie, il s'agit donc de fraudes constatées. Mais même à ce niveau ce ne sont que des statistiques partielles. Elles ne donnent qu'un ordre de grandeur.

| | 1978 | 1979 |
|---|---|---|
| Estimation des préjudices | 4 417,1 | 5 640,2 |
| dont au dépend de l'état (25 %) | 1 104,3 | 1 410,0 |
| au dépend des particuliers | 3 312,8 | 4 230,2 |
| (en millions de francs) | | |

Tableau n°4 : Préjudices résultant d'infractions économiques et financières

(Source : C.E.S.D.I.P.)

b) Fraudes douanières et assimilées

* Fraude douanière au sens strict, c'est-à-dire non paiement des droits de douane exigibles et de la T.V.A. Il a ici été possible de comparer les montants des fraudes constatées à ceux des fraudes estimées.

| | Nombre d'affaires | Valeur des marchandises (en francs) (en millions de F.) | Droits de douane éludés (en millions de F.) |
|---|---|---|---|
| Fraudes constatées | | | |
| - 1978 | 24 373 | 5 887,7 | 119,1 |
| - 1979 | 25 287 | 7 236,5 | 136,9 |
| Fraudes estimées(°) | | | |
| - 1978 | - | 23,5 milliards | 1 170 |
| - 1979 | | 29 " | 1 450 |

Tableau n° 5

* Infractions à la législation sur les changes

Les fraudes constatées s'élèvent à :

- 1978 : 3 618 millions de francs
- 1979 : 6 667 " "

./...

(°) Base de l'estimation : travaux d'un groupe pluri-ministériel donnant une fourchette sur la fraude douanière de 2 à 5 % de la valeur des échanges commerciaux, soit 3 à 5 f. celle des marchandises ayant fait l'objet de constatations contentieuses.

Il est à noter que l'essentiel de ces fraudes est réalisé par transfert de monnaie ou jeux d'écriture à l'occasion d'échanges commerciaux.

* Infractions aux règlementations de la Communauté Economique Européenne

Les fraudes constatées en France concernant les montant compensatoires, droits de douane et prélèvements s'élèvent à

| Année | Nombre d'affaires | Montant des droits éludés (en F.) |
|---|---|---|
| 1978 | 2 820 | 16 960 895 |
| 1979 | 2 997 | 17 854 862 |

Tableau n° 6

c) Infractions fiscales

L'estimation de la fraude fiscale est un domaine où les appréciations les plus diverses ont été avancées.

En juillet 1981, le Syndicat national unifié des impôts (S.N.U.I.) avançait le chiffre de 65 à 70 milliards de francs. Un haut fonctionnaire de la Direction générale des impôts rencontré à l'automne de la même année, estimait la fraude à 63 milliards de francs. A la même époque le ministre du budget, Monsieur FABIUS, déclarait que la fraude fiscale représentait 90 à 100 milliards de francs par an (Le Monde, du 14 novembre 1981).

Jusqu'à ce jour pour apprécier l'ampleur de la fraude fiscale nous avions recours à des taux de fraude rapportés aux montants des différents impôts.

Dans cette même déclaration rapportée par Le Monde du 14 novembre 1981, le ministre du budget ajoutait : "d'après les études que nous avons réalisées, 23 % de l'impôt sur les revenus est fraudé, ainsi que 20 % de l'impôt sur les sociétés et 6 % de la taxe à la valeur ajoutée".

- Impôt sur le revenu : 14 ou 23 % ? en l'état, il semble qu'il n'y ait pas d'autre source que l'enquête réalisée par le Conseil des impôts, et que le chiffre avancé par le ministre ne soit qu'une extrapolation à partir de l'enquête de 1971. Mais cette enquête faite sur un échantillon représentatif de contribuables ne prend pas en compte la fraude par absence complète de déclaration fiscale. En haussant le taux de fraude à 23 % le ministre du budget a donc, sans doute, voulu prendre aussi en compte les fraudeurs par absence totale de déclaration.

./...

- Impôt sur les sociétés : 33 ou 20 % ? le taux de 33 % avancé par des experts de la D.G.I. et utilisé jusqu'ici paraît avoir été sur-estimé. Les études réalisées auxquelles se réfèrent le ministre situent la vérité plus près de 20 %. Malheureusement nous n'avons pas connaissance de ces travaux et ne pouvons en apprécier les résultats.

- Impôt sur la consommation : 15 ou 6 % ? ici la différence est très importante, d'autant plus que cet impôt représente près de 60 % des recettes. Or les travaux entrepris par le Conseil des impôts et non encore publiés, montreraient que contrairement à toute attente, ce soit un impôt peu fraudé. Le chiffre avancé par le ministre (6 %) serait même un peu en hausse par rapport à celui du Conseil (4,5 %).

Concernant les recettes fiscales 1978 et 1979, en utilisant les taux de fraudes proposés par le ministre du budget, l'estimation de la fraude fiscale serait alors la suivante :

(voir tableau page suivante)

Les travaux de GODEFROY et LAFFARGUE fournissent encore d'importantes information en matière de fraude à la qualité, concurrence et consommation (80 fraudes constatées : 8 millions de francs), environnement (estimation : 70 à 88 milliards de francs), travail au noir (estimation des pertes pour le trésor au titre des taxes sur le chiffre d'affaires entre 2 et 18 milliards), opérations de bourse (fraude constatée 100 millions de francs).

L'intérêt majeur de ce type d'investigation est de mettre en évidence de façon éclatante, le considérable écart qui existe entre les orientations dominantes du système répressif (policier et judiciaire) et les coûts sociaux des infractions. Il est flagrant que ce sont les criminalités les plus coûteuses qui sont le moins concernées par l'appareil pénal et qui bénéficient de procédures de régulation administratives particulièrement discrètes. Cette non-mise en visibilité provient d'une déjudiciarisation de fait massive. C'est pourquoi l'argument classiquement invoqué et qui prétend que l'appareil pénal n'aurait à connaître que les atteintes aux "états forts de la conscience collective" est irrecevable. On voit mal en effet comment des infractions qui ne donnent lieu qu'exceptionnellement à de grandes mises en scène punitives et sont presque toujours réglées dans le secret auraient pu ou pourraient s"inscrire dans les représentations dominantes en matière de délinquance. Leur mode de traitement, respectueux du droit, n'en est pas moins un processus de dépénalisation. Tout se passe le plus souvent comme s'il n'y avait pas faute mais simplement erreur à régulariser. Le coût social ne faisant rien à l'affaire. Au-delà des minutieuses quantifications, l'apport principal de tels travaux est de mettre à jour un système de traitement différentiel des diverses formes de délinquances. Par contre-coup, il démontre le caractère discriminatoire de la répression pénale et finalement permet d'interpeler l'Etat sur les fondements d'un tel fonctionnement en contradiction totale avec les idéaux qu'il proclame.

./...

## ESTIMATION DE LA FRAUDE FISCALE

A partir des travaux du Conseil des Impôts et des estimations du Ministère du Budget, nous retenons les taux de fraude suivant :

- Impôts sur les revenus : 23 %
- Impôts sur la fortune : 20 %
- Impôts sur la consommation : 6 %

| | 1980 | 1981 | 1982 |
|---|---|---|---|
| **Recettes fiscales (*) :** | | | |
| . Impôts sur les revenus | 182.290 | 219.940 | 260.930 |
| . Impôts sur la fortune | 34.549 | 40.810 | 52.420 |
| . Impôts sur la consommation | 319.801 | 369.635 | 436.087 |
| **Estimation des fraudes :** | | | |
| . Impôts sur les revenus (23%) | 41.927 | 50.586 | 60.014 |
| . Impôts sur la fortune (20%) | 6.910 | 8.162 | 10.484 |
| . Impôts sur la consommation (6%) | 19.188 | 22.178 | 26.165 |
| **Estimation totale de la fraude fiscale (en millions de francs)** | 68.025 | 80.926 | 96.663 |

Source : Recettes fiscales, évaluation loi de finances

Il convient de déduire de ces sommes les redressements en droit exigés par les services fiscaux. On estime cependant que seulement les deux tiers de ces redressements sont effectivement recouvrés. Les redressements pour la période concernée sont les suivants :

1980 : 11 499 millions de F. soit recouvrés : 7 589 millions de F.
1981 : 12 349 " " " " 8 150 millions de F.
1982 : 15 474 " " " " 10 212 millions de F.

Le coût de la fraude fiscale peut alors être estimé à :

1980 : 69 436 millions de francs
1981 : 72 776 millions de francs
1982 : 86 451 millions de francs

Source : Godefroy (Th.), Laffargue (B.), C.E.S.D.I.P.

2 - Les travaux en termes de réaction sociale

Nous ne présenterons pas ici toute une série de travaux monographiques qui à l'occasion de l'analyse de domaines particuliers (immobiliers, pétrole, paradis fiscaux...) (107) ou d'affaires à retentissement (DASSAULT-ARANDA...) (108) ont amené bien des exemples de dépendance de l'Etat à l'égard des intérêts privés et du jeu complexe de pressions, connivences et collusions qui peuvent faire du premier un instrument des seconds.

Il peut, par contre, être utile de reconstituer à grands traits les nouvelles orientations prises par la criminologie anglo-saxonne et nord-américaine. Ceci dans le mesure où elle s'est efforcée de théoriser sous diverses formes les pratiques discriminatoires des appareils répressifs. On peut discerner deux moments de rupture dans la définition de ce type de problématique.

a) De l'association différentielle à la stigmatisation institutionnelle

Au confluent des approches culturalistes et fonctionnalistes nous avons vu comment un auteur comme SUTHERLAND avait contribué à écarter les perspectives positivistes et naturalistes sur la délinquance. Rejetant l'idée d'une criminalité innée, symptôme de déficiences individuelles, il montra à quel point la délinquance était au contraire une pratique sociale parmi d'autres, et à ce titre relevait d'un apprentissage et s'inscrivait même dans un processus de socialisation. Le comportement dit déviant apparaissait alors plus comme un comportement d'adaptation à un groupe, un milieu, un environnement que comme un signe de désocialisation. Dans ce sens, on peut reprendre l'heureuse expression de P. ARPAILLANGE pour lequel, les délinquants d'affaires, ne sont des inadaptés sociaux, ils sont au contraire très, voire trop bien adaptés, maximisant les règles du jeu de leur milieu.

Les approches interactionnistes vont prolonger cette réorientation en insistant sur les phénomènes de construction sociale de la déviance et de la délinquance. Elles mettent l'accent sur l'importance des retombées de la réaction sociale sur les individus. Les différentes formes de stigmatisation opérées par la désignation, la prise en charge et la sanction des comportements définis comme déviants, peuvent alors conduire ceux auxquels elles s'appliquent à s'enfermer dans des rôles déviants. L'étiquetage les conduisant alors à tenir jusqu'au bout, selon l'expression de J. GENET "le rôle que la société attendait de moi". Dans ce sens, le domaine de la délinquance des affaires fournira aux auteurs de précieux exemples, établissant en effet qu'une absence de réaction sociale organisée permet à de véritables délinquants d'échapper à toute stigmatisation. Et au-delà même, préserve leurs activités délictueuses de toute inscription dans le champ de la délinquence réprouvée, malgré l'existence incontournable d'incriminations légales. Ainsi S. SHOHAM dans "The mark of cain" (109) écrit : "les délinquants en col blanc ne se perçoivent pas eux-mêmes comme infracteurs ou déviants et l'opinion publique

./...

les traite comme de respectueux personnages". Il insiste sur les préjugés de moralité dont bénéficient les membres des groupes dirigeants ainsi que les connivences d'origine sociale. et d'éducation qu'ils partagent avec les responsables des autorités publiques : "il en résulte un traitement de faveur pour les hommes d'affaires et entreprises qui ont été suffisemment insouciants pour s'empêtrer dans un contre-temps pénal" (110).

Dans le même sens on peut également se référer à l'ouvrage classique de D. CHAPMAN (111). Il reprend à sa façon la question de la non-criminalisation de fait de la délinquance d'affaires. A travers l'analyse du traitement judiciaire des banqueroutes il souligne l'impunité dont bénéficie une grande partie de la classe moyenne non salariée (commerçants, petits entrepeneurs...)et il illustre par exemple des fraudes financières, celle dont bénéficient les managers. Après avoir décortiqué les arguments des détracteurs de SUTHERLAND, en particulier BURGESS, il conclut sur ce point en disant que "l'étude de la délinquance en col blanc doit moins tendre vers la réforme du délinquant que vers celle du criminologue".

b) Délinquance d'affaires, délinquance de classe

L'approche interactionniste des phénomènes de réaction sociale a permis un premier déplacement des questionnements en orientant le projecteur de l'analyse des comportements aux fonctionnements institutionnels et idéologiques. Ce n'est plus la question de la culture déviante dans les milieux d'affaires qui retient l'attention, mais celle des processus de définition et de marquage des catégories et des rôles. Toutefois une telle approche poursuit la tradition "fonctionnaliste-institutionnaliste" dans la mesure où elle se réfère à des situations de pouvoir et de domination abstraites et idéalisées. Ces théories, a-classistes, sous-entendent que ce sont les institutions qui créent les rapports de domination. Interrogeant les effets "négatifs" de la réaction sociale, son caractère discriminatoire, ils appellent à une réorientation du contrôle social, à une "justice justice" et un "droit équitable". Les déterminations économiques, politiques et idéologiques qui président aux orientations des institutions publiques ne sont pas souvent prises en compte par les interactionnistes.

C'est cette dimension socio-politique qui sera introduite par la "nouvelle criminologie" ou "criminologie critique" (112) inspirée par un radicalisme libertaire et parfois par un marxisme Althussérien (113). Retrouvant et réutilisant BONGER ils déclarent : la délinquance et son contrôle sont des pratiques de classe que l'on ne peut saisir indépendamment de l'état des rapports sociaux. C'est principalement à l'occasion de la reconceptualisation d'ensemble des phénomènes criminels que ces auteurs se réfèreront à la notion de délinquance d'affaires. Plus précisément encore, c'est dans le cadre de la définition de la notion même de crime qu'ils en traiteront. Ainsi I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG se réfèrent aux travaux de SUTHERLAND sur les condamnations des sociétés commerciales pour montrer l'intérêt

./...

que peut avoir une analyse sociologique des statistiques de condamnations, mais aussi pour dénoncer l'idéologie conservatrice de ceux qui se refusent au nom du réalisme à voir dans le "white collar crime" une véritable délinquance. Ils proposent alors de fonder sur l'état du droit, sur l'ensemble des incriminations pénales existant et mises en oeuvre leur analyse de l'état du système répressif d'une formation sociale afin de le mettre en question par ce biais là. "L'objectif que nous poursuivons par cet examen de la société est très explicite : dans cet essai comme dans le précédent, nous avons pris le parti d'une criminologie engagée dans l'abolition des inégalités de richesse et de pouvoir" (114). Vaste programme repris par les SCHWENDIGER (115) qui se proposent de substituer une criminologie assurant la défense des droits de l'homme à celle qui se veut garante de l'ordre établi. Eux également se réfèrent aux travaux de SUTHERLAND pour élargir la notion légale d'incrimination à celle de "nuisance sociale" (social injuries) comme base de définition du crime. Arguant que ce dernier avait inclu dans le champ de la délinquance d'affaires des atteintes aussi bien civiles que pénales à l'ordre social. Ils utilisent également l'exemple de ce domaine pour montrer l'influence des groupes de pression sur la production législative et le dénoncer.

Paradoxalement, ces différents auteurs perçus comme étant politiquement de gauche voire d'extrême gauche sont partis (ou ont cru partir) d'une approche matérialiste pour parvenir à des prises de position hautement idéalistes. Continuant à revendiquer la spécifité d'une criminologie redéfinie, ils aspirent à une science de l'oppression prenant comme objet d'étude et de lutte l'exploitation, le racisme, le sexisme, voire l'impérialisme et l'aliénation. C'est très explicitement ce que leur reprochera P.Q. HIRST (116) qui dénonce cet idéalisme et ses aspirations égalitaristes. Il propose à l'inverse un projet de travail inspiré par un marxisme orthodoxe. Dans cette perspective tout système légal et institutionnel est considéré comme une matérialisation, concrétisation des rapports économiques, politiques et idéologiques spécifiques à l'état d'une formation sociale à un moment donné. L'analyse de telle ou telle forme de délinquance ou de réaction sociale comme la délinquance des affaires ou autre, perd alors toute pertinence en tant qu'objet de recherche autonome.

Malheureusement, cette perspective envisageant l'étude de la réaction sociale à la délinquance d'affaires sous l'angle des rapports de domination donna lieu à très peu de travaux de recherche empirique. On peut voir dans la recherche entreprise à l'Université de Montréal par F. ACOSTA, R. KEDZIOR, C. PARENT et J. RICO une première tentative dans ce sens là (117).

Les différentes approches menées en termes de réaction sociale ont donc mis l'accent sur le traitement différentiel des délinquances tant par les appareils de contrôle étatiques qu'au niveau idéologique, c'est-à-dire celui des représentations sociales concernant les infractions et leurs auteurs. Stigmatisation, discrimination et domination de

./...

de classe ont été les conceptes clés à partir desquels ces analyses successives ont été élaborées. Elles se référaient respectivement à trois disciplines théoriques différentes, la psychologie sociale, la sociologie des institutions, la science politique.

Enfin, depuis la fin des années soixante-dix s'est développée une nouvelle approche qui connaît aujourd'hui, à son tour un fort retentissement et marque la plupart des travaux les plus récents. Elle définit et traite la "délinquance en affaires" comme une déviance organisationnelle.

C'est sur la base des travaux de REISS que s'est développé la notion de "déviance organisationnelle". Elle s'appuie sur la théorie des organisations et considère que toute activité (infractionnelle ou non) ne peut se comprendre qu'en la resituant dans le réseau des interactions multiples qui structurent toute organisation ; ici, en l'occurence, une entreprise voire une administration pour des faits de corruption. L'activité délictueuse d'une société commerciale ne peut être aisément personnalisée, réduite à un comportement quasi-individuel ou une série de comportements individuels, les grilles de lecture criminologique habituelles s'avèrent donc ici inadéquates.

Toute une lignée d'auteurs vont, dans la deuxième partie des années soixante-dix, appliquer cette problématique à notre domaine (117 bis). Ils font prévaloir dans l'entreprise la notion d'actions finalisées et de décisions contingentes. L'activité infractionnelle est alors resituée dans l'ensemble des opérations et prises de décision destinées à assurer la réalisation des objectifs de l'entreprise ; elle s'inscrit dans l'organisation, la division interne du travail. L'approche organisationnelle s'efforce d'assembler des données relatives aux opportunités internes et externes orientant les choix des groupes dirieants ainsi qu'aux enjeux économiques et symboliques (image de marque) en cause. Très éclairante dans des études de cas, comme l'affaire REVCO étudiée par D. VAUGHAN, ce type d'approche schématise les positions des acteurs impliqués et surtout magnifie leur intentionnalisme et leur rationnalité dans la définition de stratégies, en pratique, souvent, beaucoup plus troubles et contradictoires. L'enquête de M.B. CLINARD sur l'éthique en affaires des cadres supérieurs et moyens chargés de l'exécution des décisions des groupes dirigeants complète cette approche sur la dynamique organisationnelle en mettant l'accent davantage sur les phénomènes idéologiques. La nécessaire croyance en l'entreprise et en sa réussite tout comme la domination subie par l'encadrement éclairent en partie les comportements de complicité active ou passive au sein des organisations industrielles et commerciales.

./...

c) Illégalismes de biens/illégalismes de droit : l'apport de M. FOUCAULT

Philosophe de la connaissance, les questions de la délinquance et de la prison sont pour lui secondes par rapport à son projet général de recherche sur l'archéologie du savoir humain. De même que dans "naissance de la clinique" l'histoire de la médecine était seconde par rapport à l'analyse de l'émergeance et de la définition de l'humain, de même dans "Histoire de la folie" l'histoire des asiles était seconde par rapport à l'analyse de la poussée impérialiste de la raison. L'importance des réactions suscitées par le salutaire coup de pied de "Surveiller et punir" dans la termitière criminologique a parfois fait oublier que ce n'était pas d'abord un livre sur la prison. Le projet est bien plus large puisqu'il traite du renouvellement des dispositifs de pouvoir et de savoir au XIXº siècle. La prison en tant que schéma panoptique n'est que le diagramme abstrait et le symbole actualisé du mode de gouvernement de l'humain produit par l'ère industrielle bourgeoise. La mise en visibilité générale des sujets et leur disciplinarisation eut alors pour corollaire un effacement apparent et une technisisation des instances de pouvoir. C'est principalement une mise à jour de la généralisation et de la banalisation de l'examen et du "jugement", comme techniques permanentes et omniprésentes de pouvoir, qu'opère FOUCAULT. Au XIXº siècle, l'homme est mis en état de mesure permanente, sans cesse sommé de rendre des comptes sur lui-même et sur ses activités, acculé à une discipline qui pour être absolue tend vers une auto-discipline.

Le maître-mot de ce nouvel ordre social est sans nul doute celui de régularité. Régularité, dans les différentes acceptions du terme : - ce qui est conforme aux règles édictées, qui s'y adapte, les suit, ne fait pas exception - ce qui par contre-coup est bien proportionné présente un caractère d'ordre, de symétrie et d'harmonie - qui est donc égal, sans à-coup, prévisible surtout - ce, enfin, qui appartient à un ordre, un groupe organisé (l'inverse d'un séculier) et qui en est éventuellement un soldat, un militant actif (et non un supplétif). Lorsque la régularité est la règle, toute irrégularité, anormalité, illégalité, toute asymétrie, difformité, inégalité, tout accident, toute exception peuvent être la source d'un conflit qu'il s'agit de résoudre et si possible de prévenir.

Résolution d'autant plus nécessaire et périlleuse à l'époque que la société de l'Ancien Régime était justement basée sur d'innombrables discontinuités de règles selon les lieux (coutumes) et les personnes (privilèges). De plus, chaque catégorie avait développé sa marge d'illégalisme toléré

./...

et en avait fait un des critères voire une condition, de son mode de vie : "La non application de la règle, l'inobservation des innombrables édits ou ordonnances étaient une condition du fonctionnement politique et économique de la société" (118). Les couches populaires et paysannes défendaient aussi âprement leurs droits coutumiers acquis par des luttes ancestrales que la noblesse, le clergé et la bourgeoisie étaient attachés à leurs privilèges. De plus, ces différents illégalismes ne s'affrontaient pas les uns les autres ; soit ils portaient sur des enjeux divergeants soit parfois ils se confortaient (révoltes fiscales contre l'autorité royale).

Le développement économique et démographique de la seconde moitié du XVIII° siècle va bouleverser cette co-existence d'irrégularités et provoquer tout particulièrement une "crise des illégalismes populaires". Jusqu'alors la différenciation entre illégalismes de droit et de fait n'avait pas grande pertinence, elle demeurait de moindre importance par rapport à la différenciation principale des états sociaux (gens sans aveu, serfs, paysans libres, bourgeois, nobles, ecclésiastiques, gens du Roi...). L'intensification de la circulation des biens et l'imposition d'une nouvelle idéologie juridique fondamentalement individualisante vont fonder la nouvelle différenciation entre "biens" et "droits". La désocialisation de la propriété au profit d'une conception atomisée et absolue constitue le changement majeur qui sous-tend le redécoupage. Cette question centrale mérite quelques détours.

Sans s'y référer explicitement, FOUCAULT rejoint ici les analyses de MARX sur les modifications du statut de la propriété foncière et de la notion de propriété en général (119). L'idéologie juridique bourgeoise a en effet disqualifié les formes hybrides de propriété et mis en cause les droits d'usage communautairement régulés au profit d'une conception absolutiste et abstraite du droit de propriété. Conception inséparable de l'émergeance de celle d'un sujet de droit radicalement atomisé (isolé de tout contexte concret) et abstractisé (défini a priori comme propriétaire potentiel hors de toute référence à des pratiques matérielles).

Cette abstraction de la notion de propriété et son assignation dans des entités individuelles et objets de commerce est à mettre en relation au plan historique avec l'émergence, au cours du XVIII° siècle, de la notion d'Homme comme sujet central et absolu de l'histoire, tel que l'analyse FOUCAULT (120). L'humain devient alors, au niveau des représentations collectives, l'unité globalisante et la mesure de toutes les pratiques sociales. La propriété prend corps en lui, s'y définit et s'y fige. VILLEY dans ses travaux sur la formation de la pensée juridique moderne situe dans la scholastique franciscaine le point de rupture essentiel, le lieu de substitution d'une philosophie individualisante à la philosophie naturaliste et globalisante du Thomisme et de ses prédécesseurs grecs. A "un monde de généralités, de genres, d'espèces, de natures, de causes formelles et finales" succède "un monde de personnes, d'individus" (121). C'est pourquoi contrairement à la conception Thomiste qui voyait dans la propriété une catégorie naturelle

./...

à exercer, donc, selon le bien commun, le philosophe franciscain D. SCOTT y voit d'abord la marque de la volonté individuelle, de la loi positive humaine. La propriété va progressivement voir son statut évoluer durant la période classique d'un état de charge naturelle à celui d'un droit absolu, base de revendication permanente. Ces deux dimensions sont pour nous fondamentales :

- Selon F. ZENATTI, "l'absolutisme de la propriété c'est avant tout l'abolition de la relativité de la propriété féodale qui faisait que l'on pouvait être à la fois propriétaire vis-à-vis d'un autre, relativement à une même terre" (122). C'est aussi ce que soulignera E.P. THOMPSON. Amorcé à la fin du XV° siècle, le mode d'appropriation des terres par les grands propriétaires fonciers passa au XVIII° siècle par des formes légales "la loi même devint l'instrument de la spolation" (123). Ce qui était alors en jeu ce n'était pas un affrontement entre propriétaires et non-propriétaires, mais bien plutôt la confrontation violente de deux conceptions de la propriété. Une conception absolutiste, indivisible, sans zone d'incertitude, donnant un pouvoir arbitraire sans contrainte extérieure au propriétaire sur la totalité de ses "biens", entendus extensivement et une conception relativisée inscrivant la jouissance et la disposition dans un ensemble de servitudes communautaires réglées par la coutume. Ainsi la propriété d'une forêt s'applique désormais à tous les biens qui la composent, bois morts et fruits sauvages inclus.

- Ce nouveau droit absolu est aussi un droit actif, revendicatif. Il ne se contente pas de régler les rapports inter-individuels, il donne surtout des attributs, des compétences, fonde les revendications et autorise les actions juridiques. En tant que droit subjectif, la notion moderne de propriété est porteuse d'une dimension active et revendicatrice de champs d'application toujours renouvelés qui contraste avec la conception ancienne d'origine romaine de la proprietas où prévalait un mode de possession passif (124).

Il y a donc dans le même temps, désocialisation de la terre et imposition d'un nouvel ordre juridique qui ramène tout bien et toute personne à un statut abstrait, unitaire et indivisible assurant leur insertion et leur circulation dans le marché.

Ces changements dans la définition sociale de la propriété et sa mise en forme juridique vont avoir de lourdes conséquences pour la classe populaire : "car tous les droits coutumiers des pauvres reposaient sur le fait qu'un certain type de propriété avait un caractère indécis qui ne déterminait pas si, en dernière instance, cette propriété était privée ou commune"(125). Cette forme de propriété correspondait aux formes féodales de socialisation de la terre et à des formes de pouvoir spécifiques qui s'exerçaient moins sur des biens que sur des personnes. Comme nous le mentionnions précédemment, cette socialisation relative de la propriété foncière facilitait l'émergence de droits d'usage, acquis sur les marges, sur les zones d'indétermination. Des historiens comme Y.M. BERCE et O. FESTY ont montré l'importance de la police des droits d'usage dans la vie des communautés rurales (12

./...

Les magistrats communaux veillaient tout particulièrement au respect des règles coutumières de disposition, les protégeant contre les empiètements émanant de propriétaires privés, mais surtout de nouveaux arrivants ou contre les prétentions étatiques incarnées par les intendants et fermiers du Domaine. Ces droits d'usage concernaient surtout l'élevage (parcours, dépaissance, glandée) et l'exploitation des forêts (affouage). Apparemment négligeables, "ces menus profits paysans constituaient un appoint parfois indispensable pour les plus pauvres, l'herbe de leur chêvre, les glands de leur cochon, le bois de leur feu". A partir du XVIIIº siècle, l'aliénation des communaux lors de l'aggravation de l'endettement communal, les révisions des droits domaniaux pour augmenter les ressources fiscales du souverain, les prétentions des nouveaux nobles rognèrent systématiquement ces droits acquis. La Grande Ordonnance de Colbert sur les Eaux et Forêts d'août 1669 en fournit un exemple idéal. La politique de réforme des forêts conduisit à l'adoption de mesures radicales mettant en cause ou annulant purement et simplement des "droits acquis de temps immémoriaux". La limitation du droit de glandée à 4 mois dans l'année (titre 18), l'interdiction du pacage des ovins (titre 19) et du ramassage du bois pour le chauffage (titre 20) suscitèrent dans tous le pays d'importants mouvements paysans aujourd'hui mieux connus (127).

En milieu rural, les illégalismes de droits entretenus par la mouvance et la relativité des droits coutumiers vont être recodés en actes de délinquance contre les biens. Le dépassement des droits d'usage se trouva retranscrit en soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. La diffusion de la notion de vol et la généralisation de sa répression constitue le versant pénal de la nouvelle notion de propriété. C'est ce que K. MARX analyse dans ses articles à la Gazette Rhénane sur les débats de la loi relative au vol de bois mort (128). Ce qui est mal toléré par la propriété foncière le sera encore moins par la propriété industrielle et commerciale. Les nouvelles formes de production, circulation et accumulation des marchandises reposent en grande partie sur cette conception absolutiste de la propriété. Le vol en devient une menace suprême et constante, celui des ouvriers dans les usines, des employés dans les entrepôts et les magasins, des domestiques dans les maisons, des vagabonds partout. "Le vol tend à devenir la première des grandes échappatoires à la légalité, dans ce mouvement qui fait passer d'une société du prélèvement juridico-politique à une société de l'appropriation des moyens et des produits du travail" (129). Les classes populaires, en raison du mode de vie et du mode d'exploitation qu'elles subissent vont affronter l'ordre social bourgeois sur le terrain de la propriété par les différentes formes de délinquance directe contre les biens.

Quant à la bourgeoisie, cherchant à assurer et étendre sa propriété et les revenus de celle-ci "elle se réservera, elle, l'illégalisme des droits : la possibilité de tourner ses propres réglements et ses propres lois ; de faire assurer tout un immense secteur de la circulation économique par un jeu qui se déploie dans les marges de la législation, marges prévues par ses silences, ou libérées par une tolérance de fait" (130).

./...

La distinction majeure proposée par FOUCAULT et depuis partout reprise, souligne tout d'abord une opposition de classes. Elle désigne d'autre part une très importante différenciation idéologique fondée sur le mode de domination exercé par une classe sur les autres : d'un côté (pour les illégalismes de biens) une catégorisation pénale nette (le vol) et une répression assurée par les "tribunaux ordinaires et les châtiments".
De l'autre (pour les illégalismes de droits) une catégorisation pluriforme et non exclusivement pénale ("fraude, évasions fiscales, opérations commerciales irrégulières") et une gestion plus différenciée assurée par "des juridictions spéciales avec transaction, accomodements, amendes atténuées..."

La domination de la classe bourgeoise se lit donc ici à un triple niveau :

- celui des formes concrètes d'illégalités : transfert violent de propriétés/jeu dans les marges de la législation

- celui des qualifications appliquées : infraction pénale/ infraction civile, commerciale aussi bien que pénale, mais aussi absence de qualification applicable (ex : l'évasion fiscale qui, elle, est juridiquement légale)

- celui des formes de règlement : tribunaux ordinaires/ tribunaux spécialisés, administration, règlement privé des conflits.

Cette domination produit donc une nette mise en visibilité des pratiques illégales des classes dominées et des sanctions qui leur sont appliquées. Elle produit parallèlement une occultation des illégalités de la classe dominante par l'opacité des lieux où elles se déploient, des dénominations qu'elles reçoivent et des modes de traitement qui leur sont appliquées. Il n'y a pas intolérance répressive d'un côté, absence de tout contrôle de l'autre, il y a, au contraire, réaction différentielle. Il y a "réverbère" et "réverbère" pour reprendre l'image des jurisconsultes, plus exactement "sunlight" d'un côté, "veilleuse" de l'autre.

On peut regretter certains flous dans la terminologie utilisée par FOUCAULT lorsqu'il conserve le même terme "illégalisme" pour désigner des réalisés très différentes :

- non-respect des règles coutumières et royales sous l'Ancien Régime (131)

- non -respect des règles étatiques codifiées après la Révolution, c'est-à-dire délinquance au sens propre (délinquance paysanne et ouvrière) (132)

- "jeu qui se déploie dans les marges de la législation" (133).

Si on écarte la question complexe des formes "d'illégalismes" de l'Ancien Régime, le plus important demeure la distinction proposée entre délinquance (cas pour lesquels une incrimination est prévue) et illégalisme (cas où il n'existe pas d'incrimination pénale même s'il y a violation

./...

d'une autre règle juridique : civile, commerciale, publique... On peut aussi dire que la distinction infraction/illégalisme renvoie à la présence/absence d'incrimination pénale. En ajoutant que ce clivage n'est pas toujours aussi assuré qu'il paraît dans la mesure où la notion d'illégalisme contient une dimension de relativité de la règle applicable. Ce qui n'est pas le cas pour la délinquance incriminée, le principe de légalité excluant précisément cette relativité. Parler d'illégalisme sous l'Ancien Régime c'est mettre en évidence la marge d'interprétation dans l'application des règles coutumières. Où commence l'usage abusif d'un droit d'usage, où s'arrête l'usage légitime ? Il n'y a pas de réponse a priori lorsqu'une forme de droit est en redéfinition constante, bien que très lente. Il n'y a que des réponses très localisées dans le temps et l'espace.

Cette relativité de la règle applicable se retrouve bien dans les conflits liés à la vie des affaires. Une opération strictement économique (répartition de marchés entre filiales, rachat d'une société par une autre, négociation de marchés internationaux) peut déclencher toute une série de conflits d'intérêts dont la régulation se fera par l'arbitrage ou par un procès civil aussi bien que par un dépôt de plainte au pénal (on va rarement jusqu'au procès). Les stratégies développées par les partenaires en présence seront ici déterminantes dans le choix de la forme de règlement qui sera finalement retenue et donc visibilisée. L'absence quasi-totale d'acteurs assurant dans ce secteur des fonctions de police au sens strict fait que même s'il y a bien eu pénalement "entente illicite", "faux bilan", "exportation illicite de capitaux" ou "corruption", ce type de qualification et de reconstruction pénale du conflit n'aura quasiment jamais lieu. D'autres formes de régulation, privées, civiles ou commerciales seront préférées le plus souvent, sauf s'il y a un intérêt particulier à assigner l'adversaire au pénal, ne serait-ce que pour porter atteinte à son crédit et l'affaiblir. C'est l'importance de ce phénomène de relativité qui nous conduit à maintenir ici, à bon escient, l'expression d'illégalisme d'affaires pour cerner les conflits de la vie économique ne relevant pas directement des infractions prévues par le droit pénal des affaires. On peut alors se permettre de compléter la formulation de FOUCAULT en disant que ces illégalismes se déploient "dans les marges de la législation" pénale. Nul et en particulier nul conflit ne pouvant prétendre se situer hors du droit.

L'apport de FOUCAULT rejoint enfin celui des sociologues de la réaction sociale qui ont tenté des approches inspirées du marxisme, par la mise en question qu'ils opèrent du rôle de l'Etat. Délinquance et illégalismes d'affaires ne sont plus du tout envisagés comme des dysfonctionnements socio-économiques qu'il s'agirait de réguler par des interventions techniques. Ils apparaissent comme des constructions dans lesquelles l'Etat est partie prenante, tant au niveau des règles qu'il édicte, que de la mise en oeuvre qui en est faite par ses appareils. La dimension la moins explicitée par FOUCAULT, bien que présente, est celle du processus de construction, plus exactement de reconstruction d'un acte, d'une pratique d'un conflit en délinquance ou illégalisme. S'interroger sur le recours différentiel aux qualifications juridiques possibles,

./...

sur la grille de codage appliquée à un conflit pour le nommer et le résoudre, cela revient à s'interroger sur le droit et sur les différents registres de dénomination et de règlement qu'il organise. C'est maintenant, selon cette perspective, que nous allons exposer notre démarche.

## D . La gestion différentielle des illégalismes et infractions d'affaires

La difficulté principale de notre domaine est qu'il propose une infinité d'objets de recherche possibles, objets d'autant plus séducteurs qu'ils se présentent toujours plus parés de toutes les fausses évidences de la "naturalité". Pour récapituler les déblaiements successifs opérés par nos prédécesseurs il est possible de distinguer les couches suivantes dans l'élaboration progressive de la question ici traitée. Ceci fait nous pourrons expliciter le développement de notre propre démarche.

### 1 - Déblaiements progressifs

#### a) Les escrocs sont partout les mêmes :

C'est la position d'origine qui s'est peu à peu constituée à l'occasion du processus d'incrimination qui traversa les XVI, XVII et XVIII° siècles. La délinquance d'affaires n'a pas encore de spécificité par rapport à la délinquance commune. On rencontre simplement dans la vie commerciale des voleurs et escrocs qui viennent opérer dans ce milieu comme ils l'ont fait dans d'autres.

La doctrine juridique de l'Ancien Régime assimile la banqueroute au vol. MUYART de VOUGLANS parle ainsi de la banqueroute : "on ne peut douter que ce ne soit un véritable crime comme renfermant un vol, et un vol qualifié en tant qu'il blesse essentiellement cette bonne foi qui est l'âme du commerce en même temps qu'il entraîne la ruine des familles". Toute une série d'ordonnances et de déclarations royales vont intervenir pour édicter en ce domaine des peines afflictives : La première connue date du 10 octobre 1536, puis parmi les plus marquantes figurent celles de 1673, 1716, 1743. Le "divertissement" et soustraction des effets, "la dilapidation des gages" des créanciers et "le vol de la personne même par la fuite" seront appréhendées comme autant de formes spécifiques du vol, constitutives de l'infraction "banqueroute".

Les jurisconsultes rédacteurs du code de commerce sont sur ce point explicites, stigmatisant les "forbans" venus de l'extérieur de la profession et "qui ne s'en approchent que pour la discréditer". Les autres irrégularités qui peuvent troubler la vie des affaires ne sont que des accidents, traités comme sans rapport avec une quelconque délinquance. Seul le banqueroutier est traitre à son milieu, dans la mesure où il est "un affront au commerce lui-même".

Le délinquant d'affaire est un délinquant comme un autre, extérieur ou traitre au monde des "honnêtes gens" et agissant sous l'emprise d'une personnalité cupide ou perverse.

#### b) Délinquance des affaires et "finesses de citadins"

Cette heureuse expression empruntée au rapport du Compte Général de la Justice criminelle de 1880 témoigne de la nouvelle distinction théorique et pratique qui s'est opérée

./...

au cours du XIX° siècle. Les commentateurs révèlent alors une double opposition : entre campagnes et villes tout d'abord, les premières étant caractérisées par des formes violentes de délinquance (meurtre, infanticides, incendies volontaires...) les secondes par des vols nombreux mais de peu d'importance commis sur la rue (vol à l'étalage, à la tire) et des délits d'astuce (escroqueries, abus de confiance et autres "finesses de citadins").

D'autre part, autant les atteintes aux biens qu'elles soient ou non violentes vont être régulièrement sanctionnées, autant "les finesses de citadins" auront du mal à être poursuivies. Le constat n'est pas en lui-même nouveau. Les criminalistes du XVIII° relevaient déjà les disparités dans les peines appliquées au vol domestique par rapport à celle touchant les banqueroutiers. On retrouve là le clivage relevé par FOUCAULT entre un mode de qualification qui fait entrer certains comportements dans le registre pénal de la délinquance réprimée et un autre mode de qualification qui inscrit d'autres comportements sur un registre de moindre dangerosité et de moindre sanction. A la limite on pourrait assimiler ici "finesses" et "illégalismes". Si l'on reconnait donc que la vie des affaires peut être affectée de quelques troubles, il s'agit plus d'irrégularités que de fautes pénalement punissables.

Les constantes dénonciations de "l'agiotage" et des jeux boursiers ne sont que feux de paille moralistes face aux nouvelles formes d'accumulation basées sur un capital spéculatif et non plus foncier. On relève dès la seconde moitié du XIX° les premières formulations et lamentations sur l'ineffectivité du droit répressif face à ces "finesses spéculatives". O. de VALLEE (Avocat général à la cour Impériale) conclut ainsi en 1857 un passage de son réquisitoire contre les "manieurs d'argent" : "Je demande que nous ne soyons pas condamnés, nous ses ministres, à la (la loi) tenir en nos mains frémissantes, inappliquée, vaincue !" (134). Et quelques années plus tard en 1863, le publiciste E. de MIRECOURT écrit : "Jamais je n'admettrai qu'il soit impossible de châtier les Scapins et les Sbrigani de la Bourse. Ne craignez surtout pas de frapper le monopole exhorbitant des agents de change. Ils ont violé le pacte même de leur privilège ; ils tolèrent la coulisse, clandestine et illégale dans sa nature ; ils vivent fraternellement avec elle. En un mot les réformes que je demande se résument toutes à l'application de la loi" (135).

Sans remise en cause réelle au niveau des pratiques, la position initiale "les escrocs sont partout les mêmes", s'est vu donc progressivement amodiée. Les luttes entre fractions de l'aristocratie et la bourgeoisie d'affaires suscitant la mise en visibilité de certains illégalismes. Une opposition particulièrement nette existe entre d'une part l'aristocratie foncière et la grande bourgeoisie de vieille souche spéculant à partir d'un patrimoine peronnel et constituant leur capital financier avec "l'argent des autres". Intérêts économiques, politiques et solidarité idéologique se conjuguèrent pour exclure cependant toute lecture de ces comportements spéculatifs en termes de délinquance. Ce type d'illégalismes provoqua

./...

toutefois une constante indignation morale qui se cantonna le plus souvent dans les satires journalistiques, romanesques et théâtrales (136). L'aristocratie chrétienne, couche particulièrement menacée par l'affairisme bourgeois, se montrera la plus virulente dans ses réprobations. Certains de ses membres tels le procureur O. de VALLEE iront jusqu'à proposer l'organisation d'une "Ligne de l'honneur public". Elle aurait pour but de "faire par l'opinion, autour de ceux qui ne s'enrichissent pas honnêtement et qui recouvrent à des moyens illicites et usuraires, comme un cercle de disgrâce morale" (137).

Désormais, le délinquant d'affaires n'est plus seulement un escroc venu de l'extérieur. La question des illégalismes, internes à la vie des affaires, est posée, reste à la traiter.

c) Chaque classe sociale a une criminalité spécifique

Ce n'est certainement pas la criminologie positiviste qui s'est attachée au tracé d'un tel "cercle de disgrâce morale". Entièrement accaparée par la démonstration de la dangerosité des classes populaires et cantonnant son étude de la délinquance sur les populations enfermées dans les prisons et les bagnes, elle a délibérément ignoré le domaine malgré l'existence de lois répressives et de "scandales financiers" à répétition. Cette ignorance était, et demeure, logique dans la mesure où traiter ce domaine conduit à bouleverser les postulats criminologiques. C'est ce que feront à quarante ans de distance quelques précurseurs isolés.

BONGER puis SUTHERLAND se sont efforcés chacun à sa manière (politique ou morale) de mettre en évidence la réalité des pratiques délictueuses des classes dirigeantes. Ce faisant ils déplaçaient l'objet de recherche en écartant toute étiologie individualisante au profit d'une éthiologie sociale. Le milieu de vie, les structures socio-économiques et l'idéologie propres à chaque classe permettaient de comprendre ou d'analyser la délinquance des milieux industriels comme celle des milieux ouvriers. La voie était ouverte pour les approches en terme de milieu social, qu'elles se fondent sur des variables socio-économiques (BONGER) ou culturalistes (SUTHERLAND).

d) Mais que fait la justice ?

Les quelques travaux qui se sont efforcés de prolonger l'analyse précédente par des recherches de quantification des délinquances d'affaires se sont immédiatement heurtés à la faiblesse des données disponibles. On a, en effet, la très fâcheuse habitude d'analyser les criminalités à partir des seules affaires repérées ou traitées par l'appareil judiciaire et policier. Indépendamment des biais ainsi introduits, ce mode d'approche s'est révélé ici très insatisfaisant en raison du nombre minime d'affaires de ce type qui vient à la connaissance des autorités répressives. La police

./...

connaît essentiellement des vols (86 % des infractions recensées concernent les quelques articles du Code Pénal sur le vol) (138). Au niveau judiciaire la définition la plus extensive des délinquances astucieuse, économique et financière n'aboutit qu'à 6 % des jugements prononcés (139).

A partir de là s'est élaboré un nouvel objet de recherche posé en termes de difficultés de répression. Deux modes d'approche en ont découlé parallèlement ou conjointement :

- l'un juridique met l'accent sur les failles, les lacunes du droit, les lourdeurs de procédure et propose des solutions techniques : modernisations, simplifications ou renforcement du droit

- l'autre, plus sociologique, développe une série d'interrogations sur les formes d'ineffectivité du droit répressif, s'attachant à la méconnaissance du droit par les acteurs et aux résistances institutionnelles à sa mise en oeuvre. Il va parfois jusqu'à intégrer des questions idéologiques à propos des connivences et solidarités socio-culturelles existant entre les délinquants d'affaires et les agents chargés de les contrôler qui produiraient une solidarité de fait.

Dans l'un et l'autre cas, nous avons affaire à des problématiques que l'on pourrait qualifier de nostalgiques au sens où elles développent des discours d'échec de la régulation sociale :

- soit en se centrant sur les règles de droit existantes et en mesurant leur niveau de plus ou moins grande mise en oeuvre

- soit en se centrant sur l'action du juge et en mettant à jour les écarts existant entre la finalité supposée d'un texte de loi et son application concrète : on s'appuie alors essentiellement sur le faible niveau des sanctions et leur manque d'impact concret.

"Incomplétude" du droit et "laxisme" judiciaire sont le plus souvent les conclusions sur lesquelles débouchent ces approches en termes d'écart. Ecart qu'en filigranne on présuppose négatif, et que l'on traite en signe pathologique, indicateur de dysfonctionnement social. Ecart, enfin, que l'on sous-entend résorbable par des réformes législatives, l'organisation de "politique criminelle" la formation des agents de contrôle, la sensibilité de l'opinion etc... Approche, donc, nostalgique d'un droit et d'une justice, opératoires et efficaces dont nous avons précédemment évoqué les limites et les risques.

e) L'essentiel se joue ailleurs

La faiblesse des contentieux d'affaires traités par le judiciaire a ainsi conduit à s'interroger sur les filières de dérivation et d'évitement du pénal qui permettent

./...

à l'essentiel des conflits de se réguler hors de ce champ. On s'attache alors à analyser la déjudiciarisation de fait qui a été opérée et les modes de règlement administratifs ou privés qui s'y substituent ou le concurrencent. L'étude des formes institutionnelles de règlement des conflits d'affaires hors du contexte policier et judiciaire devient alors le terrain de recherche sur ces modes de régulation à faible visibilité. Essentiellement de type administratif, ces modes de régulation opèrent par gestion-sanction, c'est-à-dire qu'ils font prévaloir des objectifs pragmatiques (recouvrement de l'impôt, contrôle des risques industriels, non-désagrégation du milieu du travail, harmonisation du marché financier...) sur les objectifs répressifs. Bien que dotés de très importants pouvoirs de police judiciaire, la recherche des infractions et leur poursuite (fraude fiscale, pollution industrielle, non respect des règles d'hygiène et sécurité, présentation de faux bilan...) reste dans leur action très minoritaire quantitativement. Et ceci d'autant plus qu'en ces matières dresser un procès-verbal et transmettre au judiciaire, signifie un déssaisissement complet et par conséquent l'interruption de toutes les stratégies de négociation habituelles. Le recours au pénal c'est alors, en premier lieu, l'aveu de l'échec de l'objectif de régularisation administrative. Tout ceci sera amplement repris et argumenté ultérieurement.

## 2 - Mouvement d'une démarche

Nos travaux se sont développés tout d'abord dans les perspectives "d"(que fait-on dans la justice ?) puis "e" (l'essentiel se joue ailleurs). Sans doute était-ce un passage obligé pour pouvoir aujourd'hui reconstruire à nouveau notre objet de recherche et reformuler une démarche, en introduisant plus de complexité et de contradictoire dans l'analyse. De ces travaux, il est possible de dégager un certain nombre d'apport mais aussi de limites.

### a) Dépassement des problématiques de l'écart, ou les risques de la mesure

La constitution de différentes bases de données statistiques "mesurant" les activités judiciaires et administratives est sans doute finalement l'apport le plus humble mais le plus notable de nos premières démarches. Nous sentons bien aujourd'hui à quel point nous sommes redevables à cette longue et méticuleuse entreprise de comptage pour les formulations que nous pouvons avancer maintenant. Paradoxalement ce sont peut-être beaucoup moins les résultats chiffrés en eux-mêmes que la réflexion sur le statut des données recueillies qui s'est avérée la plus stimulante intellectuellement.

La banalisation du recours aux statistiques est porteuse de bien des effets pervers. Le chiffre tend à fonctionner comme un argument d'autorité ultime, une vérité révélée qui fait silence sur sa genèse. Mais ce chiffre qui est "produit" telle une pièce à conviction, est d'abord "produit"

./...

par une certaine démarche. Et au fait que compte-t-il ? L'activité judiciaire. Certes mais que nous apprend-il ? De quels découpages, de quelles opérations est-il la résultante ? On pourrait répondre avec humour, et peut-être aussi lucidité, que la statistique judiciaire nous informe plus sur le travail de saisie de données par les greffes et sur les traitements informatiques qui en sont faits que sur les activités du juge. Ces pratiques, beaucoup moins automatisées, homogènes et régulières que l'on ne croit sont autant marquées que d'autres par des représentations idéologiques. L'enregistrement des données, leur codage par des nomenclatures pré-existantes plus ou moins explicites, leur mise en interrelation sont autant d'opérations déterminantes dans la production du chiffre. C'est à tort et par ignorance que l'on ne veut souvent y voir qu'un processus technique relativement neutre. Il ne s'est pas agi pour nous de dénoncer ces "mauvais" chiffres, partiels et partiaux et de revendiquer la production de "bons" chiffres qui parleraient "vrai". Bien au contraire, c'est la réflexion progressive, tant sur le mode d'élaboration des sources statistiques que sur leur forme (informations présentes ou absentes, mode de découpage et de classification...) qui nous a conduit à mieux appréhender les différentes reconstructions opérées par les organes de contrôle administratif et judiciaire. Et qui nous a confronté surtout au rôle déterminant des catégories juridiques tant en ce qui concerne le droit de fond que la procédure. D'où une priorité, la réflexion sur les processus de qualification et de formalisation.

Quant aux apports de ces analyses de données en terme de contenu, ils peuvent être précisés autour de quatre directions. La carence de données quantifiées en notre domaine était criante. Elle était d'autant plus préjudiciable que comme nous l'avons vu, les lieux-communs et fausses évidences foissonnent.

Non seulement, il n'existait pas juqu'à aujourd'hui en France de renseignements précis sur les activités judiciaires en matière de délinquances d'affaires, mais ces données sont de plus extrêmement difficiles, voire impossible, à reconstituer précisément. En effet, les statistiques officielles retiennent des unités de compte trop vagues, pour nos besoins. Ainsi, l'unité de condamnation étant la personne, il est impossible, par exemple, de distinguer les condamnations visant les entrepreneurs individuels de celles concernant les sociétés. Notre approche a dès lors été double.

D'une part, nous avons tenté de regrouper et de clarifier les statistiques existantes en effectuant une analyse de l'ensemble des condamnations pénales prononcées à partir de 1976 pour des infractions liées à la vie des affaires. Il s'agit d'un traitement particulier des données constituées pour la recherche sur les produits et modes d'opérer de la justice pénale (140) au C.E.S.D.I.P.

Nous avons ainsi pu établir une typologie des parquets selon l'importance accordée aux grands groupes

./...

d'infractions retenus. Puis, il a été possible de préciser les populations cibles ainsi que les modes de jugement et de sanction caractérisant ce secteur en général et chaque infraction en particulier.

C'est globalement une impression de grande modicité qui ressort de ces travaux :

- modicité quantitative des condamnations prononcées en matière astucieuse, économique et financière (7,1 % en 77, 6,6 % en 78 de l'ensemble des condamnations pénales), extrême modicité des secteurs où l'on situe l'essentiel du coût du crime (141) (affaires de sociétés commerciales, infractions fiscales et douanières, moins de 1 % des condamnations pénales)

- modicité qualitative tant des sanctions prononcées (l'amende essentiellement inférieure à 3 000 F. est ici la peine type) que des catégories socio-professionnelles concernées :

1 - Des ouvriers, employés et marginaux condamnés pour escroquerie, abus de confiance et faux à des peines d'emprisonnement soit avec sursis, soit ferme, surtout quand il y a défaut et ces situations sont ici fréquentes.

2 - Des cadres supérieurs, dirigeants d'entreprises et gros commerçants condamnés pour des infractions en matière de droit pénal du travail et de sécurité sociale à des peines d'amende même s'il y a défaut.

Les professions libérales, les cadres moyens et supérieurs sont plutôt condamnés pour des infractions fiscales et douanières. Mais le changement de politique répressive en matière fiscale à partir de 1976 se traduit ici par une chute de ce contentieux (142).

3 - Des petits commerçants et artisans condamnés pour des infractions à la législation économique à des peines d'amende et dans une proportion moindre à des peines d'emprisonnement avec sursis, le défaut jouant peu comme condition aggravante.

D'autre part, nous avons constitué une série statistique de un siècle et demi de condamnations (1825-1978) afin de mettre en évidence l'apparition des délinquances d'affaires dans le champ de la délinquance réprimée. Le développement de l'intervention pénale dans ce domaine peut être précisé autour de quatre phases. La période où cette intervention fut la plus importante est celle de l'entre-deux guerres. Depuis la libération et malgré l'arrivée massive des contentieux de droit pénal social (travail, sécurité sociale) l'intervention judiciaire est redevenue quantitativement celle qui était la sienne sous le Second Empire.

./...

Enfin, sur la base des différents éléments recueillis durant une phase exploratoire nous avons mis sur pied une enquête sur les dossiers judiciaires dits de "criminalité financière". En nous basant sur une expérimentation du Max Planck Institute, mais après en avoir modifié et complété le contenu, une enquête extensive sur dossiers a été préparée pour les années 1978, 79 et 80, après un test de six mois en 1977.

Nous avons pu analyser sur trois années 1 600 dossiers financiers et préciser ainsi un certain nombre de questions à propos desuqelles on ne disposait pas jusqu'à présent d'information réelle : origine, délai et circuit de procédure, type d'entreprise poursuivie, montant des dommages, mode de jugement et sanctions.

Il s'agit massivement de dossiers concernant de petites entreprises, relativement jeunes et appartenant principalement au secteur du commerce, des services et de la construction immobilière. Il s'agit donc d'entreprises ayant une certaine fragilité, c'est-à-dire d'entreprises qui dans le contexte économique actuel peuvent rencontrer facilement des difficultés dans leur gestion.

Les poursuites pour banqueroutes simples sont largement majoritaires surtout à Paris. Traitées avec une relative lenteur (surtout dans les cas où une information est ouverte) les dossiers débouchent presque toujours sur des condamnations, mais celles-ci restent en général peu sévères, au regard notamment des dommages occasionnés (peine type : emprisonnement avec sursis de 4 mois).

On note néanmoins un léger accroissement des peines de substitution, par rapport à l'enquête précédente, (13,6 % en province, 2,8 % à Paris) ; ce phénomène rend compte d'une tendance nouvelle en matière de politique criminelle due en particulier aux mesures érigéesà titre principal par les textes de 1975 et qui commencent à prendre effet.

Au regard des résultats de ces trois approches, ce qui est le plus frappant dans le domaine de la délinquance astucieuse et d'affaire, c'est la modicité de ce type de contentieux et la stabilité de son traitement judiciaire. La présentation détaillée des résultats sera faite ultérieurement.

Nous avons également entrepris la constitution de base de données sur les activités de régulation et sanction administratives en trois domaines :

- contentieux fiscal : il a été possible pour la première fois de mettre en relation les résultats des procédures du contrôle fiscal avec les dossiers transmis au judiciaire. Au-delà des phénomènes de filtrage, cette analyse a mis en évidence les divergeances et difficultés d'articulation entre les processus juridiques et institutionnels de l'interface administration fiscale-justice pénale (143).

./...

- contentieux sécurité sociale : il s'agit essentiellement des litiges pénaux liés au non versement des cotisations aux caisses de recouvrement. L'intérêt de ces contentieux est double : tout d'abord, malgré leur faible visibilité leur importance quantitative (4 773 condamnations prononcées en 1978, 14,3 % des condamnations en matière astucieuse, économique et financière). D'autre part, leur insertion dans un système de régulation étendu ; le pénal ne tenant qu'une place minime et extrêmement variable selon les caisses dans les stratégies de recouvrement multi-faces de chaque organisme qui combinent actions administratives et actions civiles, commerciales et pénales (144)

- contentieux "protection de l'environnement" : en cette matière la justice pénale a pour source d'approvisionnement, non pas une mais un réseau d'administrations et d'organismes qui gèrent chacun un secteur bien délimité du domaine (pollution des rivières, pollutions industrielles...). C'est une matière où l'hétérogénéïté tant juridique qu'institutionnelle du système de régulation-sanction se révèle à son maximum et où le recours aux qualifications pénales est très rare (145).

Dans chacun de ces domaines il s'agissait pour nous moins d'évaluer ce qui échappe au pénal que de cerner la spécificité des modes de règlement auxquels il participe.

On peut adresser à ce type d'approche deux sortes de critiques : une critique de "productivisme" et une critique de "pénalocentrisme" :

- critique du "productivisme" : la première lacune de ces travaux est de se focaliser sur les résultats apparents des activités de contrôle administratif et judiciaire. Raisonner en termes de procès-verbaux dressés, et de jugements rendus c'est finalement privilégier un certain type de produit d'un système au détriment d'autres ; c'est raisonner en termes d'efficacité mesurable. Le P.V., le jugement ne sont qu'une des manifestations de l'action contentieuse, sans doute la plus visible, la plus cernable mais pas forcément la plus révélatrice. Malheureusement, les données enregistrées habituellement ne tiennent aucun compte des autres formes de régulation des conflits. Seules des enquêtes de terrain permettent de resituer l'ensemble des modalités d'action les unes par rapport aux autres. Faute de quoi, on en reste à la mesure des taux d'efficacité apparente des règles et des différences dans les mises en oeuvre.

Le "productivisme" présente un second défaut, celui de privilégier le rôle de certains acteurs (le juge, l'inspecteur du travail, le commissaire aux comptes...) au détriment de la compréhension globale des situations concrètes, source du litige et du rôle des autres intervenants dans le règlement. On présuppose ainsi une passivité quasi-complète de la partie accusée et on ignore les étapes qui ont précédé l'apparition du litige sur la scène pénale ainsi que les stratégies qui ont produit cette issue. On aura beau comptabiliser et traiter de la façon la plus sophistiquée qui soit les ocndamnations pour banqueroute ou fraude fiscale

./...

et les P.V. transmis par les inspecteurs des installations classées, on ne sera guère mieux informé sur le rôle des tribunaux de commerce dans la pénalisation des faillites, sur les processus du contrôle fiscal ou de gestion des risques industriels. Enfin, on présuppose un peu trop aisément que l'issue pénale est de droit, voire "naturelle" et évidente. Ce qui nous conduit à la deuxième critique.

- critique du "pénalocentrisme" : on tend toujours à placer le système pénal en situation de clef de voûte d'un système de contrôle ou au sommet d'une pyramide d'autres agences de régulation. C'est toujours par rapport à lui que l'on situe les autres intervenants et que l'on parle de filtre, d'évitement. En matière d'infraction d'affaires, non seulement le judiciaire ne se situe pas en position centrale, mais il est de plus très difficile d'évaluer a priori la place qu'il occupe et le lieu d'où il opère. On a au contraire l'impression que le judiciaire se trouve bel et bien "marginalisé" ou plutôt cantonné à distance et maintenu dans un rôle de censeur lointain d'autant plus menaçant que peu présent et utilisé de façon souvent aléatoire. Quant aux organismes qui sont eux, en prise directe avec des secteurs précis de la vie des affaires et des entreprises, ils semblent beaucoup plus en situation de gestion et de régulation des "problèmes" et "illégalismes" apparaissant dans ce champ qu'en position de sanction. Mais entre ces deux types d'intervenants les interfaces (°) sont multiformes.

- d'autre part, la principale lacune de ce type d'approche est de se limiter au niveau des seuls fonctionnements institutionnels. On se cantonne alors au plan des difficultés de mise en oeuvre de catégories juridiques dont la spécificité n'est jamais envisagée comme un des éléments constitutifs du problème en cause. La question juridique n'a pas là de visibilité particulière, la formalisation par le droit demeure ainsi une dimension non traitée, comme si ses reconstructions étaient "naturelles", sans conséquences, comme si le droit n'était pas d'abord une fiction régulatrice, un code à vocation médiatrice.

Ne présuppose-t-on pas un peu trop aisément la capacité de toutes les formes juridiques du type "infraction" à endosser le vêtement pénal ? Les illégalismes définis, repérés et instruits dans un cadre administratif ne sont pas a priori pensés en termes pénaux. Bien au contraire, il faudra en fait un glissement progressif de qualification juridique pour que le délit fiscal devienne par exemple un délit pénal. Mais un tel glissement n'est nullement obligatoire. D'autre part, l'appareil pénal se heurte, lui, à d'importantes difficultés quand il a à saisir un objet ("la fraude fiscale") totalement pré-construit tant sur le plan juridique (un code autre que le pénal) que sur le plan institutionnel (une

./...

---

(°) Interface : Notion d'origine informatique repris par les théories systémiques qui désigne les zones de contacts et d'intéractions entre deux systèmes à orientation différente.

autre administration) et par d'autres opérateurs que ceux par référence auxquels il est accoutumé à oeuvrer. Sur la scène pénale l'infraction "fraude fiscale" fonctionne sur un mode différent de celui des infractions de droit commun. Il y a là une évidence. Sur quelles données repose alors la différenciation constatée ? Quelle place tient là la question juridique ? On a pu attendre quelques réponses des travaux mettant l'accent sur les phénomènes de pluralisme juridique et judiciaire.

b) Dépassement des problématiques sur le pluralisme juridique et judiciaire, ou les risques de l'évolutionnisme

Comment sortir des débats nostalgiques sur l'apparente "marginalisation" du pénal ? La sociologie du droit s'appliquant à l'analyse des constructions juridiques des conflits peut-elle nous ouvrir quelle perspective ?

Le premier apport de la sociologie du droit a été de mettre à bas l'impérialisme hégémonique du dogmatisme juridique. Celui-ci considérait (et considère encore très souvent) le système juridique comme un ensemble clos, en position a-historique et entretenant avec les pratiques sociales de simples rapports d'application. La science juridique se présente alors comme une science abstraite en situation d'extériorité à l'égard des structures sociales. La survivance considérable du droit romain dans les sociétés occidentales et le poids décisif des doctrines du droit naturel contribuent toujours à renforcer cette centration des juristes sur l'intérieur déréalisé des systèmes de droit.

C'est pourquoi comme l'ont souligné H. LEVY-BRUHL puis J. CARBONNIER (146) la première hypothèse de travail de la sociologie juridique a été celle des transformations du droit, de son inscription dans les processus de changement social. La démarche sociologique appliquée au droit a suscité une relativisation des constructions juridiques en les traitant comme des productions sociales, sous-tendues par la dynamique des rapports sociaux.

L'apport central de ces travaux fondateurs étant aujourd'hui bien établi, il importe de prolonger cette démarche en s'interrogeant de façon peut-être plus détaillée sur la place tenue par le droit dans les modes de règlement des conflits et sur les formes qu'il emprunte pour opérer. La sociologie du droit a longtemps consacré l'essentiel de ses travaux à la réception du droit dans la population (connaissance, résistances...). C'est aujourd'hui l'analyse des situations contentieuses et des processus de règlement des conflits plus ou moins institutionnalisés qui retient l'attention des chercheurs. On peut voir un double intérêt à cette orientation. Elle permet tout d'abord d'approcher une question complexe, l'étude de la mise en oeuvre des catégories juridiques

./...

par les acteurs sociaux. Elle est aussi l'occasion de renouveler une partie de la sociologie judiciaire en complétant les approches à dominante institutionnelle par des approches tenant compte de l'ensemble des phénomènes de reconstruction juridique des conflits (qualifications, formes procédurales...).

Certes la question des "mutations" de l'appareil judiciaire, son "dépérissement" ou son "administrativisation" revient en leitmotiv dans la plupart des travaux actuels de sociologie judiciaire. Mais ces phénomènes de reconstruction juridique ne peuvent pas être cantonnés dans la seule sphère judiciaire. Un certain nombre de travaux récents ont formulé de façon synthétique les principales approches contemporaines du problème des transformations de l'appareil judiciaire et des relations qu'il entretient avec son environnement. Nous en retiendrons deux qui nous paraissent significatives, une approche en terme de pluralisme juridique et une en terme de modification du rôle du juge et de dépassement du judiciaire.

1 - Le pluralisme juridique

Poursuivant les travaux de G. GURVITCH (147) de PETRAZYCKI (148) et de J. CARBONNIER (149), A.J. ARNAUD (150) a récemment reformulé dans sa "Critique de la raison juridique", le mode d'approche qui voit dans l'existence constante d'un pluralisme juridique toujours renouvelé le moteur principal du changement juridique. Que ce processus soit progressif ou conflictuel, il se nourrit d'une hiérarchie des normes qui opposerait toujours le système juridique dominant, maîtrisé par l'Etat ("phénomènes juridiques primaires") aux systèmes juridiques dominés, internes à la société civile productrice d'infra-droit. La loi, la jurisprudence, les règlements seraient constamment interpelées par des normes et valeurs concurrentes mises en oeuvre dans les conduites sociales. C'est dans ce sens qu'A.J. ARNAUD définit le pfojet de la sociologie juridique comme l'étude des déviances juridiques et de leur confrontation aux modèles juridiques étatiques.

Les approches en termes de pluralisme juridique ont ainsi mis l'accent sur des pratiques sociales dépassant largement le cadre de la normativité étatique. Les phénomènes infra-juridiques seraient les ferments du changement, jusqu'au moment où, institués en tout ou partie, ils seront à leur tour interpelés ; l'expression "juridicité" rend compte ainsi de l'ensemble des processus normatifs, ceux du droit positif et au-delà. Appliquant cette hypothèse à notre objet, nous pourrions utiliser l'expression "judiciarité" pour désigner l'ensemble des modes de régulation des conflits par médiation qu'ils soient institués ou non. Analyser les formes de résolution des conflits et leurs changements conduit à prendre en compte la "judiciarité" dans sa totalité "formelle" et "informelle", étatique et non étatique. L'infra-droit comprendrait alors les formes de règlement des conflits par médiation n'ayant pas encore reçu de légitimité publique ou s'y refusant. Si le changement provient de l'extérieur de

./...

l'institution, il est aussi lisible à l'intérieur de celle-ci, tant dans les formes juridiques que dans les pratiques judiciaires.

Les questionnements sur le pluralisme juridique en matière pénale sont très liés au constat de "l'inflation pénale", de la prolifération des incriminations. Ils s'inscrivent aussi dans un courant de réflexion sur l'hétérogénéïté croissante du domaine pénal. Tiraillé entre le psychiatre et le percepteur selon I. LARGUIER (151), entre la médicalisation et la fiscalisation selon M. Van de KERCHOVE (152) en voie d'administrativisation selon R. ROTH (153), de bureaucratisation selon M. DELMAS-MARTY (154) et de mutation d'un système de sanction en un système de discipline selon C. BARBERGER (155) la matière pénale n'est-elle pas en perte de cohérence (156) ?

Le débat est d'ailleurs plus ancien qu'on ne le croit. Ainsi dans la période d'après-guerre différentes interrogations ont été soulevées à propos des nouvelles législations économiques qui comportaient toutes un important versant pénal. La notion de faute économique (par exemple : prix illicite) se détachait de la conception classique de la faute pénale et on soulignait déjà : "son caractère particulier se retrouve plus nettement encore dans les règles de procédure et l'application des peines" (157). Les pénalistes tentaient de justifier ces modifications par leur caractère exceptionnel lié à la conjoncture historique et estimaient que "le rôle du législateur de demain sera précisément d'assouplir la règlementation économique et par là de préparer un retour vers une situation économique normale" (158). Il n'en a rien été, bien au contraire. L'interventionnisme étatique n'a cessé de croître.

Cette inflation des lois se manifeste en tous domaines comme l'expose J. CARBONNIER (159) et elle est particulièrement relevée voire dénoncée en droit pénal. On lit ainsi dans le mémoire introductif à la partie spéciale de l'Avant-projet de Code Pénal français ceci : "les lois particulières sont nombreuses puisqu'il existe plus de quatre mille dispositions répressives, ce qui constitue une véritable inflation de textes dont la plupart sont ignorés et inappliqués" (160).

Nous développerons plus loin dans le détail l'analyse du phénomène apparent d'inflation pénale et de l'hétérogénéité des formes pénales (cf. IIº partie, chapitre I).

./...

Seuls les travaux de C. BARBERGER (161) sont allés jusqu'ici au-delà du constat plus ou moins alarmiste de l'hétérogénéïté croissante du droit pénal en notre matière. Au côté du système classique de sanction pénale, elle cerne un système de discipline basé sur un droit pénal accessoire de textes réglementaires. Nous verrons plus loin comment cette approche, lorsqu'elle ne s'abandonne pas à un évolutionnisme, permet de penser l'articulation de différentes formes pénales intervenant dans un système élargi de règlement différentiel des conflits. Autant la notion de pluralisme juridique est une notion riche, autant on la réduit souvent à une question de concurrence ou de succession de formes du droit. Cette même tendance se retrouve dans les travaux qui abordent l'analyse du pluralisme judiciaire.

2 - Modifications du rôle du juge et dépassement du judiciaire

Dans un travail récent, centré sur l'analyse des modifications de prérogatives du pouvoir judiciaire ainsi que des multiples phénomènes de substitution au judiciaire de nouvelles instances de règlement des conflits, F. OST (162) propose "trois modèles de justice". Il aurait peut-être été plus juste de parler d'idéaux-type, du juge car c'est pour l'essentiel autour des modes d'opérer de ce dernier que sont définis les indicateurs caractérisant chacun des modèles. Il distingue : un modèle de justice coutumière (justice du Cadi) propre aux sociétés rurales essentiellement agricoles et structurées sur la base de clans ; un modèle de justice légaliste libérale propre aux sociétés capitalistes concurrentielles où l'Etat est censé incarner l'intérêt général ; un modèle de justice normative-technocratique propre aux sociétés "post-industrielles" où l'Etat fortement interventionniste se trouve confronté à une corporatisation des intérêts.

Le développement socio-historique de nos sociétés aurait donc vu se succéder un modèle de "juge pacificateur" tranchant dans l'immédiateté, un "juge-arbitre" dit de judicature" décidant par le droit et un "juge-entraîneur" dit de "magistrature" exercant une compétence élargie de règlement, de tutelle, de protection et de conservation de certains intérêts. La généralisation en Europe occidentale des juges des enfants, juge de la famille ou de système de prévention des faillites tout comme les dépassements du cadre légal par le pouvoir judiciaire nord-américain pour la défense de certaines causes (égalité raciale, protection de l'environnement.. fournissent l'essentiel des exemples utilisés. La recherche croissante d'une efficacité sociale mesurable (163) conduirait donc à une mutation voire à un débordement du judiciaire.

On peut compléter l'analyse de OST en se référant aux travaux de plus en plus nombreux qui s'intéressent au "règlement des litiges en dehors des tribunaux" (164). Ce sont surtout des travaux anglo-saxons qui ont attiré l'attention sur l'importance des modalités de règlement des conflits extérieurs au judiciaire (165). D'où une certaine vogue des approches opposant règlement formel et informel des

./...

litiges. On y relève aussi la présence de références nostalgiques (déjà présentes chez ARNAUD et OST) à la "dépossession croissante" du judiciaire ou à son "dépérissement" et la dénonciation de "circuits de dérivation" ou "d'évitement" du judiciaire.

Si ces différentes approches ont eu le grand mérite d'éclairer de façon spécifique telle ou telle dimension des processus de changement dans l'espace juridico-judiciaire, on peut cependant globalement leur reprocher un certain évolutionnisme dont témoigne souvent le vocabulaire utilisé ("naissance, croissance, apogée, décadence, mort..."). Plutôt que de mener l'analyse en termes de mutation, de substitution d'un modèle à l'autre ou en termes de concurrence ou de conflits entre modes de règlement des litiges, il semble possible aujourd'hui de proposer une grille de lecture plus complexe. Car où se situe le véritable changement, dans l'apparition de formes nouvelles de règlement des conflits ou dans leur actuelle mise en visibilité ?

c) Choix de problématique : la place du pénal dans les formes de règlement différentiel des conflits

R.L. ABEL écrit que l'idéologie de l'informel en mettant l'accent sur les seules différences entre le tribunal et ce qui permet de le remplacer "obscurcit ce que je crois être beaucoup plus important : la similitude entre la justice et les autres instances - l'arbitrage, la médiation et la conciliation" (166). C'est alors vers l'analyse des formes de règlement différentiel des conflits qu'il semble nécessaire de s'orienter. En effet l'étude empirique des modes de régulation des conflits tend plus souvent à mettre en évidence des systèmes complexes qu'à proposer ou confirmer la prégnance d'un modèle dominant unique.

Ainsi en matière de traitement des accidents du travail (167), une recherche récente a pu préciser quatre espaces d'intervention : circuit d'indemnisation (espace de la gestion financière par la Sécurité Sociale), circuit de contrôle des accidents professionnels (espace du contrôle de l'activité des entreprises par l'inspection du travail), circuit de la sanction civile (espace judiciaire civil), circuit répressif (espace judiciaire pénal). Chaque espace est orienté vers une finalité spécifique, ordonnancé selon une logique interne et emprunte des formes juridiques particulières de fond et de forme. Selon l'espace de régulation dans lequel on se situe, le litige "accident du travail" est retraduit de façon différente et le mode de rapport au judiciaire varie considérablement d'un espace à l'autre.

On voit alors l'intérêt qu'il y a à constituer, comme le propose E. SERVERIN (168) une "typologie des formes d'application du droit... instrument de description des modes de présence du droit dans la société... L'opération d'évaluation du changement juridique est donc à l'horizon de ce travail, et non, à son point de départ". Ce sont ainsi les processus de production et d'application des formes légales

./...

de résolution des conflits plus que leurs résultats (loi, jugement...) qui sont au centre de la recherche. Parler de règlement différentiel des conflits c'est donc prendre en compte l'ensemble des formes juridiques contentieuses et pré-contentieuses existantes, les situer les unes par rapport aux autres dans leurs spécificités et tenter de les articuler entre elles. C'est aussi écarter la tentation évolutionniste pour penser le problème plus en terme de co-existence que de concurrence, d'étendue de registre que d'avènement et d'effacement, de stratégies de régulation que de recherche d'un modèle unique.

Une autre approche se précise donc ainsi, elle prend le droit régulant la vie des affaires non comme un donné, traité comme transparent, mais comme le système de structuration d'un espace social, l'économie libérale en l'occurrence. L'analyse des formes et règles de construction de cet espace deviennent alors l'objet central de la recherche. Il s'agit, d'appréhender le jeu des catégories et qualifications à partir desquelles se trouve reformulée et domestiquée la réalité sociale, leur origine, les reformulations et agencements qu'elles opèrent, puis d'analyser les conditions de leur application.

Il ne suffit pas de dire par exemple que le droit pénal des affaires reflète ou opérationnalise les intérêts de la classe dominante, encore faut-il pouvoir expliciter les raisons pour lesquelles ce droit emprunte les formes que nous lui connaissons. Le droit se trouve dans un rapport idéologique avec l'économie, il en assure le fonctionnement par la traduction, la reconstruction qu'il en opère. Et dans ce sens on ne peut le considérer comme un simple instrument direct d'exploitation. Instrument de domination par l'occultation des contradictions premières qu'il assure, il est aussi un système rhétorique, un ensemble de représentations qu'un système social a produit de lui-même, pas seulement une mystification, aussi une légitimation et finalement une condition de son fonctionnement.

Notre principale hypothèse de travail est donc qu'il existe un système de régulation spécifique des illégalismes et infractions d'affaires codé par le droit. L'espace de ce système est délimité par un ensemble de règles juridiques organisées entre elles malgré leur apparente hétérogénéïté (civil, commercial, pénal) et présentant des caractères spécifiques dans les constructions qu'elles opèrent. Leur mise en oeuvre s'effectue par l'intermédiaire de différentes instances de règulation privées et publiques ayant chacune des modes d'action originaux. Le recours aux catégorisations et à la juridiction pénale ne peut se comprendre que par référence aux autres formes de régulation. L'objet de la recherche est donc de cerner et de caractériser ce système de régulation aux registres multiples qui assure un règlement différentiel des conflits internes à la vie des affaires. L'étude de la structuration interne de ce système et des différentes formes de régulation qu'il utilise, constitue notre objectif central.

./...

Nous pouvons, pour récapituler, situer notre problématique par rapport aux principales problématiques antérieures en les caractérisant par deux indicateurs le statut donné à la "délinquance d'affaires" et celui de la réaction sociale à son égard.

| Problématique | Statut de la délinquance d'affaires | Réaction sociale instituée |
|---|---|---|
| 1 - Positiviste | Pas de spécificité, il s'agit soit de faits commis par des délinquants ordinaires, soit de problèmes non pénalisables. | La justice pénale ne s'occupe que de la "vraie" délinquance |
| 2 - Culturaliste | Une sous-culture à l'intérieur de la société industrielle | La justice pénale a du mal à la saisir faute d'instruments adaptés |
| 3 - Fonctionnaliste | Un dysfonctionnement de l'économie libérale et de sa propre logique spéculative | De nombreux circuits d'évitement font échapper l'essentiel au pénal |
| 4 - Structuraliste | Consubstantielle à toute formation sociale et instituée par les incriminations légales selon des formes spécifiques | Gestion différentielle par un système juridique et institutionnel complexe où le pénal n'est pas en place centrale |

Les hypothèses antérieures surtout culturalistes et fonctionnalistes raisonnaient à partir du constat d'un double dysfonctionnement : celui qui s'exprimerait d'une part par l'existence des délinquances d'affaires elles-mêmes, celui que révèlerait d'autre part l'inefficacité apparente du système pénal. C'est ce double dysfonctionnement que conteste l'hypothèse structuraliste en prenant au sérieux et dans sa globalité la thèse de DURKHEIM sur la "normalité" du crime et en se décentrant par rapport au système pénal pour saisir la structure d'un système de règles et d'opérations dans leur totalité. Pas plus que l'on ne privilégie le rôle du juge ou de l'autorité sanctionnatrice, on ne privilégie celui de la règle de droit. Parler de règlement différentiel c'est au contraire mettre l'accent sur une pluralité des formes de règlement possibles et sur une pluralité des modes d'application. Pourquoi à tel moment tel conflit débouche-t-sur telle forme de règlement et non sur telle autre est peut-être la question, apparemment simple, à laquelle nous essayons de répondre.

./...

# Deuxième partie

# LE SYSTEME DE GESTION DIFFERENTIELLE DES ILLEGALISMES ET INFRACTIONS D'AFFAIRES

Nous avons montré en conclusion de la partie précédente à quel point le recours au pénal dans la régulation des conflits d'affaires n'avait pas de sens, pris isolément A quel point, au contraire, il était nécessaire de resituer cette forme de résolution là, dans le réseau beaucoup plus large et diversifié des différents modes de règlements des conflits pouvant opposer des entreprises entre elles ou à l'Etat. C'est dans ce sens que nous avons pu parler de système différentiel de gestion des illégalismes et infractions d'affaires, allant de l'auto-régulation à la sanction.

C'est en outre ce système différentiel de production et d'application de normes juridiques qui définit le champ de ce que l'on peut nommer dans un temps et un lieu donné "délinquances d'affaires". On ne rappellera jamais assez que la notion de "délinquance" est fondamentalement idéologique. Il n'y a pas de comportement délictuel par lui-même, seuls la règle juridique et sa mise en oeuvre peuvent faire entrer une pratique sociale dans le champ toujours en redéfinition des comportements réprimés.

La particularité, et donc l'intérêt, du système de définition et de contrôle des délits d'affaires réside dans la diversité de ses modalités d'action juridique et institutionnelle. Certes les délits de droit commun donnent lieu à la mise en oeuvre de modes de règlement souvent plus diversifiés que l'on ne croit, surtout au niveau policier (1). Cependant le registre d'ensemble reste relativement maigre (régulation par quelques systèmes privés, action policière, action judiciaire). Par contre, en matière de conflits d'affaires, les modalités de règlement possibles sont beaucoup plus nombreuses et combinent fréquemment les dimensions civiles, commerciales et pénales ainsi que des lieux de règlement de nature très diversifiée. Poursuivant la métaphore des registres musicaux, on peut alors opposer les possibilités de jeu d'un harmonium de chapelle aux ressources démultipliées du "grand jeu" d'un orgue de cathédrale dont bénéficient les conflits d'affaires.

C'est sans doute autant à cette richesse de registre qu'à la simple position de classe des acteurs impliqués qu'il faut attribuer le traitement "privilégié" des infractions d'affaires. Plus précisemment encore, on peut attribuer la grande diversification dans les modalités de règlement des conflits d'affaires au fait qu'elle concerne exclusivement des membres des groupes sociaux dominants. Groupes, qui ont pu par leur accès au système de production des normes légales faire instituer des procédures de régulation peu contradictoires avec leurs intérêts. Mais ceci ne doit pas être entendu au sens trivial du terme. En effet, là encore l'usage de catégories génériques type : "la bourgeoisie d'affaires" ou "le milieu des affaires" est terriblement trompeur et peut faire oublier ou négliger les contradictions et conflits d'intérêts qui traversent aussi ces "milieux". L'histoire de l'ascension, de l'hégémonie puis du déclin partiel de la grande bourgeoisie

./...

face à la noblesse puis aux autres fractions bourgoises montre bien par exemple l'émergeance, l'imposition puis le retrait de certaines formes d'intérêts au profit ou au détriment d'autres (2). Le droit des sociétés porte ainsi toujours les traces successives de ces mouvements de domination. D'autre part, si le registre de régulation est vaste et bien maîtrisé, cela ne signifie en aucune façon qu'il exclurait toute disposition répressive. Dès le Moyen-Age, on retrouve la revendication de la sécurité des échanges chez les marchands "sécurité" entendue autant comme recherche d'une morale professionnelle interne que comme une protection contre les intrusions d'acteurs extérieurs au milieu. Le pénal demeure donc une des dimensions du registre de règlement, toujours mobilisable, même si, ici, il co-existe avec des formes de sanctions beaucoup plus diversifiées.

La "conformité aux intérêts" des milieux d'affaires semble particulièrement nette au plan des procédures suivies pour le règlement des conflits. Une des conditions fondamentales des échanges économiques est certainement la préservation de la continuité de ces opérations. Quoi qu'il arrive chacun entend garantir au mieux sa place sur le marché, ses relations avec ses partenaires, sa dynamique de développement. Or le propre du procès, du règlement juridictionnel public est de susciter un changement d'espace, de créer une coupure, de trancher par une décision qui s'impose aux parties et émane d'une autorité extérieure à eux. Les relations commerciales peuvent alors se trouver perturbées tant par les délais que par les formes imposées par une telle procédure. C'est pourquoi nous verrons plus loin la part considérable occupée en ce domaine par les formes de règlement des conflits internes au milieu du type arbitrage, conciliation, code de conduite.

Cette diversité dans les composantes du registre de règlement des conflits d'affaires nous nous efforcerons de la préciser à deux niveaux :

- d'une part dans l'analyse des formes de règle structurant le champ du droit pénal des affaires ; ce qui nous conduira par étapes d'une réflexion sur l'hétérogénéité du droit pénal à une approche sociologique des formes de sanctions juridiques transversales aux découpages habituels.

- d'autre part dans l'analyse des différentes instances de règlement des conflits et des figures de règlement que l'on retrouve dans chacune. Ce second niveau d'analyse combinera une approche de sociologie institutionnelle (analyse des instances) avec une approche de sociologique juridique (analyse des figures).

Le choix de ces deux niveaux d'approche nous conduit à rappeler brièvement la façon dont nous entendons nous situer par rapport aux courants actuellement dominants en sociologie du droit. Depuis quelques années s'est répandue une vogue pour l'analyse de "l'informel", à savoir les modalités de régulation des rapports sociaux se développant hors

./...

du système judiciaire et prétendant échapper au droit étatique. Le règlement des contentieux économiques est ici souvent invoqué pour exemplifier ce type d'approche. Les questionnements en termes de délégalisation (on parle alors de "non-droit" ou "d'infra-droit") et de déjudiciarisation (on parle alors de procédures "extra-judiciaire") semblent aller de soi pour l'analyse de modalités de règlement qui diffèrent des formes basées sur la loi et le procès.

Nous avons précédemment relevé un certain nombre de critiques susceptibles d'être adressées à ces travaux centrés sur le pluralisme juridique (3). Leur faiblesse majeure est de tendre toujours à opposer un modèle juridique dominant, celui de l'Etat, à un ou à des modèles concurrents dont les déviances par rapport au premier seraient la principale source de changement de l'ordre juridique. Raisonnant dès lors en termes dichotomiques, ils schématisent considérablement les dispositifs qu'ils prétendent saisir. Il n'y a pas d'un côté un modèle unique de norme juridique étatique et d'un autre un ou des modèles de normes sociales pré-juridiques. Par plus qu'il n'existe un modèle unique de règlement judiciaire opposable à un ou plusieurs modèles de règlement extra-judiciaires. Un tel mode d'approche se focalise sur deux référents, fondamentaux certes mais partiels, la loi codifiée comme source du droit, la situation juridictionnelle comme mode de règlement. des conflits. Ces formes de sociologie juridique qui opèrent sur ces bases, malgré leur visée critique, restent encore grandement prisonnières des objets pré-découpés par ce dogmatisme juridique dont le positivisme est aujourd'hui, justement, tant décrié.

Pour sortir de cette impasse nous avons proposé de prendre en compte l'ensemble des formes juridiques pré-contentieuses et contentieuses régulant les conflits d'affaires et d'analyser leurs spécificités et leurs articulations en un système différentiel de traitement des conflits. Nous nous situons ainsi, plutôt dans la lignée de ceux qui considèrent le droit comme un transcripteur, opérant selon des règles de cohérence interne une requalification des conflits sociaux afin d'en organiser une résolution (4). Mais il faut aussitôt ajouter que cette médiatisation ne se fait pas selon un modèle unique. Le droit prévoit toute une gamme de requalifications et organise différentes structures de résolution. C'est alors beaucoup plus à l'intérieur du système juridique lui-même qu'à l'extérieur de celui-ci qu'un raisonnement en termes de pluralisme peut être fécond. La question principale nous semble moins de savoir si tel conflit entre partenaires économiques ou entre une entreprise et une administration échappe ou non au cadre judiciaire et légal dominant. Elle est plutôt de saisir la ou les transcriptions successives que ce conflit connaîtra, le ou les espaces de résolution où il sera formulé et traité. La définition d'hypothèses sur les conditions sociales qui ont conduit à l'utilisation de telle ou telle forme juridique de qualification et de règlement prolonge et complète un tel projet.

./...

# Chapitre I

## UN RIDEAU DE FUMEE : LE DROIT PENAL DES AFFAIRES COMME FORMULATION DEDRAMATISANTE DES CONFLITS D'INTERETS

L'Etat n'a jamais été laissé en dehors des processus économiques, et il ne peut l'être contrairement à ce que prétendent certaines thèses libérales radicales. C'est au contraire le jeu de ses interventions et de ses abstentions qui a produit ou institué une grande partie des structures essentielles de l'économie capitaliste dans ses différentes phases. Cependant ces cinquante dernières années ont vu l'interventionnisme plus ou moins accentué des précédentes décennies s'orienter vers un dirigisme tout à la fois revendiqué et critiqué. Et il est aujourd'hui banal de considérer l'Etat comme un des principaux acteurs économiques, quand ce n'est pas le principal. Que ce soit pour le blâmer ou le louer la plupart des spécialités s'accordent pour constater le dépassement du rôle classique de l'Etat, régulateur extérieur, pour celui d'opérateur direct majeur. C'est dans ce sens que J. HABERMAS (5) développe son analyse de la transformation des structures sociales de la sphère publique en mettant au centre l'interpénétration progressive du domaine public et du domaine privé. Selon lui, "l'Etat veilleur de nuit" a fait place à un "Etat-social" agissant, entre autres, sur le contrôle et le rééquilibrage des circuits économiques dans leur ensemble. Et il insiste sur le fait que les processus de concentration industrielle et financière ont certes incité à une politique de conjoncture pour en assurer la réalisation mais ont aussi crée des conditions nouvelles, produisant un interventionnisme accru dans le cadre d'une économie concertée.

Dans le même temps, l'appareil d'Etat a été doté de moyens sinon nouveaux, du moins grandement renforcés pour assurer ces nouvelles finalités. Une administration économique, sociale et financière a été constituée et spécialisée dans la définition et le contrôle des politiques en ces matières. L'élaboration progressive d'un "ordre public économique" a également conduit à multiplier les dispositions pénales sanctionnant les atteintes qui pouvaient y être faites ainsi que les types et le nombre d'agents chargés de les constater et de les poursuivre. Cette "inflation pénale" au service de l'appareil administratif sera le premier point que nous aborderons (section I). Dans un deuxième temps, nous tenterons de faire le point sur les différentes interprétations données de cette inflation et des modifications ainsi introduites dans le registre pénal. Un "droit pénal disciplinaire" se serait-il progressivement développé parallèlement au droit pénal de sanction classique (section II) ? Ne peut-on cependant aller plus loin et dépasser ces éternelles approches dichotomiques du droit pénal en considérant que, tout comme les autres registres du droit, il recèle différents niveaux de sanction allant du répressif au restitutif. Ce qui sera pour nous l'occasion de retravailler l'analyse de Durkheim en ce domaine (section III).

./...

## Section 1 : Inflation pénale et développement d'un "droit pénal administratif"

### A . Importance des pouvoirs de police exercés par les administrations

Le code de procédure pénale organise trois modes de saisine de la justice : les plaintes déposées par les victimes, celles déposées par des administrations, les infractions constatées par la police judiciaire et signalées au procureur de la République. Bien que présentées sur un pied d'égalité dans le texte, ces trois sources recouvrent des processus juridiques profondément divergents dans les conditions de mise en oeuvre de l'action publique. Cette différence qualitative se double de différences quantitatives considérables dans les flux de signalement reçus par les Parquets.

Si aujourd'hui les orientations de la justice pénale sont totalement entre les mains du Ministère public (et donc en pratique de la police) il n'en fut pas toujours ainsi comme l'indique le graphique n° 1. Ce n'est que dans le dernier tiers du XIX° siècle (après 1872) que le quasi-monopole du parquet en matière de déclenchement des poursuites s'imposa. Le rôle des victimes avait toujours été faible dans le système pénal napoléonien, représentant au long du XIX° siècle 15 % des plaintes poursuivies en moyenne. Ce rôle devient signifiant après la première guerre mondiale, tombant à 1 % des plaintes environ. Par contre, les poursuites déclenchées à l'initiative des administrations étaient prédominantes jusqu'en 1845 et non négligeables en nombre jusque vers 1870. On attribue en général ce repli à l'extension de l'usage de la transaction, en particulier en matière de délits forestiers ou douaniers. Mais ce point mériterait sans doute une analyse plus détaillée. Ces signalements d'origine administrative se maintinrent durant cette période (fin XIX°, début XX°) entre 5 et 10 % de l'ensemble. Puis ils rejoignirent en insignifiance statistique les plaintes des victimes privées après la première guerre mondiale.

Bien que le phénomène ne soit donc pas nouveau en lui-même et malgré la relative faiblesse quantitative des signalements d'origine administrative on assiste aujourd'hui à une mise en visibilité croissante du rôle tenu par les administrations dans la gestion normative de secteurs majeurs de la vie sociale. L'édiction de règles, le contrôle de leur exécution et l'application de sanctions occupent une part importante de l'activité d'organismes publics ou para-publics aussi divers que l'administration fiscale, les U.R.S.S.A.F. (recouvrement des cotisations) les services des Installations classées (contrôle des pollutions industrielles et agricoles) les directions de l'Equipement (droit de la construction) ou l'Inspection du travail.

./...

Si dès l'Ancien Régime des administrations royales comme celles des Douanes ou des Eaux et Forêts géraient déjà des secteurs sociaux importants avec une assez grande autonomie, le phénomène s'est aujourd'hui nettement accentué. La définition de "nouveaux" problèmes sociaux débouche souvent sur la spécialisation de nouveaux secteurs de l'appareil administratif et l'édiction de nouvelles règles prescriptives et répressives (°). Il existe ainsi en France aujourd'hui 51 codes administratifs, contenant tous des dispositions pénales et donnant des pouvoirs de police judiciaire à 70 catégories d'agents (agents des services publics, agents chargés de la protection des monopoles de l'Etat, du patrimoine ou de certains intérêts généraux). Ceci était pour le moins méconnu jusqu'au premier recensement effecté par C. BARBERGER (6).

Or malgré la multiplication et l'éparpillement des sources de règles définissant de nouvelles infractions et organisant de nouveaux pouvoirs de contrôle aucune réflexion d'ensemble, transversale aux différents domaines concernés, n'est venue clarifier tant la forme juridique que la signification socio-politique de ces pouvoirs. Nous le verrons plus loin, la doctrine pénale est aussi laconique que la doctrine administrative sur ce que G. VEDEL nomme succinctement "les pouvoirs de police spéciale" (7). C'est la question des formes de ce droit pénal spécial mis en oeuvre par des agents administratifs, question jusqu'ici abandonnée au cloisonnement des diverses matières techniques qui a acquis dans ces dernières années quelque visibilité et qui retiendra ici notre attention.

Dès 1946, G. RIPERT a sans doute été un des premiers à attirer l'attention sur ce qu'il nomma "les dérives juridiques de l'économie dirigée" (8). Analysant les conséquences juridiques des interventions massives de l'Etat tant durant la période de guerre qu'à la libération, il déclarait :

> "Mais, du moment où la direction des conventions privées importe à l'ordre économique, il paraît logique d'empêcher par les moyens appropriés qu'elle soit faussée. La culpabilité du contrevenant importe moins que la prévention du fait.
>
> D'où, dans ces dernières années, des lois trop nombreuses pour qu'il soit possible de les citer, punissant la majoration des prix, le transport des denrées, l'exportation des capitaux, les négociations sur les monnaies, les bénéfices illicites, la distribution majorée de dividendes et bien d'autres faits encore. Dans le premier trimestre de

./...

---

(°) Bien que l'expression "droit pénal administratif" soit bâtarde et en grande partie inadéquate (la police est au même titre que l'inspection du travail, une administration), nous la retiendrons comme simple instrument descriptif. Cette expression désigne l'ensemble des dispositions répressives annexées à des textes législatifs ou règlementaires organisant des secteurs particuliers de la vie sociale et demeurés hors Code Pénal. Cette forme de droit pénal spécial est aussi nommée droit pénal "technique", "annexe", "de direction", "bureaucratique", "règlementaire" etc...

1943 il a été dressé 85 000 procès verbaux. Le rôle des tribunaux est encombré de poursuites pénales. C'est la saison des juges" (9).

Dans les paragraphes qui suivent, G. RIPERT attire l'attention sur les particularités de ce système de contrôle et tout d'abord sur le nombre croissant et l'importance des pouvoirs d'investigation donnés à des agents administratifs, "les auxiliaires habituels de la justice ne suffisent pas". Cette prolifération et ses changements de forme l'alarment.

C'est un propos presque identique qui a été développé début 1984 par la Commission du rapport et des études du Conseil d'Etat dans son "Etude sur les dispositions pénales des législations et règlementations techniques". Le premier élément notable est, paradoxalement, l'aveu de l'impossibilité où l'on se trouve d'inventorier précisément aujourd'hui les infractions existantes en droit français et les agents ayant pouvoir de les constater :

"Aussi surprenant que cela puisse paraître de la part du département qui a en charge, au plus haut niveau, l'action publique, le Ministère de la Justice reconnaît l'extrême difficulté en l'état actuel de ses moyens et malgré l'existence de bases de données juridiques informatisées telles que le système "LEX"... d'organiser un tel tableau, tant est touffue et dispersée la législation technique qui a été édictée au cours de la présente décennie".

Bien que hors de notre domaine, on peut citer à titre d'exemples les 950 infractions en matière de sécurité routière recensées en 1980 par un comité interministériel.

Le droit pénal des sociétés est formé de plus de deux cent infractions.

Le droit de l'environnement est ici particulièrement symptomatique du rébus progressivement constitué. Il est formé de 110 infractions et attribue des pouvoirs de police à 33 catégories d'agents. Les différentes lois de police relatives à cette matière portent sur les milieux (eau, air, vol) ; sur les activités humaines (bruits, déchets, installations classées, chasse, pêche, produits chimiques, usines et carrières) ; sur les espaces (parcs nationaux, sites, réserves) ; et sur les espèces (faune, flore). A cela s'ajoute l'interférence entre les lois relatives à l'environnement et d'autres législations spécialisées contenues dans le code de l'urbanisme, code rural, code minier, code forestier... On voit bien alors à quel point un conflit apparemment bien délimité dû à une pollution industrielle est susceptible d'entrer dans des grilles de qualification juridique multiples qui le reconstruiront selon des profils fondamentalement différents. On sent aussi à quel point l'ampleur du sous-registre ainsi constitué, offre à la défense des possibilités de déplacement et de contestation multiples, ne serait-ce que sur le choix du texte applicable.

./...

On pourrait aussi donner l'exemple de la législation fiscale avec ses 1 200 dispositions sanctionnées par cinq grands groupes d'infractions répartis en 21 articles du Code Général des Impôts : délit général de fraude fiscale, délits en matière de contributions directes, infractions en matière de taxes sur le chiffre d'affaires, en matière de droits d'enregistrement, en matière de timbres.

En matière de conflits à caractère économique, on doit donc constater en premier lieu une très grande abondance des grilles de qualification possibles, avec tous les problèmes de recoupement et de contradiction qui peuvent alors surgir.

B . Importance des pratiques administratives contentieuses et pré-contentieuses

L'étude de ces pouvoirs de police spéciale donnés "ratione materiae" aux administrations présente un autre intérêt dans la mesure où ils structurent des modes de régulation de l'action sociale différents de la régulation opérée par le système pénal. Ils sont souvent paradoxaux et en tous cas dérogatoires à ce que l'on nomme "droit commun". C'est ce que démontre C. BARBERGER dans ses travaux (10).

En effet contrairement à ce que pourrait laisser croire une approche superficielle du problème et certains discours alarmistes des médias sur "l'inquisition administrative" (en matière fiscale, de consommation, de prix...), les pouvoirs de police spéciale accordés aux agents administratifs ne visent pas prioritairement au repérage et à la sanction des infractions commises dans le domaine considéré. Contrairement au droit pénal commun dominé par la formule légale "incrimination-poursuite-sanction", le droit organise ici un système de gestion-régulation tout à fait différent d'un système répressif. Les dispositions pénales ne sont plus ici que l'annexe sanctionnatrice de règles d'organisation.

De multiples travaux dans des domaines aussi variés que le droit de la consommation (11), de la sécurité sociale (12), du travail (13), le droit fiscal (14), le droit de la concurrence (15), le droit du marché commun (16) ou de l'environnement (17) etc... ont chaque fois montré à quel point la mise en oeuvre de ce "droit pénal administratif" aux multiples composantes débouchait rarement sur des procédures juridictionnelles. La saisine judiciaire y apparaît toujours comme secondaire et aléatoire. Les procédures pré-judiciaires gèrent l'essentiel des illégalismes repérés et les procédures contentieuses administratives l'emportent massivement sur leur équivalent judiciaire.

Le domaine où une telle orientation est particulièrement flagrante est celui des procès-verbaux et de leurs utilisations. Les soixante-dix catégories d'agents inventoriés précédemment ont tous le pouvoir de dresser procès-verbal. De plus ils sont tenus aux termes de l'a. 40 du C.P.P. d'informer le Ministère public sur les infractions qu'ils relèvent à l'occasion de leurs activités professionnelles. On pourrait donc

./...

s'attendre à ce que le recours au procès-verbal soit dans leurs pratiques un instrument relativement routinisé, voire banalisé. Un procès-verbal ce n'est en théorie que le constat à un moment donné d'une situation infractionnelle, constat doté d'une autorité particulière. Sa transmission au parquet n'est qu'une procédure de mise à la connaissance de l'infraction. En aucune façon, le procès-verbal n'a un caractère sanctionnateur direct, si ce n'est en tant que condition éventuelle au déclenchement de l'action publique.

Dans la pratique de tous les agents concernés la situation est toute autre ; elle s'inverse même radicalement. Le procès-verbal ne constitue pas le plus souvent l'amorce éventuelle d'une intervention sanctionnatrice. Il est en général considéré, au contraire, comme la conclusion d'un processus de régularisation qui a échoué. Il sanctionne alors l'échec d'une procédure administrative et il est présenté et vécu comme une sanction administrative et une pré-sanction pénale. La preuve en est qu'il arrive fréquemment que le simple établissement d'un procès-verbal suffise à produire l'effet de mise en conformité attendue. La régularisation efface alors l'infraction de façon rétroactive et la transmission au parquet ne se fait pas. Si la situation infractionnelle a été limitée dans le temps (pollution accidentelle, accident de chantier) il est alors de pratique courante qu'une mise en garde verbale, une visite ou une lettre émanant du service se substitue au procès-verbal à titre d'avertissement. Dans ces cas là il n'y a même pas de constat formalisé. Si un constat d'infraction a été effectué il est aussi possible que celui-ci soit retenu et entreposé dans un dossier administratif, à titre cette fois de menace dissuasive pour inciter l'infracteur à ne pas récidiver. On le voit, la pratique du P.V. est amplement diversifiée, sa mise en oeuvre recouvre un vaste domaine.

Ce qui nous importe alors dans notre perspective ce n'est pas de dénoncer un détournement de pouvoir ou de regretter une délégalisation. Bien au contraire c'est en tant que formes de mise en oeuvre du droit que de tels processus peuvent être appréhendés. Il en va de même pour les autres pouvoirs spécifiques dont disposent ces agents administratifs :

- des pouvoirs faisant obstacle au déclenchement de l'action publique : mise en demeure (sécurité sociale, installations classées, hygiène et sécurité du travail) avis préalable aux poursuites (consommation, usure, opérations de bourse, concurrence, fiscal) plainte préalable aux poursuites (atteinte au crédit de l'Etat, réglementation des changes, domaine fiscal, sécurité sociale).

- des pouvoirs éteignant l'action publique essentiellement la transaction (impôts, douanes, pollution, P.T.T., télécommunication, radio-diffusion, prix, ententes).

- enfin des pouvoirs de sanction propre (pénalités fiscales et douanière, pénalités de retard en matière de sécurité sociale, fermeture d'entreprise pour les installations classées, etc...).

./...

Chacun de ces pouvoirs, donne lieu à des pratiques aussi multiples que méconnues. On a alors affaire à un système dominé par le pragmatisme et profondément paradoxal dans la mesure où l'étendue des pouvoirs de police spéciale (parfois plus large que ceux des polices judiciaires, ex. : les douanes) est mise au service d'une information très poussée de l'administration. Mais ce recueil d'information n'est que très secondairement formulé en termes infractionnels. On parle plutôt d'incidents, de problèmes... Et tout ceci débouche finalement sur un système de gestion-régulation échappant massivement au judiciaire. Ce système est comme nous l'avons vu souvent dérogatoire au droit commun sur le plan des conditions de réalisation et de transmission des procès-verbaux ainsi que sur celui du déclenchement des poursuites par le jeu d'obstacles juridiques spécifiques. Soulignons enfin que la déconcentration des fonctionnements administratifs et son développement actuel renforcent encore les disparités dans la mise en oeuvre de ces pouvoirs.

Tout comme la question des pouvoirs de "police spéciale", celle de la forme des systèmes administratifs de régulation des conflits par voie contentieuse et précontentieuse administrative n'a jusqu'ici été envisagée qu'à travers tel ou tel secteur en particulier. C'est de façon transversale et positive qu'il importe au contraire de traiter cette question, en la considérant comme un mode d'application du droit et non comme son détournement.

C'est le travail qui a été grandement amorcé par C. BARBERGER et que nous entendons prolonger avec elle (18) dans la mesure où nos travaux de recherche antérieurs nous avaient conduits à un point de réflexion très proche du sien (19). Il importe aussi de mentionner ici l'importance qu'ont eu les échanges avec E. SERVERIN à partir notamment de ses travaux sur le traitement judiciaire des accidents du travail (20), dans l'élaboration de cette problématique.

Que retenir de ces constats d'importance des pouvoirs de police et de règlement des conflits internes à l'administration ?

D'une part, le résultat des interventions des agents administratifs, malgré l'importance de leurs pouvoirs de police judiciaire ne se traduit pas par un signalement massif de comportements infractionnels. Bien au contraire leurs plaintes sont quantitativement très réduites. En matière fiscale, elles représentent moins de 1 % des situations ayant donné lieu à redressement (512 plaintes déposées en 83). En matière d'infraction à la législation sur les installations classées, il y a moins de 300 P.V. dressés annuellement. Il y en a près de 25 000 en matière d'infractions à la législation du travail (3 % des irrégularités constatées).

D'autre part et surtout, les activités de surveillance administrative ne sont, en fait, guère orientées vers la recherche d'infractions et l'application de sanction.

./...

Leurs modes d'action opèrent par gestion-régulation , c'est-à-dire qu'ils font prévaloir des objectifs pragmatiques (recouvrement de l'impôt, contrôle des risques industriels, non-désagrégation du milieu du travail, harmonisation du marché financier...) sur les objectifs répressifs. Bien que dotés de très importants pouvoirs de police judiciaire, la recherche des infractions et leur poursuite (fraude fiscale, pollution industrielle, non respect des règles d'hygiène et sécurité, présentation de faux bilan...) restent dans leur action très minoritaire quantitativement. Leur cadre de référence dominant est l'administration de situations générales et de problèmes particuliers et non le revelé des fautes et l'application de sanctions. Il y a alors un véritable transfert de l'exercice de l'action publique du Parquet aux agents administratifs et pratiquement une mutation de l'infraction pénale en infraction administrative.

Ceci d'autant plus qu'en ces matières, dresser un procès-verbal et transmettre au judiciaire, signifie un dessaisissement complet de compétence, et par conséquent l'interruption de toutes les stratégies de négociation habituelles. Le recours au pénal c'est alors, en premier lieu, l'aveu de l'échec de l'objectif de régularisation administrative. Mais ce n'est pas dans cette perspective que s'orientent en général les analyses.

### C . Une grille de lecture dominante : la délégalisation

Nous avons précédemment évoqué la prégnance actuelle des approches nostalgiques qui n'en finissent pas d'inventorier les lieux où le droit n'est plus ce qu'il était ou ce qu'il devrait être. Curieusement ce n'est pas chez les juristes dogmatiques que cette problématique du regret et de l'échec est la plus fréquente. On la rencontre surtout chez les juristes-sociologues ouverts à l'étude des transformations sociales et qu'ils s'efforcent d'articuler avec leur objet juridique initial. L'exemple le plus frappant est sans doute actuellement celui du A.J. ARNAUD (21). Une des principales conclusions de sa "critique de la raison juridique" est le constat de la dévaluation de la fonction du droit dans les sociétés contemporaines. Perdant son rôle initial de régulateur des conduites il tendrait de plus en plus à n'être qu'un "mécanisme de contrôle des images". N'est-ce pas finalement adopter un point de vue bien dogmatique que de sous-entendre que le droit formel a pu ou devrait orienter directement les comportements et que tout écart constaté, toute ineffectivité porte atteinte à l'intégrité et à la validité de l'ordre juridique ? La présence du droit dans les rapports sociaux ne doit-elle pas au contraire être recherchée ailleurs que dans la conformité des pratiques sociales aux normes légales. La dissociation entre le langage juridique formel d'un côté, le fonctionnement des institutions et les opérations effectuées par les acteurs sociaux de l'autre, n'est-elle pas le passage obligé pour une sociologie du droit (22) ? Dissociation qui demeure dans les approches en termes de délégalisation le fatidique point d'arrivée. Cette délégalisation est en général démontrée à travers les indicateurs suivants :

./...

1 - Une altération des principes fondamentaux du droit pénal dans les lois techniques et en particulier au principe de légalité des incriminations et des peines.

a) Toute incrimination doit être définie en tous ses éléments par la loi, par le règlement pour les simples contraventions. Or il est constant de rencontrer des textes qui édictent, à longueur d'articles, nombre de prescriptions et qui sont assortis d'un codicille pénal sanctionnant la transgression des dispositions précédentes. Le procédé de l'incrimination directe classique s'est transformé de différentes façons dont les plus fréquentes sont (23) :

- technique du renvoi : les éléments constitutifs de l'infraction sont définis dans des articles différents du même texte (la violation des articles X, Y, Z... est punie d'une peine...). Tout dépend alors du texte de référence et de la précision des formulations élaborées par les spécialistes du domaine technique. Le rapprochement entre peine et comportement n'y est pas toujours aisé.

- technique du renvoi en cascade : le texte de référence peut renvoyer lui-même à des décrets d'application. L'infraction se trouve alors définie par un texte extérieur à la loi d'incrimination et qui le plus souvent n'existe pas au moment de la définition du comportement punissable. On crée alors une "loi pénale en blanc" au profit de l'exécutif. Les exemples abondent en matière de droit pénal économique et financier (prix illicites, taux usuraire, contrôle des charges) mais aussi en droit pénal du travail, de la consommation ou de l'environnement.

- technique du renvoi à une convention internationale : soit de façon explicite comme en matière de pollution maritime par hydrocarbures (renvoi à l'a. 3 de la Convention de Londres), soit de façon implicite comme en matière de publicité sur les boissons alcooliques et de fraudes (renvoi au Traité de Rome).

- technique de renvoi à des accords collectifs : comme en matière de droit du travail (loi du 13 novembre 1982 et article L. 153-1 du Code du Travail) ou en matière de droit du logement (loi du 22 juillet 1983).

- un projet de définition par renvoi à des normes strictement professionnelles (normes AFNOR) a cependant été écarté.

b) En matière de peines la cohérence entre le niveau des sanctions et l'importance des infractions fait souvent défaut, faute d'une hiérarchie des sanctions selon la nature et la gravité des faits. Différents cas de figure se rencontrent ici :

- soit une même fourchette de peines s'applique à l'ensemble d'une législation technique quelles que soient ses dispositions.

./...

Ainsi en matière de contrôle de l'élimination des déchets, la loi du 15 juillet 1975 punit indistinctement de peines de deux mois à deux ans d'emprisonnement et de 2 000 à 12 000 F. d'amende toutes les atteintes à ses dispositions.

- soit le même fait peut se voir appliquer des sanctions différentes selon le texte d'incrimination retenu. Faute d'une vision d'ensemble d'un problème, les législations techniques s'accumulent au coup par coup, multipliant les grilles de qualification. On peut citer ici le déversement de substance chimique dans un cours d'eau qui peut se trouver poursuivi et sanctionné sur les 4 bases suivantes :

| Texte | Peine d'emprisonnement | Amende |
|---|---|---|
| 1 - a 434-1 C. Rural | 10 j à 1 an | 500 à 8 000 F. |
| 2 - 15 juillet 1975 (déchets) | 2 mois à 2 ans | 2 000 à 120 000 F. |
| 3 - 19 juillet 1976 (déversements non autorisés) | 2 mois à 2 ans | 2 000 à 30 000 F. |
| 4 - 12 juillet 1977 | 2 mois à 2 ans | 2 000 à 500 000 F. |

- soit enfin l'éventail des incriminations et des sanctions possibles est tellement vaste qu'il laisse au juge une latitude quasi-totale pour la détermination de la peine applicable aux cas particuliers auxquels il est confronté. Le principe de légalité des incriminations et des peines se trouve ici pratiquement écarté. Et nous laissons au Conseil d'Etat la responsabilité de l'analogie qu'il propose entre les poursuites en matière de fraude fiscale et le droit pénal régissant durant la guerre de 39-45 les relations entre les forces alliées en Allemagne et les populations occupées : "en simplifiant on peut dire que toute atteinte aux intérêts des dites forces était punissable de peines allant d'un jour de prison à la peine de mort"...

La diversité des incriminations applicables, la complexité de la définition des éléments constitutifs des infraction et l'étendue des pénalités applicables fournit au plan juridique une première exemplification de ce que nous présentions plus haut comme l'étendue du registre de qualification et de sanction en notre matière. Ces données objectives se trouvent renforcées par ce que l'on pourrait nommer une délégalisation idéologique, à savoir une disparition au niveau des représentations sociales de toute frontière entre ce qui est réprimable et ce qui ne l'est pas.

2 - La délégalisation idéologique

G. RIPERT (24) soulevait déjà le problème : "A punir ainsi sans mesure tous les faits contraires à la règlementation économique, le législateur court le risque d'habituer les esprits à ne voir dans la répression que le risque d'une opération innocente en elle-même. Il n'est pas

./...

un français, qui dans ces dernières années, ne se soit rendu coupable d'un délit impuni. Pour certains de ces délits, ceux qui sont poursuivis passent pour des maladroits et non pour des criminels. Il est toujours mauvais d'habituer les esprits à l'irrespect de la loi".

L'inflation législative et règlementaire est pour J.P. HENRI et J. CARBONNIER (25) un signe de dysfonctionnement social, une perte de sens du droit. Elle a pour effet d'imposer une ignorance des lois, d'assurer l'ineffectivité de la plupart d'entre elles et finalement de produire une dévalorisation globale de l'intervention légale. La multiplication des désobéïssances d'un côté et des efforts de réforme à répétition (l'échec d'un texte imposant son remplacement etc...) ne font que manifester et renforcer le discrédit sur l'action législative.

Dans le même sens, différents auteurs déplorent la perte du sens symbolique des dispositions pénales (26) et leur échec comme guide des conduites. La "crise de la légalité" est ainsi saisie à travers la croissance du pouvoir administratif. Toute nouvelle règlementation risque d'être perçue comme enserrant la liberté d'action dans un labyrinthe de prescriptions sans fin et dont la portée générale échappe. Situation qui tendrait à inverser le principe démocratique du cantonnement légal et précis des libertés d'action en un "ce qui n'est pas expressément autorisé est défendu".

La multiplication des règles à respecter deviendrait telle que le fait de se trouver en situation infractionnelle tendrait à être l'ordinaire et non l'exception, banalisant ainsi le fait délictuel et amoindrissant grandement la notion de respect de la règle. La plupart des inspecteurs du travail, des installations classées où des experts comptables s'accordent pour reconnaître qu'à de rarissimes exceptions près, toutes les entreprises sont, au vu de la règlementation en vigueur, constamment en infraction sur un ou plusieurs points concernant l'état de leurs installations ou de leur gestion : "on n'en finirait pas de dresser procès-verbal".

De plus, vu l'écart constant entre l'ampleur des prescriptions à respecter et la faiblesse des contrôles, les cas, relativement rares, dans lesquels une infraction est constatée, apparaissent leplus souvent comme une manifestation d'arbitraire administratif et non comme un contrôle légalement fondé, non comme le constat d'une situation infractionnelle mais déjà comme une sanction.

Cette délégalisation idéologique se trouverait enfin renforcée par les changements relatifs aux fondements de la norme juridique. La référence "morale" base des incriminations classiques s'effacerait en ces matières au profit de références techniques toujours discutables et en redéfinition constante. On retrouve ici avec une acuité toute particulière le débat sur les transformations de la règle de droit et plus précisément la tendance aujourd'hui bien connue à la multiplication des normes administratives techniques (règlement, arrêté, circulaire) au détriment de la forme loi, norme géné-

./...

rale et abstraite (27). Le droit de la société capitaliste "post-industrielle" ou "monopoliste" ne chercherait plus à entretenir les fictions égalitaristes de l'Etat libéral, légiférant au nom d'un intérêt général supérieur (incarné par l'Etat) et au profit d'un individu abstrait universel (le sujet de droit). Ces fictions masquaient alors à leur façon l'inégalité structurelle des rapports économiques concrets. Les normes juridiques contemporaines tendraient au contraire à exprimer les inégalités réelles des rapports sociaux pour les réguler soit en les limitant (législation sociale), soit en les gérant au coup par coup par une règlementation des intérêts particuliers de tel ou tel secteur économique ou professionnel. Les analyses d'HABERMAS vont dans le même sens lorsqu'il souligne l'effacement de la conception libérale d'élaboration des normes législatives et du principe de publicité par la quasi-disparition des débats publics. Il poursuit ainsi :

"Dans la mesure où la séparation entre Etat et société a été dépassée et puisque l'Etat, à travers ses fonctions de protecteur, de distributeur et d'administrateur, intervient au sein de l'ordre social, il est devenu impossible de maintenir sans réserve le principe d'une généralité de la loi... Le pouvoir législatif se voit parfois contraint à des applications qui empiètent largement sur les compétences de l'administration ; mais plus souvent, ce sont les compétences de l'exécutif qui s'élargissent au point que son activité ne peut presque plus être considérée comme une simple application de la loi" (28). La distinction entre loi et mesure administrative s'estompe ainsi au profit de normes de plus en plus concrètes, détaillées et gérant des intérêts spécifiques.

S'il y a bien mouvement de délégalisation au sens strict (moindre importance de la loi au profit d'autres sources du droit), on ne peut suivre ceux qui n'y voient qu'une déjuridicisation. En effet la norme technique diffusée par voie règlementaire ou par décret n'est est pas moins, norme juridique. Certes les processus d'élaboration des règles se sont modifiés, leur langage, leurs finalités, leurs conditions de mise en oeuvre manifestent des orientations nouvelles (29). Il n'empêche qu'il s'agit d'abord de transformations au sein de l'ordre juridique et non de concurrence ou de production d'un nouvel ordre juridique. L'analyse dichotomique présentée récemment par S. CHARBONNEAU opposant norme juridique et norme technique est profondément erronée dans son intitulé malgré l'intérêt de son contenu (30). Cette confusion témoigne surtout de la faiblesse actuelle des théorisations sur l'existence concomittente de formes juridiques différenciées au sein d'un même système de droit. Nous nous attacherons dans la section suivante à l'analyse de quelques efforts de théorisation sur les différentes formes du registre pénal qui se sont proposés de dépasser la problématique nostalgique et souvent trompeuse de la délégalisation qui confond fréquemment changement de forme et moindre légalité.

./...

## Section II - DROIT PENAL DE SANCITON/DROIT PENAL DE DISCIPLINE : DOUBLE FORME ET DISPOSITIF SOCIO-POLITIQUE

L'hétérogénéIté croissante "du" droit pénal n'a pu échapper à aucun spécialiste du domaine. Contrairement à ce que laisse croire le singulier de la formule unifiante de son intitulé, notre formation sociale aurait apparemment produit un droit pénal à deux vitesses ; ou pour poursuivre notre métaphore musicale, le pénal serait en fait un instrument à deux registres parfaitement différenciables du point de vue du contenu et de la forme des infractions, du point de vue des procédures suivies comme du point de vue de leur mise en oeuvre.

Différentes formulations de ce clivage ont été exprimées, nous en présenterons les plus caractéristiques avant de nous attacher à une formulation particulièrement développée qui nous servira d'hypothèse de travail intermédiaire sur cette question.

### A . Le droit pénal bifide : inventaire des doubles visages

#### 1 - Les doubles visages techniques

a) Si cette question de la double forme du droit pénal a acquis une nette visibilité ces dernières années, elle n'est pas fondamentalement nouvelle. Les principaux théoriciens du droit pénal du XIXº siècle se référaient à la notion de loi naturelle et le droit pénal était, selon eux, une expression plus ou moins directe de la loi morale. Ils distinguaient cependant les infractions fondées sur une morale naturelle, de celles fondées sur une morale sociale plus contingente. Ainsi F. HELIE (31) séparait-il les délits généraux (garantissant l'état supérieur des personnes) des délits spéciaux (ceux qui étaient prévus par des lois particulières hors du code, en matière de presse, pêche et chasse). Il mentionne que le projet de Code MERLIN (an V) avait tenté de réunifier l'ensemble de ces dispositions. Quant à GARRAUD son critère de distinction présente encore une certaine pertinence puisqu'il oppose :

- les délits de droit naturel manifestation du pouvoir de sanction propre à l'Etat où prévaut l'appréciation de l'intention de l'auteur
- et les délits de droit positif manifestation du pouvoir de police de l'Etat, délits non-intentionnels constitués par une simple atteinte à une prescription légale.

Il est à noter qu'aucun de ces auteurs n'évoque les dispositions fort anciennes du droit douanier, droit des contributions indirectes et droit forestier qui contenaient depuis l'Ancien Régime de très importantes dimensions pénales, reprises presque intégralement par les législations révolutionnaires et napoléoniennes. Le fait que ces administrations disposaient d'un droit spécifique et de structures de règlement internes des conflits, a sans doute largement contribué au maintien prolongé de leur autonomie. Elles détiennent en effet

./...

d'un pouvoir de transaction éteignant l'action publique et peuvent imposer des amendes administratives, ceci depuis parfois le XVII° siècle.

b) Cette question ne suscita pas de débats très particuliers dans la doctrine pénale qui maintint longtemps l'illusion d'un domaine unifié, en considérant que l'existence d'une sanction légale assurait l'homogénéïté de sa matière, indépendamment de la source et de la forme du texte d'incrimination (32). La constitution de 1958 créa un contexte nouveau dans la mesure où la détermination des contraventions échappait au domaine législatif et entrait dans les compétences de l'exécutif et de son pouvoir règlementaire. La portée de cette nouvelle règle était d'autant plus grande qu'elle coïncidait avec un élargissement du domaine des contraventions. Il y avait bien phénomène de délégalisation au sens propre mais la plupart des pénalistes y virent aussi une dérogation très importante aux principes généraux du droit pénal (33).

Ce pouvoir règlementaire se manifesta particulièrement depuis vingt-cinq ans dans l'élaboration et la préservation de nouvelles dimensions de l'ordre public. Aux côtés de ses dimensions classiques relatives à la protection des personnes, des biens et de l'autorité étatique se rajoutèrent d'autres dimensions relatives à un ordre public économique, financier, social et en matière de qualité de la vie (34), mouvement qui s'était amorcé dès 1945 mais qui connut sous la V° République un essor considérable. Toute une série de législations et de règlementations vint encadrer de façon extrêmement précise l'activité des entreprises commerciales, industrielles et financières dans toutes leurs dimensions (relations avec les salariés, les concurrents, les consommateurs, l'environnement...). Le domaine du droit des affaires ou du droit économique (entendu extensivement) fut celui où se manifesta le plus explicitement ce que l'on nomma un "droit pénal de direction" par opposition au "droit pénal de protection" (35). La caractéristique principale de ce droit pénal de direction est de ne pas se contenter de formuler des sanctions mais d'induire des obligations de faire. Il emprunte selon G. FARJAT des procédés du droit civil afin d'assurer la réalisation d'un ordre public économique. Les dispositions pénales viennent ici assurer le respect de formalités obligatoires (informations des pouvoirs publics et des tiers en matière de société), l'accomplissement de contrôles préventifs (activités soumises à autorisation ou agrément), certaines obligations à contracter (incrimination des pratiques commerciales discriminatoires et des refus de vente) ou encore la détermination autoritaire du contenu du contrat (législation sur les prix, les prêts, la qualité des produits). Est-il la peine de préciser que l'essentiel de ces nouvelles incriminations figurent dans des textes isolés, non intégrés au Code Pénal et constituent l'essentiel de ce que le rapport du Conseil d'ETat nomme dans son texte précité, le droit pénal technique.

./...

c) Outre les atteintes aux principes généraux du droit pénal en matière d'incrimination (36), ce "droit pénal de direction" retint l'attention de certains spécialistes par les conditions particulières de sa mise en oeuvre et le type de sanctions sur lequel il débouche le plus souvent, en dérogation au droit commun.

Un des premiers fut sans doute G. RIPERT (37) dont les analyses ont gardé une grande actualité : "On désire une sanction plus rapide et même plus arbitraire (que la sanction judiciaire). La loi donne alors à l'administration le pouvoir de juger. C'est une grande nouveauté, car traditionnellement, les administrateurs ne sont pas des juges et dans cette séparation des autorités nous voyions une règle essentielle de notre droit public. On a crée des sanctions administratives de caractère répressif... On voit dans la sanction administrative "la manifestation d'un droit disciplinaire public, d'un droit administratif répressif", on affirme que ce droit nouveau, et pourtant conforme à la tradition, s'intègre dans l'ensemble de notre droit administratif. Nous n'en avons pas moins une sérieuse inquiétude de voir abandonner par ce droit nouveau des règles que nous considérions comme protectrices de notre liberté". D'autres auteurs après lui soulignèrent à quel point cette notion de "faute économique" et sa sanction se détachaient de la conception pénale classique : "son caractère particulier se retrouve plus nettement encore dans les règles de procédure et l'application des peines" (38).

Deux dimensions ont depuis retenu régulièrement l'attention :

- les conditions de mise en oeuvre de ce type d'infraction par des agents administratifs
- les types de sanction sur lesquelles débouchent de telles procédures.

J. LARGUIER (39) présenta plus récemment les transformations contemporaines du droit pénal sous un jour dramatisé, en annonçant avec quelque témérité "l'éclatement est proche". Il voyait ce domaine "tiraillé entre le psychiatre et le percepteur" et dénonçait la disparition, sans cesse plus accentuée, de la notion de responsabilité et de son corollaire la sanction. Dans un système pénal ayant rompu avec la notion de faute et ne voyant plus dans les violations de la norme que symptôme ou accident, le traitement ne peut que se substituer à la sanction : traitement de l'individu dans le premier cas, traitement social dans l'autre sous forme de dédommagement pécunier. Si l'utopie de la substitution d'une intervention médico-sociale à l'enfermement pénitentiaire n'a guère connu de concrétisation significative, il n'en va pas de même du volet "fiscalisation". En effet, tous les travaux convergent pour attester qu'en matière de droit pénal des affaires, l'immense majorité des conflits se règle selon cet auteur :

- dans des structures non juridictionnelles, le plus souvent de type professionnel ou dans le silence de pratiques

./...

administratives. L'administration remplace le juge comme interlocuteur.

- par le versement de sommes monétaires qu'il s'agisse d'amendes pénales ou de pénalités administratives
- dans un contexte dé-délictualisé où la requalification des faits s'effectue davantage selon une logique de rectification et de dédommagement que selon une logique de sanction de faute.

Une synthèse toute récente sur ces questions nous est fournie par R. ROTH (40), dont un des premiers intérêts est de nous arracher à un point de vue par trop héxagonal. Ce qui est la moindre des choses émanant d'un Suisse, mieux, d'un Genèvois. Très au fait de l'état des débats et des pratiques dans les différents pays européens, il choisit une formule prudente pour traiter de "l'administrativisation du droit pénal" : "il est temps de se demander si le développement du droit pénal accessoire, d'une part, l'attribution de la compétence d'infliger des sanctions pénales, d'autre part, ne conduisent pas à la croissance d'un être hybride mi-pénal et mi-administratif".

L'exemple allemand (41) est ici particulièrement symptômatique dans la mesure où la spécialisation très poussée des autorités de poursuite et les possibilités de "plea barganing" offertes par le § 153-a de la Strafprozessordnung, substituent massivement dans la pratique, une gestion administrative des infractions à leur répression. Quant à la loi Suisse sur le droit pénal administratif (42) elle débouche en matière de décision-sanction sur des combinaisons juridiques pour le moins hétérogènes où se mêlent les mesures administratives (remise en état), civiles (dédommagements) et pénales (amendes, emprisonnement). Se refusant à jouer les Cassandre ROTH conclut prudemment à une perte de spécificité tendancielle de chacun de ces registres juridiques et à l'existence de "plusieurs droits pénaux superposés" qui restent à approfondir dans leur (s) origine (s) et leurs formes propres.

Dans une version plus alarmiste on peut se référer à une formulation récente de M. DELMAS-MARTY qui voit dans ce droit pénal "bureaucratique", un droit pénal "sauvage". Elle propose différentes techniques pour rompre avec "l'anarchie, qui depuis des décennies, s'est instaurée dans la définition et la sanction des infractions". Puis, évoquant les travaux de réforme du Code Pénal elle déclare : "que dire en effet, d'un code pénal rénové, modernisé, clarifié, mais dont la partie spéciale -autrement dit le catalogue, la liste des infractions pénales- serait doublée d'un "droit pénal sauvage", obéissant à sa propre logique ou n'obéissant à aucune logique perceptible ?". (43).

2 - Les doubles visages socio-politiques

Il est frappant de noter à quel point toutes les approches précédentes évitent soigneusement une mise en relation de la double structure juridique observée avec les structures socio-économiques dans lesquelles elles

./...

s'inscrivent. Certains travaux ont heureusement poussé l'analyse jusque là, car seul un regard dogmatique peut accepter d'ignorer les clivages sociaux, médiatisés certes, mais toujours explicites qui sous-tendent ce double visage du pénal.

Un groupe de travail constitué par la revue ACTES (44) publiait en 1980 un dossier intitulé "le droit pénal éclaté" qui proposait un point sur les débats en matière de politique pénale après la loi "Sécurité et Liberté". Il ressortait des débats différents éléments dont tout d'abord la perte de sens de la notion de "délinquance" et "d'infraction". L'éventail des incriminations légales, même délictuelles, apparaît profondément clivé entre celles qui ont un impact social direct et alimentent les scènes traditionnelles de la pénalité (police-justice-prison) et celles qui opèrent sur de simples scènes règlementaires. D'autre part il n'est pas indifférent de relever comme cela est fait habituellement, que les infractions du Code Pénal donnent lieu à des applications quantitativement importantes. Alors que les infractions annexées aux législations techniques ont des niveaux de mise en oeuvre minimes. On ne peut se contenter d'en rester à un simple diagnostic d'ineffectivité, n'y-a-t-il pas là une politique répressive différentielle de marquage d'un côté, d'occulation de l'autre ? La réponse fournie est affirmative. Reprenant l'image de l'opposition droit de la métropole/droit des colonies, la double structure du droit pénal est alors interprétée comme dispositif de domination. D'un côté, le droit pénal social, économique et financier, "code moral à l'usage des métropoles du pouvoir". De l'autre un droit pénal au caractère répressif affirmé, "code des banlieues et des périphéries du capitalisme", les groupes sociaux en situation précaire et peu organisés ayant pris la place de la classe ouvrière comme classe dangereuse.

Une recherche ultérieure effectuée par M. Van de KERCHOVE (45) reprenant le point de départ de J. LARGUIER (46) explicite précisément les hypothèses précédentes. Analysant les modifications récentes dans la législation belge, il expose un double mouvement asymétrique de dépénalisation, médicalisation d'un côté, fiscalisation de l'autre. Dans le premier cas la délinquance juvénile, la délinquance des anormaux mentaux et le vagabondage ont vu se substituer une série de prise en charge médico-sociale à l'intervention judiciaire. Dans le second cas, droit pénal social et droit pénal de la consommation,une procédure transactionnelle a été introduite pour remplacer les sanctions pénales. Le règlement du conflit ne sort plus désormais de la sphère administrative.

L'asymétrie qu'il souligne se marque de la façon suivante :

| Médicalisation | Fiscalisation |
|---|---|
| 1 -Individualisation poussée | Désindividualisation |
| 2 -Stigmatisation médico-sociale | Absence de toute stigmatisation personnelle |
| 3 -Changement dans les lieux d'enfermement, nouvelle forme d'exclusion sociale | Absence de toute atteinte aux libertés individuelles, absence d'exclusion sociale |

Après avoir écarté un à un les arguments classiques opposant soit-disant "criminalité naturelle" et "criminalité artificielle" et sur lesquels nous reviendrons, il recherche dans la rationalité économique le fondement de ce clivage. Il oppose alors deux formes de pratiques sociales vis-à-vis de notre système de valeurs : une délinquance d'inadaptation et une d'hyperadaptation. Ces pratiques ne proviennent pas de structures caractérielles mais constituent des réponses socio-politiques aux attentes majeures de notre formation sociale. Il conclut ainsi :

"A la dualité des voies suivies par la dépénalisation correspond en effet un clivage socio-économique qu'on ne peut globalement contester, même s'il n'a pas une portée absolue.

Par rapport à une criminalité en "col blanc", dont on ne peut enlever tout contenu de classe et dont la fiscalisation progressive constitue le processus d'immunisation ultime, la délinquance d'inadaptation, réservée principalement aux classes "laborieuses" (et toujours "dangereuses" ?) se voit plus que jamais soumise, à travers le processus de médicalisation, à des mesures privatives ou restrictives de liberté. Ce qui paraît confirmer que les nouveaux lieux d'enfermement, comme la prison hier, ont été conçus pour ceux qui n'étaient pas en mesure de financer leur liberté".

B . Un dispositif socio-politique : droit pénal de sanction/droit pénal de discipline

En réponse, ou par ignorance des constats effectués sur le dédoublement du droit pénal,la doctrine classique s'est efforcée de maintenir le mythe d'un droit pénal unifié. Certains auteurs comme C. BARBERGER ont tenté d'en théoriser la double structure. On peut sur les pistes de M. FOUCAULT poursuivre dans cette direction et penser cette forme dédoublée comme un dispositif socio-politique.

1 - Comment la doctrine juridique a-t-elle pensé l'incontournable coupure interne au droit pénal ? Les juristes dogmatiques se sont efforcés de maintenir l'illusion d'un droit pénal unifié et cohérent en considérant que l'existence de la sanction ou plus exactement de sa possibilité suffit à assurer l'homogénéïté du domaine (47). Pour d'autres, le problème ne se pose pas dans la mesure où ils considèrent que le droit pénal n'a pas de spécificité et qu'il incorpore pour les sanctionner toute une série de normes extra-pénales de nature explicitement ou tacitement civile quelle qu'en soit la source (48). D'autres, acceptent l'idée d'un droit pénal bifide en mettant en avant les différences inhérentes aux sources (Code Pénal-source législative/textes administratifs-sources règlementaires) (59). D'autres enfin y verraient plutôt une dégénérescence ; "plein d'impuretés" ce droit pénal sera dit "transitoire, en raison de l'ambiguité même de son régime juridique" qui mêle moyens de pression et de sanction (50).

./...

Mais quel que soit le raisonnement adopté les pénalistes en reviennent toujours à une théorie unique de l'infraction. Théorie faussement intégrative qui pour rester crédible est amenée à jouer sur les éléments constitutifs de l'infraction. On est ainsi conduit à évacuer la dimension intentionnelle des infractions définies dans un cadre administratif, occultation qui permet de justifier le caractère dérogatoire au droit commun de leur traitement. Mais en quoi l'escroquerie serait-elle une infraction plus intentionnelle que la fraude fiscale et l'abus de bien social un délit moins intentionnel que le faux en écriture de commerce ? Cette théorisation mérite pour le moins quelques interrogations.

2 - C. BARBERGER en formule beaucoup, en particulier sur les mythes qui sous-tendent la très contemporaine "théorie de l'autonomie du droit pénal". Son analyse la conduit finalement à opposer d'un côté un droit de sanction organisé par le code pénal fixant les peines et par le code de procédure pénale qui détermine les conditions de sa mise en oeuvre.

D'un autre côté un droit "disciplinaire" éparpillé dans les législations administratives spécialisées définissant des obligations de faire mais intégrant aussi dans le même texte les règles de mise en oeuvre. "Discipline" est pris ici, non au sens strictement habituel de droit disciplinaire des professions mais au sens utilisé par FOUCAULT et se référant à un droit injonctif structuré en termes d'efficacité et de restitution et non en terme de sanction et de rétribution (51).

Sa démarche, très originale a pour point de départ une étude très minutieuse des statistiques et registres de main-courante policière. Elle se proposait au départ de cerner la notion de "criminalité apparente", au sens de criminalité enregistrée, et son travail a débouché sur la démystification de cette notion. Son analyse de données démontre que l'essentiel des activités policières concerne une dizaine d'articles du Code Pénal. Qui met alors en oeuvre la multitude d'incriminations contenues dans la législation contemporaine ? Cette question la conduit à une analyse du rôle des fonctionnaires et agents administratifs chargés de fonction de police judiciaire et à une réflexion sur les formes de ce droit pénal spécial technique qu'ils mettent en oeuvre. Nous avons déjà mentionné les particularités du régime de saisie et de poursuite des infractions ainsi organisé. Nous nous arrêterons ici un moment sur les exemples qu'elle donne "des mutations du droit", telles qu'elles se manifestent dans les codifications administratives regroupant autour d'un domaine des règles juridiques profondément hétérogènes.

La loi du 3 janvier 1975 a ainsi crée à côté de la répression judiciaire, une répression non-contentieuse confiée aux banques qui bénéficient ainsi d'une véritable délégation de puissance publique.

./...

L'article L.263-3-1 introduit dans le Code du travail par la loi du 6 décembre 1976 en matière d'accidents du travail donne au juge la possibilité d'écarter la sanction pénale du dirigeant de l'entreprise au profit d'une "condamnation" de cette dernière à la réalisation d'un plan d'hygiène et sécurité.

Il s'agit là de deux exemples relativement récents créant des modalités de sanction hybrides, plus ou moins proches de mesures de sûreté. Ces "ersatz répressifs" rompant avec le principe d'égalité devant la loi ne pouvaient être intégrés en tant que tel dans le Code pénal. Les lois techniques les accueillirent par contre sans la moindre difficulté.

Autre exemple d'innovation, la loi du 31 décembre 1979 qui, tout en maintenant l'incrimination d'avortement a doublé cette infraction (a. 317 C.P.) d'une pratique très règlementée "l'interruption volontaire de grossesse", gérée par des agents administratifs et médicaux disposant de pouvoirs de sanction propres.

Le droit pénal des affaires recèle de multiples exemples de dispositifs double de ce type, en particulier lorsqu'existent parallèlement aux dispositions pénales classiques, des structures de surveillance administratives telles que les commissions (des infractions fiscales, de la concurrence et des prix, des opérations de bourse, de contrôle des banques, de l'usure, de la surveillance des marchés de l'Etat).

Ces mutations dans l'ordre pénal peuvent être caractérisées à trois niveaux :

- ces dispositions légales créent tout d'abord une confusion des rôles entre ceux qui sont chargés du constat de l'infraction, de sa poursuite et de l'exécution des sanctions. Le banquier devient juge, le juge se fait inspecteur du travail et l'inspecteur apprécie l'opportunité des poursuites ou bien admoneste. Chacun perd sa spécificité et les garanties inhérentes à la séparation des fonctions s'en trouvent diminuées d'autant.

- la peine se trouve remplacée par une mesure de contrôle. On retrouve toujours, quelque soit le domaine, les mêmes éléments : constat d'une infraction, mise à l'écart de la responsabilité pénale, imposition d'une "mesure" préventive (amélioration des installations), réparatrice (remise en état) ou sanctionnatrice (interdiction temporaire). C'est par facilité et faute de mieux que l'on parle ici de "mesure" par simple analogie avec les mesures de sûreté et tout en sachant que le régime juridique de telles décisions est pour le moins peu assuré (52).

- enfin ce droit s'énonce sur un mode normatif créant des obligations de faire. BARBERGER s'appuie ici sur les travaux de M. VILLEY (53) pour distinguer un droit qui se

./...

contente "d'indiquer une réalité", de celui qui veut "prescrire une conduite". Le langage de la loi pénale sert ici d'indicateur. Le Code pénal ne crée pas de normes, il indique des peines. Il s'articule directement sur la morale en indiquant les points forts de celle-ci et les sanctions qui en rétribuent la violation. Par contre, dans le cas des législations dites techniques, toute référence à la morale disparait au profit d'un catalogue de prescriptions qui valent règle de conduite. "Des prescriptions extrêmement précises mais, par définition, toujours lacunaires tiennent lieu de morale : ce que punit alors la loi pénale moderne n'est pas le comportement contraire à la morale sociale, mais la désobéïssance à l'Etat" (54). La sécurité dans les conditions de travail ou l'atteinte à l'environnement ne sont pas présentées comme participant à la morale collective, mais comme le produit morcelé d'une série de règlementations prises au coup par coup par l'arbitraire gouvernemental.

C. BARBERGER voit dans la dualité des lois pénales, une "dualité d'éthique sociale". Le droit du Code Pénal est un droit de liberté, s'adressant à des sujets responsables qui reconnait les violations des normes morales et les transforme en instrument de cohésion sociale par l'intermédiaire de la peine. Le droit des législations techniques est au contraire un droit de discipline qui produit dans le même temps la norme et la sanction. Il gouverne des sujets déresponsabilisés par un système d'incrimination qui évacue l'élément moral des infractions. La notion de morale collective ne tient aucune place dans cette construction qui vise à une obéissance éclatée des citoyens à une organisation sociale toujours mouvante. La peine n'est plus ici l'instrument de cohésion sociale défini par DURKHEIM (55), mais un simple instrument de discipline. Le droit pénal contemporain se voit imprimer une orientation nouvelle : "la dimension disciplinaire tend à l'emporter sur la dimension symbolique. En effet la peine en tant que symbole rétributif disparait au profit d'un contrôle des comportements confié à des acteurs sociaux dont on modifie le rôle".

3 - La dichotomie systématisée par BARBERGER peut être rapprochée de celle dégagée par FOUCAULT entre les modèles de pouvoir "juridico-discursif" et "disciplinaire" (56). Le premier repose sur l'énonciaiton explicite d'une règle, d'une loi posant des limites à la liberté des sujets décrivant des violations, les rétribuant par des peines et visant à une harmonisation. Le second repose sur des normes mouvantes décrivant des comportements obligatoires et non des violations et visant à l'imposition générale d'une discipline commune. Le pouvoir "juridico-discursif" est extérieur au sujet, il trace des frontières et prévoit des sanctions pour les dépassements. Le pouvoir "disciplinaire" s'impose au sujet de l'intérieur (il s'applique à lui-même une "discipline") pour assurer une normalisation continue. Même si FOUCAULT n'est pas toujours très explicite sur ce point, on peut considérer que ces deux modèles passent

./...

par des formes juridiques spécifiques, la loi générale d'un côté, production du pouvoir législatif, la "norme" particulière de l'autre (nous dirons plutôt le règlement ou la circulaire) produite par l'exécutif.

En reprenant et complétant les différents indicateurs présentés précédemment, on peut à l'aide d'un tableau opposer nettement, terme à terme deux formes de droit pénal : le droit de la peine et le droit de la discipline.

| | Droit pénal de sanction | Droit pénal de discipline |
|---|---|---|
| 1 - Source du droit | Législatif<br>La loi - Le code pénal | Exécutif<br>- le règlement administratif<br>- annexe à une loi d'organisation technique |
| 2 - Texte d'incrimination | Décrit une conduite de violation et fixe une peine.<br>Référence à une morale collective | Prescrit une conduite et sanctionne sa violation<br>Référence à un savoir technique |
| 3 - Infraction | Faute intentionnelle située dans un passé | Infraction matérielle<br>Symptôme d'un problème présent, menace pour le futur |
| 4 - Contenu de l'infraction | Atteinte à "l'ordre public général" (protection de la personne, de la propriété et de l'Etat) | Eclatement de la notion "d'ordre public général" au profit de "sous-ordre public techniques", commercial, financier, écologique, sanitaire... |
| 5 - Sanction | Rétributive d'une faute<br>Peine symbolique, instrument de cohésion sociale | Restitutive d'une situation<br>Peine concrète (pénalité financière, remise en état, démolition) |

Ce premier niveau de caractérisation se précise encore si on envisage les différences de forme dans la procédure de mise en oeuvre des poursuites.

| | | |
|---|---|---|
| 6 - Règles de procédures<br>Définition | Code de procédure pénale | Eparpillement dans les législations techniques<br>Absence de règles générales |
| 7 - Constatation de l'infraction | Par des agents de police judiciaire | Par des agents administratifs dotés de pouvoirs spécifiques de police judiciaire |

./...

| | | |
|---|---|---|
| 8 - Compétence des agents | Compétence générale | Compétence "ratione materiae" |
| 9 - Pouvoirs de régulation propres aux agents | Pouvoirs limités en pratique et inexistants en droit | Pouvoirs considérables<br>Obstacles juridiques au déclenchement des poursuites (mise en demeure, avis préalable, plainte préalable, transaction) |
| 10 - Répartition des pouvoirs | Séparation des pouvoirs de de détection, poursuite, jugement et exécution | Confusion des pouvoirs de détection, poursuite et exécution |
| 11 - Caractère de la procédure | Contradictoire - Publique<br>Règlement juridictionnel | Inquisitoriale - Secrète - Dérogatoire au droit commun - Règlement extra-juridictionnel |
| 12 - Rôle du juge | Central - La sentence clot le conflit | Périphérique<br>La sentence n'est qu'un élément éventuel dans un système de régulation extérieur |

Cette opposition peut aussi être complétée par une troisième dimension relative aux fondements philosophiques et politiques de ces deux formes de droit pénal.

| | Droit pénal de sanction | Droit pénal de discipline |
|---|---|---|
| 13 - Sujet de droit | Universalité des sujets de droit supposés libres et rationnels | Particularisme des sujets de droit (on vise toujours une catégorie spécifique) dont on attend obéissance à une organisation |
| 14 - Responsabilité et intionnalité | L'élément moral est au coeur de la responsabilité pénale | Disparition de l'élément moral et de la notion de responsabilité |
| 15 - Fondements de droit | Règle morale générale et subjective relativement stable | Règle technique particulière à prétention objective (fondée sur un savoir) occultant toute référence morale, toujours mobile et en redéfinition |
| 16 - Référence étatique | Droit pénal de l'Etat libéral fixant des tarifs et ayant une apparence de naturalité<br>Intervention étatique "noble" par le juge | Droit pénal de l'Etat interventionniste, fixant des obligations dans un système de régulation imposé<br>Intervention étatique indirecte par l'administration |

| | | |
|---|---|---|
| 17 - Finalités du droit | Droit instrument de liberté fixant des cadres et instaurant une sécurité dans les rapports sociaux | Droit instrument de pouvoir |
| 18 - Finalité de la peine | Fonction symbolique revitalisant la conscience collective Peine = mal nécessaire | Fonction disciplinaire visant l'obéïssance du sujet - Peine = imposition d'un bien |

La présentation d'un tel tableau bi-partie présente toujours un certain nombre de risques qu'il s'agit de préciser :

- tout d'abord ces deux formes de droit pénal doivent être prises plus comme des "idéaux types", au sens Wébérien, ou comme des modèles tendanciels, inférés de l'analyse des différentes composantes de la matière pénale que comme une description littérale d'une réalité. Certes les dispositions du Code Pénal relèvent toutes du modèle de la sanction. De même les innombrables dispositions pénales annexées à des réglementations particulières (impôts, sécurité sociale, environnement, télé-communications...) relèvent toutes du modèle de la discipline.

Cependant, on trouve par exemple dans la législation en matière de droit du travail des dispositions relevant de l'un et l'autre modèle. Ainsi les textes relatifs à la garantie de la liberté du travail relèvent du modèle n° 1, ceux relatifs à l'hygiène et la sécurité du travail sont à rattacher au modèle n° 2. De même en matière de droit pénal des sociétés où les incriminations de banqueroute et faux en écriture de commerce appartiennent au modèle n° 1, bien que l'essentiel des autres appartienne au modèle n° 2.

Ces modèles sont cependant opératoires dans la mesure où ils structurent nettement des espaces différents, à travers le jeu des diverses dimensions relevées dans le tableau. Nous avons bien là affaire à un système différentiel de définitions et d'opérations aux implications tant techniques que socio-politiques.

Ces modèles doivent être lus d'autre part comme fonctionnant en articulation et non en rivalité. Il s'agit en fait de formes distinctes d'un même système et non de formes concurrentes. Ce qui est peu apparent aujourd'hui (perdu ou non formulé) ce sont les termes de cette articulation fort ancienne et qui existe de toute façon dès avant le pénal codifié en 1810. C'est par méconnaissance de la logique d'ensemble que les pénalistes contemporains mettent l'accent sur les incompatibilités ou le conflit entre formes. Il y a toujours un danger à lire un système avec les lunettes d'un autre, c'est

./...

ce que l'on fait :

- quand on reproche au pénal de sanction son manque d'efficacité concrète
- ou quand on fait grief au pénal de discipline de son côté dérogatoire au droit commun en matière de poursuites ou de sanctions par exemple.

Il ne s'agit donc pas de vouloir faire fonctionner un système avec les éléments de l'autre mais de s'intéresser au contraire à ce qui fonde cette opposition fonctionnelle et à ce qu'elle produit.

On pourrait ajouter d'autres dimensions de clivage, en particulier dans le domaine des pratiques répressives concrètes ainsi organisées. Le droit pénal de sanction alimente la quasi-totalité des activités judiciaires pénales. Par contre le droit pénal de discipline, malgré ses apparences contraignantes, débouche rarement sur une telle issue. La dimension procédurale révèle ici son rôle majeur dans la mesure où les formes de ce droit organisent des opportunités de règlement multiples qui n'existent pas (ou presque) dans le modèle 1. Ce sont ces alternatives au procès pénal qui assurent la gestion différentielle des incriminations disciplinaires. D'autre part il est clair que les populations-cibles atteintes par la mise en oeuvre de ces deux formes de droit pénal sont nettement distinctes et bien identifiées. Le droit pénal de sanction, même s'il concerne en théorie tous les sujets du droit (dimension d'universalité), n'en est pas moins particulariste dans sa mise en oeuvre. Il atteint spécifiquement les couches populaires (marginaux socio-économiques, ouvriers, employés). Alors que le droit pénal de discipline est nettement un droit "bourgeois", plus exactement un droit concernant des dirigeants d'entreprises (patrons et cadres supérieurs) et des travailleurs indépendants. Pour reprendre ici l'exemple du droit du travail, il n'est pas indifférent que les dispositions visant les salariés relèvent surtout du modèle 1, alors que celles concernant les employeurs sont inscrites dans le deuxième. De même en matière de droit des sociétés, les poursuites pour banqueroutes (modèle 1) concernent massivement les très petites entreprises. Les grandes entreprises ne sont atteintes en pratique que par des incriminations disciplinaires et échappent donc en général à des poursuites judiciaires. Si la distinction est nette au niveau juridictionnel, elle est caricaturale au niveau des sanctions prononcées, les emprisonnés étant massivement des voleurs appartenant aux couches les plus défavorisées des classes populaires. Le droit pénal de discipline privilégie les règlements non-judiciaires et ne débouche que par exception sur des peines privatives de liberté. Il ne connaît que l'amende et parfois l'emprisonnement avec sursis (cf. annexe n° I).

Enfin, le modèle du "droit pénal de discipline" permet de dégager une cohérence à l'ensemble, particulièrement hétéroclite en apparence, constitué par les pouvoirs de police spéciale attribués aux multiples agents administratifs.

./...

Chaque administration, pour son domaine, propre dispose de pouvoirs répressifs, insérés dans des pouvoirs généraux et finalisés sur des objectifs spécifiques. Cependant ces pouvoirs ne sont pas uniformément répartis. Certaines administrations sont très outillées, comme celle des douanes qui dispose, de la recherche des infractions à l'imposition des sanctions internes (pénalités, saisies pour vente) de pouvoirs considérables. A l'inverse, d'autres, telle que l'Inspection du travail ou celle des installations classées, sont très peu armées pour effectuer les missions qui leur sont imparties. De plus une dimension historique s'interpose pour accroître la légitimité d'intervention des anciennes administrations dont ne dispose pas toujours les plus récentes. Entre les administrations de Colbert et celles de la cinquième République, l'autorité varie considérablement et les possibilités d'action autonome également.

Il n'est pas davantage possible de construire une typologie cohérente des administrations selon le type d'intérêt qu'elles défendent. On peut ainsi opposer éventuellement les administrations qui défendent un intérêt patrimonial de l'Etat (fisc, douanes), celles qui assurent la protection d'un intérêt collectif non patrimonial (protection de l'environnement) et celles qui garantissent l'intérêt de catégories particulières ou en médiatisent la protection (salariés par le droit du travail, assurés sociaux par le droit de la sécurité sociale). Que l'on retienne un critère de pouvoir, un critère d'ancienneté historique ou un critère de nature des intérêts défendus, on ne parvient pas à constituer des sous-groupes homogènes. Le droit reste donc la seule dimension transversale à travers laquelle se lit une importante convergence qu'il s'agisse du droit administratif structurant les modes d'opérer généraux que de son volet pénal. S'il est dès lors hautement souhaitable d'employer un pluriel lorsqu'on parle "administration", il n'en demeure pas moins qu'elles constituent un ensemble relativement homogène quant à leur mode d'action répressif. Leur étude sociologique passe par l'étude du droit qu'elles mettent en oeuvre.

Une autre remarque revient en leitmotiv à ce propos, celle de l'apparente nouveauté du phénomène. Certes la multiplication des spécialités très ponctuelles comme le droit pénal de la sécurité sociale, de la pollution transfrontières des eaux, de la télécommunication ou de la pharmacie... a de quoi troubler. Mais ces retombées sur le plan juridique des transformations technologiques se sont fondues dans des dispositifs datant de l'Ancien Régime et repris en 1810, avalisant aux côtés du droit pénal commun l'existence de droits spéciaux (douanes, eaux et forêts) donnant à des administrations spécialisées des pouvoirs de contrôle et de sanction spécifiques. C'est donc beaucoup plus en termes de complémentarité et de couple fonctionnel qu'il semble fructueux de conceptualiser la recherche sur le dédoublement des formes de droit pénal.

Si la nouveauté du phénomène n'est qu'apparente, le point qui mérite attention est par contre le moment où cette question a acquis la visibilité qui est la sienne

./...

aujourd'hui. Cette récente mise en visibilité renvoie à une question plus large celle des finalités sociales assignées au droit. On peut à grand trait marquer l'évolution suivante (57) :

La période révolutionnaire et post-révolutionnaire constitue une phase dominée par une conception théorique du droit où celui-ci est conçu comme un guide des comportements, outil à la fois autoritaire et pédagogique ne laissant au juge quasiment aucun pouvoir d'interprétation.

Dès avant la moitié du XIXº siècle cette position doctrinale se renverse au profit d'un pragmatisme qui fait du juge l'acteur principal du système juridique. Peu importe que la loi et les codes ne soient pas complets, ils fixent des cadres auxquels le juge se réfère en les complétant. Ce qui importe c'est d'abord la régulation des conflits et la résolution des nouvelles questions sociales. La jurisprudence tient ici un rôle central.

C'est durant l'entre-deux guerres que des juristes tels RIPERT vont prôner un retour à un corps de règles fixes et vont mettre en question l'autonomie de la jurisprudence pour remédier à ce qu'il nomme "l'Insécurité Juridique". Le mouvement n'a depuis cessé de s'accentuer et l'Etat interventionniste n'a cessé de produire des législations spécialisées, contenant le plus souvent un codicille pénal destiné à sanctionner ces règles d'organisation.

Comment alors interpréter cette multiplication et cet éparpillement des textes pénaux d'incrimination ainsi que leur mise en question actuelle ? Faut-il y voir le résultat prévisible d'un long "processus historique de centralisation, culminant à travers la magnificience d'un Etat qui semble s'être fixé pour but de "policer" la société toute entière"(58) ? Ou au contraire faut-il y lire l'impuissance d'un Etat s'essouflant à force d'interventionnisme et dont le renforcement et le durcissement serait selon DURKHEIM moins l'effet d'une intensification de la cohésion sociale que le signe d'un amorphisme et d'une désintégration sociale ? Craignant les discours prophétiques, nous préfèrerons y lire un dispositif socio-politique, un instrument de domination sociale médiatisé par le droit. Que produit, qu'autorise cette césure du champ pénal, telle sera la prochaine question traitée.

### 4 - Le double registre pénal, un instrument de domination sociale

Cette approche dichotomique du registre nous conduit à proposer de lire ce dyptique comme un dispositif socio-politique, une technique de pouvoir dans la gestion des illégalismes. Si l'on accepte avec DURKHEIM la normalité des violations de la règle sociale on accepte le constat, finalement banal selon lequel tout groupe social, toute classe entretient avec le système légal dominant des rapports conflictuels. Et rappelons à cette occasion que DURKHEIM ne voit nullement dans ces conflits une source de désagrégation sociale mais l'occasion d'un processus symbolique de réaffir-

./...

mation et de renforcement de la conscience collective et des valeurs qui la fondent. C'est dans ce sens que l'on peut parler de "positivité de la criminalité". Elle n'est pas pure et simple négativité, elle est productrice d'effets sociaux. Cette "positivité" ne se situe pas, bien évidemment dans les troubles immédiats qu'elle occasionne. Elle est à rechercher, non dans le temps de l'agression et de l'atteinte, mais dans un temps second qui succède au premier, celui de la réaction sociale. C'est la reprise et l'amplification au plan idéologique de la sanction de la transgression qui pour le groupe est constitutive de cette "positivité" (59).

Or c'est précisément sur ce point que l'on peut articuler l'analyse du double registre pénal. On tend toujours à ramener ce dyptique à la pré-existence de deux formes d'infractions : les délits soit-disant "naturels" étant opposés aux délits "artificiels" ou "conventionnels". Cette fiction doit en fait être regardée non comme la source, mais au contraire comme la résultante, le produit d'une construction juridique à double visage :

- un visage à dominante sanctionnatrice constitué par le droit pénal, dit "classique", celui du Code
- et un visage à dominante régulatrice constitué par le droit pénal spécial dit "règlementaire" ou "annexe", ou "technique", ou encore "administratif". Car ce que négligent ou occultent depuis GAROFALO (60) les tenants de la criminalité "naturelle", c'est que tout droit pénal, pour sa partie spéciale (le catalogue des infractions) repose sur un processus d'incrimination. Incriminer, c'est attribuer à certaines pratiques d'action ou d'abstention un statut juridique d'infraction, de comportement sanctionné par une instance publique. L'incrimination est une qualification donnée par l'autorité légale. Et celle-ci n'a rien de "naturel", il n'y a pas d'infraction innée. Elle est au contraire l'expression d'une institutionnalisation des règles, inséparable des structures de pouvoir d'une société donnée. Les travaux sur la codification en Europe occidentale l'ont bien montré (61). Mais, il faut aller au-delà. L'analyse de la production des droits coutumiers apparemment plus proches d'une "morale naturelle", aboutit à des conclusions similaires (62). Ce n'est pas parce que l'autorité instituant les incriminations n'est pas alors étatique, que l'acte incriminateur perd son caractère d'acte de pouvoir. On peut se référer ici à Max Weber montrant le rôle central des "légistes" détenteurs de l'autorité juridique et judiciaire (chefs de clan, conseil d'anciens, religieux...) dans la production des règles de droit coutumier.

A l'étude, les notions de "crime vrai", de "mal en soi", de violation des "sentiments élémentaires de pitié et de probité" se révèlent profondément subjectives. Leur contenu réel et leur absence de relativité dans le temps et l'espace sont toujours restés en discussion depuis GAROFALO lui-même. DURKHEIM réfuta cette distinction comme arbitraire dans la mesure où elle substitue à un critère de définition matériel (la sanction sociale) un critère purement subjectif et nullement éprouvé (63). A. PRINS, inspirateur des légis-

./...

lations pénales belge et genevoise rapportait cette remarque de R. JHERING : "L'homme n'avait pas plus dans la tête l'idée innée du respect de la propriété et de la vie que l'idée innée de la machine à vapeur" (64). Mêmeles incriminations de meurtre ou de vol n'échappent pas à leur dimension de simple catégorie qualificatrice. Elles ne sont nullement des "maux en eux-mêmes", mais une dénomination aposée dans certaines conditions, à certains comportements. "L'artificialité" de cette qualification, ou plutôt son caractère social, apparait clairement dans le fait que l'autorité légitime peut en écarter l'application. Ce sont les cas bien connus de légitime défense ou de guerre pour le meurtre et les dispositions écartant le vol dans le cadre familial. Et l'on connait l'intensité des débats suscités en ces matières par l'habituel écart qui sépare les fictions juridiques des situations sociales concrètes auxquelles on est parfois confronté.

Quoiqu'il en soit, il resterait encore à démontrer que les atteintes aux "sentiments élémentaires" de pitié (atteintes à l'intégrité physique ou morale de la personne humaine) et de probité (atteintes à la propriété, faux, faux témoignage) sont rassemblés dans le Code Pénal. Les dispositions pénales accessoires ne contiendraient alors que des atteintes secondaires ou mineures. Là encore le débat est ouvert et nécessiterait que l'on examine par le menu les articles du Code Pénal pour voir dans quelle mesure il reflèterait toujours les points forts des consciences collectives. Ne porte-t-il pas encore trace d'une économie essentiellement rurale prohibant les vols de bestiaux, de récoltes et d'instruments agraires (64). Puis dans un autre sens il faudrait aussi démontrer que les infractions dites "conventionnelles" ne protègent aucune valeur fondamentale. La répression des accidents du travail ou de la commercialisation de produits dangereux ne sanctionnent-ils pas des comportements de violence ? La fraude à la qualité et l'abus de bien social ne sont-ils pas des formes de vol ? La fraude fiscale ou douanière se rapproche juridiquement du schéma de l'escroquerie tout comme la publicité mensongère. On pourrait ici multiplier les exemples établissant que les pratiques de violence, de vol, de mensonge et de fraude reçoivent des qualifications différentes selon le contexte où elles s'accomplissent. Et ce n'est certainement pas un critère de moindre intentionnalité qui sépare ces deux systèmes de pondération des comportements, quoiqu'on prétende ! Là encore la disparition tendancielle de la recherche de l'élément moral dans les infractions "disciplinaires" est à saisir comme un effet et non comme une cause. N'est-ce pas plutôt parce que l'adhésion aux valeurs dominantes est présumée chez les auteurs de ce type d'infraction que la question de l'intention morale est ici écartée ? Par contre c'est un procès moral classique qui est fait aux auteurs des actes auquel on applique la grille du pénal de sanction. Quant au critère d'intentionnalité n'est-il pas ici aussi souvent relativisé ? L'analyse des pratiques judiciaires montre souvent qu'en matière de "droit commun" les caractéristiques de la personne (âge, nationalité, emploi, lieu de résidence...) tout comme les éléments de fait se substituent bien souvent à la preuve réelle de l'intention coupable.

./...

Dans le même sens on peut se référer à la critique virulente que Th. LEVY (64 bis) adresse à la distinction cardinale entre faute civile/faute pénale et qui selon lui est une pure fiction destinée à occulter un rapport de domination. Il y aura faute civile pour celui qui peut répondre des conséquences de ses actes sur ses biens. Il y aura faute pénale pour celui qui n'a pour tout patrimoine que sa liberté et son corps. Et il démontre sans peine la fragilité des arguments théoriques classiquement invoqués à l'appui de cette distinction. Pas plus l'une que l'autre ne trouble l'ordre social ou n'est plus intentionnelle ou blâmable. Comment justifier alors la différence de régime juridique entre l'escroquerie et le dol entre le vol et toutes les formes de tromperies sur la marchandise ? Le seul critère, invoqué par GARRAUD et toujours repris depuis est celui de prévisibilité. Le dommage causé par la faute pénale serait imprévisible, celui causé par la faute civile chacun pourrait s'en prémunir par sa propre volonté, son attention, sa sagesse... Que celà est vite dit et peu démontré. De plus la responsabilité sans faute et l'assurancialisation ont totalement bouleversé le sens de ce faible critère. Alors, le maintien de la faute pénale est-elle autre chose qu'une technique de domination et d'apeurement ? Quant à la faute civile on en voit bien la portée car elle permet bien des reconstructions où disparait la notion d'infraction et d'atteinte à autrui.

On peut pour exemplifier ce développement rappeler une affaire "d'homicide" (reconstruite en fraude et en litige civil) concernant la "Ford Motor Company" datant de 1980 (65). FORD était en conflit depuis plusieurs années avec une toute série d'acheteurs et avec les grandes associations de défense des consommateurs au sujet de la "FORD PINTO" responsable de plusieurs milliers d'accidents et de plusieurs centaines de morts en raisons de déficiences graves. A l'occasion du décès de trois personnes, FORD fut assigné en Indiana. Les avocats de la partie civile présentèrent alors au tribunal un document comptable émanant de chez FORD. Il présentait l'analyse comparée des coûts suivants : -d'une part ceux supportés par la firme pour atteinte à la vie humaine et à l'intégrité physique des personnes soit 49 millions de dollars (180 morts, 180 accidentés gravement, 2 100 véhicules brûlés) ; -d'autre part ceux qui incomberaient àla firme s'il lui fallait retirer du marché et modifier les modèles défectueux soit 137 millions de dollars. En connaissance de cause et selon un critère strictement financier on décida de poursuivre la commercialisation. Il ne s'agit pas ici de s'indigner mais de réfléchir sur les différentes reconstructions possibles au plan juridique du conflit opposant les victimes à l'entreprise. A partir d'un certain nombre d'accidents et d'expertises, lorsque la cause des défaillances du véhicule fut connue, n'y-a-t-il pas eu homicide volontaire ? Cependant les associations de consommateurs attaquèrent non au "criminel" mais au "pénal" (équivalent nord-américain de la distinction traitée dans ce chapitre) sur la base d'un texte relatif aux fraudes à la consommation. Mais le plus significatif n'est-il pas que la plupart des procès intentés par les victimes l'aient été au civil, en vue de l'obtention de dédommagements.

./...

Même la difficile preuve de l'intention ayant été rapportée, il n'y a donc pas "d'homicide" en soi, tout est question de qualification. La qualification est un enjeu inscrit dans un rapport social que la technique juridique ne fait que médiatiser. Le droit organise des registres d'action dont la mise en oeuvre appartient aux acteurs sociaux mais où se réfractent l'état, à un moment donné, de leurs rapports sociaux. Le droit pénal des affaires peut alors être lu comme un droit qui organise un système différencié de traitement des conflits économiques, commerciaux, financiers et de certains conflits sociaux (travail, environnement...) qui fait échapper les auteurs aux qualifications sanctionnatrices et aux procédures à forte visibilité sociale. Les alternatives aux incriminations et poursuites infâmantes sont ici nombreuses, beaucoup plus que pour la délinquance de droit commun. D'autre part, l'état du rapport de force auteur-victime-autorité publique est le plus souvent inverse à celui envisagé par la criminologie classique. L'auteur est en général en situation de pouvoir favorable tant vis-à-vis de sa victime que de l'autorité publique. L'application de qualifications et la mise en oeuvre de procédure sanctionnatrices seront d'autant plus difficiles que les alternatives sont grandes et que l'autorité des demandeurs ou acteurs de l'action publique est moindre. On peut schématiser de la façon suivante les modes de règlement, les plus fréquents, des conflits mettant en accusation une entreprise.

| Conflit opposant l'entreprise à | Règlement civil | Règlement pénal | |
|---|---|---|---|
| | | disciplinaire | sanctionnateur |
| Un particulier | principalement | rarement | jamais |
| Une association "Intérêts particuliers organisés" | rarement | principalement | rarement |
| Une administration | jamais | principalement | rarement |
| Une autre entreprise | principalement | Eventuellement selon les intérêts en cause | |

Au sens juridique strict un tel tableau est une aberration puisque le procès pénal est indisponible et se trouve en théorie maitrisé par le ministère public. Cependant, l'accumulation des particularités juridiques en matière de droit pénal des affaires (forme des infractions et procédure)

./...

et le rôle tenu dans la mise en oeuvre de ces processus par les organisations professionnelles et associatives fait que l'on constate souvent en ce domaine une pénétration de "la problématique des intérêts à l'intérieur de la sphère pénale" (66). La figure triangulaire du litige civil tend alors à se recomposer, le juge ayant face à lui deux parties aux intérêts antagonistes : le dirigeant d'une entreprise s'opposant à la plainte d'un concurrent, d'une administration ou d'un groupement organisé de victimes. Le rôle du ministère public se trouve alors déplacé en celui de défenseur des plaignants et/ou de conseiller technique du juge. C'est finalement un tout autre procès pénal qui se trouve ainsi structuré.

### C . Du restitutif au répressif, complémentarité dialectique des ordres de sanction juridique

La double modélisation du droit pénal présentée ci-dessus nous a permis d'aborder de façon cohérente tant les spécificités du "droit pénal spécial technique" que celles des procédures qui le mettent en oeuvre. On peut cependant complexifier encore cette approche en dépassant l'approche dichotomique et en l'enrichissant de modèles intermédiaires entre les deux modèles précédemment exposés. En inscrivant aussi cette approche dans une hypothèse de travail dialectique transversale aux découpages juridiques classiques. La sociologie du droit subit en effet très massivement la pré-existence du découpage dominant des domaines juridiques (public/privé, civil/commercial/pénal). La réflexion sociologique sur les formes du droit se doit, pour maintenir sa cohérence, de s'attacher à penser et à tester des catégories spécifiques rompant avec les pré-constructions bétonnées et naturalisées imposées par l'état actuel de la science juridique universitaire. Il ne s'agit pas d'appliquer des méthodes sociologiques à des objets juridiques fortement pré-construits, mais aussi et surtout de reconstruire des objets de recherche originaux par une démarche conceptuelle et méthodologique.

Dans les paragraphes qui précédent cette section nous avons insisté sur la notion de qualification comme processus central des opérations juridiques : le droit est d'abord un processus de dénomination, de codage. Nous avons aussi montré comment une même situation de conflit pouvait connaître selon les partenaires qui s'y affrontent des reconstructions fort différentes allant du litige civil à l'incrimination pénale selon un registre de sanction juridique fort diversifié. C'est cette dimension que nous nous proposons d'approfondir ici quelque peu, en traçant plus des hypothèses de travail qu'en présentant les résultats d'une recherche aboutie.

Notre objectif est de dépasser cette approche dichotomique des formes du droit pénal, toujours reprise, et que nous avons présentée précédemment comme une étape intermédiaire dans la réflexion, une étape nécessaire mais risquée. Nous avons ainsi mentionné la prégnance de l'opposition classique délit naturel/délit conventionnel. Il est frappant de voir que FOUCAULT lui-même formule en termes de comportements et non en termes de reconstructions juridiques, de recodage, sa redistribution des illégalismes de la fin du XVIII° siècle.

./...

Définissant le droit comme "une règle de conduite sanctionnée" (70), Durkheim se propose de classer les règles juridiques, quelque soit leur domaine d'application, d'après le type de sanction qui y est attaché. Celui-ci change selon "la gravité attribuée aux préceptes (de droit), la place qu'ils tiennent dans la conscience publique, le rôle qu'ils jouent dans la société". Durkheim en reste apparemment à un classement sommaire puisqu'il raisonne toujours selon la dichotomie droit répressif/droit restitutif. Il indique cependant que "les différents domaines de la vie morale ne sont pas radicalement séparés les uns des autres ; ils sont au contraire continus et par suite il y a entre eux des régions limitrophes où des caractères différents se retrouvent à la fois" (71). La question des articulations entre sanction répressive et restitutive ne lui avait donc pas échappé, même s'il ne la traite pas directement.

Dans son argumentation, ce débat n'est que second puisque ce qui le préoccupe c'est en priorité l'analyse des formes de solidarité symbolisées par le droit. Dans le chapitre 7 intitulé "Solidarité organique et solidarité contractuelle" (72) DURKHEIM se penche sur la complexification des sociétés industrielles et sur la progression des formes de solidarité organique qui s'y manifestent. Il souligne un double mouvement de différenciation et de coordination par un organe central l'Etat. Le droit répressif se trouve alors atteint dans sa place et dans son contenu.

Le droit restitutif plus apte à réguler les rapports constants de coopération entre des parties de plus en plus diversifiées s'impose au détriment du droit répressif plus monolithique. "L'intervention sociale n'a plus pour effet d'imposer à tout le monde certaines pratiques uniformes. Elle consiste davantage à définir et à régler les rapports spéciaux des différentes fonctions sociales. Elle n'est pas moindre parce qu'elle est autre" (73).

D'autre part, le droit répressif voit son contenu se modifier parallèlement à l'état de la conscience commune et au rôle croissant de l'Etat. "Il y a, nous le savons déjà, des fonctions administratives et gouvernementales dont certains rapports sont réglés par le droit répressif, à cause du caractère particulier dont est marqué l'organe de la conscience commune et tout ce qui s'y rapporte" (74). Durkheim emploie plus loin l'expression de "délit administratif" et y voit le signe d'un pouvoir gouvernemental autonome.

Ne peut-on alors aller plus avant dans cette direction et poser l'hypothèse que les transformations des structures socio-économiques des sociétés industrielles ont impulsé le développement et une redistribution des "régions limitrophes" et donc une interpénétration accentée des modes de sanction répressif et restitutif. Et ceci d'autant plus que ces deux formes ne sont pas exclusives et ont toujours co-existé (75). On peut sur ce sujet se référer à la controverse dont a rendu compte la "Law and Society Review" il y a quelques années (76). Traitant du développement du droit

./...

administratif dans les "sociétés complexes", Durkheim précise : "la division du travail social donne naissance à des règles juridiques qui déterminent la nature et les rapports des fonctions divisées, mais dont la violation n'entraîne que des mesures réparatrices sans caractère expiatoire". On peut y voir une première formulation de ce droit pénal "technique" ou "administratif" qui nous intéresse ici. Dans son étude critique S. SPITZER (77) reprend la distinction de DURKHEIM en insistant principalement sur le lien existant entre forme répressive et mode d'exercice du pouvoir étatique. Dans l'histoire des sociétés, la dimension répressive évolue, selon lui, de façon curvilinéaire ; peu présente dans les sociétés traditionnelles à structures sociales simples, mais aussi dans les Etats solidement institués et à forte légitimité. Elle est par contre très prégnante dans les sociétés où émerge ou bien s'impose un système de pouvoir centralisé à la conquête de son autorité (78). La fonction répressive a alors un rôle de sanction, mais surtout un rôle de rappel et d'imposition des règles.

La socialisation du pouvoir étatique et l'étatisation de la société, situation d'une formation sociale où les luttes sociales et politiques se font au nom de projets de moins en moins dissemblables et où un consensus institutionnel semble assuré, s'accompagnerait alors d'un recours intensifié aux formes de règlement restitutifs. Ce qui ne veut pas dire une diminution parallèle des formes répressives. Elles ne régresseraient que de façon relative demeurant la ligne d'appui d'un contrôle social renouvelé.

Dans ce sens un autre point mérite quelque attention c'est celui de l'interconnection croissante des sanctions de type civil et pénal qui accompagne une telle restructuration de l'espace juridique. La sanction pénale est dirigée vers un passé et siège toute entière dans sa fonction symbolique de renforcement de la conscience commune. La sanction civile par contre est de type restitutif et vise à assurer le rétablissement d'un rapport social troublé ou conflictuel ; sa finalité est dirigée vers la restauration d'une régularité. Cette finalité rejoint bien celle de l'interventionnisme étatique tel qu'il est assuré par les appareils administratifs, promoteurs principaux d'un ordre public économique et social, version renouvelée du classique "intérêt général". Cet interventionnisme régulateur tend vers une organisation, un fonctionnement, la recherche d'une efficacité concrète qui passe avant le maintien d'un ordre symbolique. Ne peut-on voir alors dans cette interpénétration des dimensions répressive et restitutive, pénale et civile une application de ce que HABERMAS (79) nomme "la privatisation du droit public" et son corollaire "la publicisation du droit privé" ? Le droit pénal est en effet, en son fond, un droit public, basé sur le pouvoir de contrainte légitime de l'Etat. Et c'est une particularité de l'histoire du droit en France, (plus ou moins bien légitimé, depuis 1940 seulement, par la théorie de l'autonomie du droit pénal qui occulte la question centrale du fondement du droit de punir (80)) d'avoir classé le pénal dans le droit privé. Il est significatif d'observer

./...

durant ces cinquante dernières années la multiplication au sein du droit pénal de formes de sanctions plus proches du restitutif que du répressif.

Cette interpénétration des sanctions répressives et restitutives n'est pas cependant générale. Elle ne s'applique pas uniformément à tous les domaines du droit. Elle est particulièrement évidente et quantitativement affirmée dans le droit pénal économique, c'est ce que Van de KERCHOVE exposait lorsqu'il parlait en ce domaine de dépénalisation par fiscalisation (81). Il rejoint dans ses conclusions sociales et politiques l'analyse de Th. LEVY qui dénonce le clivage faute civile/faute pénale comme une construction assurant la domination des propriétaires. Le sujet pourvu d'un patrimoine exprime sa liberté dans les transactions juridiques et le commerce des marchandises, il répond de ses engagements et de ses fautes sur son patrimoine, il est soumis à la loi civile. Le non-possédant qui s'approprie le bien d'autrui répond de sa faute sur son seul bien, son corps, sa liberté physique :

"Aussi longtemps qu'il détient des richesses, le malfaiteur est un convive acceptable que la loi civile contrôle suffisamment. Perdu de biens, l'homme libre est un danger social que la loi pénale doit rechercher en tout premier lieu... la loi pénale n'est rien d'autre que le moyen d'appliquer la loi civile à ceux qui n'en retirent aucun des avantages" (82). Il est donc tout à fait logique que ce soient les atteintes à l'ordre public économique qui bénéficient en priorité de sanctions restitutives. Leurs auteurs peuvent répondre de leurs fautes sur leurs biens et plus justement en pratique sur celui de leur entreprise. Mais le mouvement n'est-il pas plus large, n'atteint-il pas d'autres domaines juridiques ?

On a pour habitude de considérer que le droit répressif recouvre l'ensemble de la matière pénale, alors que le droit restitutif concernerait le droit civil et commercial. En fait pour DURKHEIM, il s'agit plus d'une distinction entre des modes de sanction qu'entre des formes de droit. Et cette distinction repose sur deux "états de la conscience collective" ; un état fort suscitant une réaction répressive, un état faible se contentant d'une réaction restitutive. Ne s'agit-il pas plutôt de catégories transversales aux cloisonnements juridiques ? D'autre part, on peut complexifier cette distinction de la façon suivante. Le droit pénal ne contient-il pas certaines dispositions finalement plus restitutives que répressives ? Et en sens inverse le droit civil ne comprend-il pas également des dispositions au moins autant répressives que restitutives (le divorce pour faute, la déchéance d'autorité parentale, la révocation d'adoption) et en matière de droit commercial la faillite personnelle ? La distinction faite par DURKHEIM semble se manifester, avec ses mêmes fondements en termes "d'état de la conscience collective" au sein de chacune des grandes catégories de droit (voir tableau n° , page ).

./...

On peut alors proposer à titre d'hypothèse la distinction entre quatre figures juridiques de sanction. Ces figures se retrouveraient en tout ou partie au sein de chaque type de droit, créant ainsi un niveau d'analyse transversal de systèmes juridiques traités jusqu'ici comme étant particulièrement étanches. Certes on reconnait souvent que le système de droit civil est le modèle de tous les autres droits mais l'analyse ne va guère au-delà. Et l'on traite toujours séparément droit public/civil/pénal/commercial...

Cette proposition se trouve en partie étayée par des remarques de DURKHEIM qui a bien mentionné l'inadéquation des grandes catégories et typologies de droit pour l'analyse sociologique. Critiquant ces classifications empiriques il considérait que la formalisation juridique ne convenait pas à la formalisation sociologique, sous peine de l'enfermer dans des notions préconstruites.

Au sein de chaque type de droit et indépendemment de leur spécificité ne peut-on distinguer quatre ordres de sanction situés par rapport au pôle répressif (défini par la notion de faute) d'un côté, et au pôle restitutif (défini par la notion de contrat) de l'autre ; entre les deux on placerait leurs deux combinaisons intermédiaires où la dominance de l'un ou l'autre pôle serait plus ou moins prégnante.

Il est cependant probable que seuls trois de ces ordres de sanction se rencontreront à l'intérieur de chaque système juridique. En effet, l'orientation dominante dans le type de droit considéré ne peut vraisemblablement pas s'effacer complètement au profit de son contraire. Ainsi dans le cadre du droit pénal on trouvera des dispositions de niveau 1, 2 et 3. Par contre en matière civile se sont surtout les dispositions de niveau 4, 3 et 2 qui se rencontreront.

Signalons toutefois qu'il existe dans le Code pénal des textes renvoyant à des dispositions civiles comme l'article 380. Il traite de l'immunité des époux, enfants et alliés de même degré en cas de vol, leurs soustractions "ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles". En sens inverse on trouve dans le Code civil des dispositions prévoyant des déchéances en cas de condamnation pénale : art. 443 - exclusion des charges de la tutelle, art. 378 - possibilité de divorce lorsque l'un des époux a été condamné à une peine afflictive et infamante. Dans de tels cas un type de droit inclut des dispositions d'un ordre de sanction étranger à celui qui prédomine à l'intérieur de son propre système. Mais il le fait indirectement en renvoyant à un droit d'un type autre. C'est-à-dire que le Code pénal ne prévoit pas à l'article 380 les dispositions civiles (le juge pénal n'a pas compétence sur ce point) ; de même les articles 243, 378 et 443 du Code civil présupposent une décision pénale antérieure pour s'appliquer.

./...

De la même façon, enfin, on trouve le même phénomène quand dans le Code de commerce des articles renvoient à des dispositions pénales. Les plus évidents sont ceux des art. 126 et 129 de la loi du 13.07.1967 consacrés à la banqueroute et se référant directement aux articles 402 et 404 du Code Pénal.

Si l'on se cantonne au seul plan pénal on rejoint ici les conséquences des remarques faites précédemment sur les formes juridiques où, au-delà du caractère pénal apparent, la disposition purement répressive n'est que l'accessoire de dispositions à visée principalement réglementaires. On peut alors dire que l'on a affaire à des dispositions de type "répressif-restitutif", voire "restitutif-répressif" quand la référence pénale est explicitement périphérique par rapport au projet règlementaire d'ensemble. Le droit pénal économique et financier semble contenir d'ailleurs pour l'essentiel des dispositions relevant des niveaux 2 et 3. C'est-à-dire des dispositions où la dimension proprement répressive est temporisée par l'existence d'une dimension réparatrice, voire dominée par elle.

Une approche sociologique de la mise en oeuvre de ces différentes formes de sanction juridique, transversale aux grands domaines du droit s'avèrerait alors particulièrement enrichissante si elle parvenait à mettre en relation la position sociale des sujets avec le mode de sanction qu'ils connaissent. La perspective de recherche qui nous semblerait a-priori la plus riche mettrait autant l'accent sur une approhe institutionnelle en termes de filières par exemple, que sur l'analyse de la plus ou moins grande aptitude des sujets à orientier et à maîtriser le mode de règlement que connaîtra leur conflit. Car comme le rappelle J.G. BELLEY (83) "Le droit se révèle mobilisé avant d'être mobilisateur". Les instances juridiques et judiciaires ne sont dans ce sens qu'un lieu de médiatisation pour les affrontements d'intérêts sociaux extérieurs à elles, mais qu'elles canalisent par les reconstructions, qualifications et procédures qu'elles imposent en vue d'un règlement. La règle juridique ne s'impose pas unilatéralement et de façon totalitaire à des sujets foncièrement passifs. Bien au contraire le droit n'acquiert sa pleine présence sociale que par la mobilisation et la mise en oeuvre que les différents types d'acteurs sociaux en effectuent de façon intéractive.

./...

Le registre sur lequel se joue la régulation pénale des conflits de type économique, impliquant en particulier des entreprises, apparait donc d'une étendue spécifique par le dédoublement de ce registre, même si la diversité des figures de sanction ne lui appartient pas en propre. Nous retrouvons ainsi en matière pénale l'essentiel des transformations de l'ordre juridique économique tels que les analyse par exemple L. BOY et A. PIROVANO (84). Refusant de s'abandonner aux discours nostalgiques, voire alarmistes sur la "crise du droit" ou la "délégalisation" ils mettent l'accent sur les transformations du système juridique. Il n'y a pas disparition ou dissolution du droit mais constitution de nouveaux lieux de production de règles, formulation d'autres catégories juridiques de fond et de forme (mode d'incrimination, procédures) enfin renouvellement des instances d'application du droit et de règlement des conflits. Nous développerons ces dimensions dans la partie suivante en précisant les restructurations internes au droit et particulièrement sensibles en matière de droit économique et social. Transformations qui reposent sur l'introduction de nouveaux acteurs, oeuvrant sur d'autres terrains et en fonction de normes différentes de celles que le système juridique met habituellement en oeuvre.

Il serait sans doute préférable et plus prudent de parler de déplacement ou d'accentuation de certaines catégories juridiques au détriment d'autres. On tend toujours en effet à raisonner en termes d'avant/après, d'apparition/disparition, ce mode d'approche dichotomique est avant tout un effet de regard. Il repose autant sur une méconnaissance du passé que sur une réduction du présent. Ainsi le dédoublement du registre pénal n'est nullement une innovation contemporaine. Une étude historique comparée des structures économiques et des institutions étatiques éclairerait sans doute les origines de l'autonomie règlementaire et répressive dont ont bénéficié l'administration fiscale, celle des douanes et celle des eaux et forêts dès le 17° siècle. Plusieurs historiens ont vu dans la constitution de l'absolutisme français sous Louis XIV, la formation d'un Etat où prédominaient des fonctions militaires (85). La maîtrise de cet appareil guerrier et diplomatique ainsi que les besoins croissants d'une administration politique centralisée conduisirent l'Etat royal à renforcer massivement ses mécanismes de ponction fiscale. Il percevait dès le début du 17° siècle quatre fois plus d'impôts que le système politique anglais (86). La règlementation de l'économie par une volonté étatique se développa aussi considérablement, marquant dès cette phase mercantiliste le triomphe d'un certain étatisme (87). Le droit pénal spécial technique y trouve une de ses sources principales. Il y a là une perspective de recherche importante mais jusqu'ici négligée. L'histoire des institutions judiciaires pénales et de la procédure l'a jusqu'à présent emporté sur l'histoire du droit lui-même et de ses catégories. Et si l'histoire du droit pénal spécial ne commençait pas en 1810 ? Personne ne le prétend bien sûr, mais on raisonne souvent "comme si". La question de l'histoire de la forme des infractions a une importance d'autant plus grande que l'on

./...

commence à connaître aujourd'hui le peu de débats suscités durant la période révolutionnaire puis napoléonienne par le contenu même des incriminations (88). Des pans entiers de la législation pénale de l'Ancien Régime ont été repris en tant que tels, en particulier en matière d'infraction.

Et si la défense des libertés publiques ne passait pas uniquement par les questions de garanties procédurales ? N'y-a-t-il pas atteinte au principe d'égalité de tous devant la loi quand on constate qu'une pratique sociale similaire de vol, de faux ou de mensonge peut être reconstruite selon des logiques aussi différentes que celles relevées précédemment Les membres des classes et groupes dominants redoutent bien les réverbères. Très tôt ils se sont données des instruments juridiques, pour régler leurs conflits dans l'obscurité propice des porches et recoins de boutiques où l'on reste entre soi. Les opportunités différentielles du droit pénal structurent cette mise en scène. La nécessaire continuité des relations commerciales et la prétention à assurer légitimement la défense de "l'intérêt général" exclut toute mise en lumière stigmatisante de l'affrontement des intérêts économiques. La force du droit pénal bourgeois réside dans la fiction qu'il organise, où, en apparence, nul ne peut prétendre échapper. Tous les conflits mineurs ou majeurs se voient réguler par une norme sociale dont la violation peut conduire sur la scène pénale, du vol de pomme à l'abus de puissance économique, du tâcheron à la multinationale. Certes. Une lecture partielle (borgne ou partiale ?) de l'actuel système juridique répressif peut conduire à s'exclamer: "En droit point de privilège. La loi est au-dessus des intérêts particuliers, égalité de sanction pour tous !".

Cependant sur la scène pénale se dresse un décor plus complexe que l'on ne dit et ne croit. Si l'on ne succombe pas d'entrée à la fascination du rituel légal pour reprendre les yeux fermés les vieilles antiennes, on apprend beaucoup à regarder cette scène encore vide de personnages, mais déjà mise en scène par les décors et les éclairages. Très vite les trajets possibles y apparaissent multiples, il y a des tobogans, des trappes, des ponts suspendus, des labyrinthes et une place de grève. La lumière y est aussi très inégalement répartie et le plein feu n'atteint pas, loin de là, tout l'espace. La scénographie y est très moderne, contrastée, démultipliée. Les murs escamotables, les paravents, les cloisons translucides, les écrans opaques et les toiles de gaze y multiplient les clair-obscurs, les contre-jours et les effets spéciaux. Mais voici les régisseurs qui s'installent en cabine technique, les acteurs sont sur le point de faire leur entrée. Comment investiront-ils cet espace complexe, comment feront-ils jouer ce réseau d'opportunités ? Le chapitre suivant tentera d'apporter quelques réponses à ce jeu de lois.

./...

# Chapitre II

## L'ART DE L'ESQUIVE :

## ANALYSE DES INSTANCES DE CONTROLE

## II - LE SYSTEME DE GESTION DES ILLEGALISMES ET INFRACTIONS D'AFFAIRES

### Introduction : Les règles du jeu

#### 1 - D'abord, une question de règles

Pour la deuxième édition de son ouvrage "La division du travail social", E. DURKHEIM rédigea une introduction, sous forme d'étude complémentaire, intitulée "quelques remarques sur les groupements professionnels". Il déclara avoir eu le projet de consacrer à cette question "une étude spéciale" ; d'autres préoccupations ayant accaparé son travail il profita de l'occasion qui se présentait "pour tâcher d'écarter les raisons qui empêchent encore trop d'esprits d'en bien comprendre l'urgence et la portée" (1).

Son point de départ est le constat de l'anomie morale et juridique dans lequel se trouve alors la vie économique. Les relations au sein des entreprises, tout comme celles développées avec leur environnement, les consommateurs par exemple ou les autres entreprises, lui paraissent se résumer à quelques généralités sans précision, souvent sans caractère juridique : "... et l'on sait combien l'opinion se montre indulgente pour la manière dont ces vagues obligations sont remplies. Les actes les plus blâmables sont si souvent absous par le succès que la limite entre ce qui est permis et ce qui est prohibé, ce qui est juste et ce qui ne l'est pas, n'a plus rien de fixe, mais paraît pouvoir être déplacée presque arbitrairement par les individus. Une morale aussi imprécise et aussi inconsistante ne saurait constituer une discipline. Il en résulte que toute cette sphère de la vie collective est, en grande partie, soustraite à l'action modératrice de la règle" (2).

Une telle situation anomique est selon lui à l'origine des conflits toujours répétés et des désordres de toutes sortes "dont le monde économique nous donne le triste spectacle". La lutte des intérêts privés se manifesterait là dans toute sa virulence et faute de règles communes, la régulation des conflits se ramènerait souvent à l'imposition de la loi du plus fort. Mais ce mode de règlement ne va pas sans faille, ne serait-ce que parce que la puissance économique est chose variable, que les alliances d'intérêt sont sujettes à modifications fréquentes et que les perdants ou victimes se résigent toujours difficilement à ce qu'ils sont contraints de subir.

L'absence de règles communes s'opposerait à la liberté de chacun dans un contexte où seuls compteraient les rapports de force et où rien ne ferait obstacle aux abus de pouvoir. Le libéralisme à tout crin est dans ce sens contraire à la démocratie.

Aucun équilibre stable, aucune prévisibilité sécurisante ne peut provenir d'un tel système qui ne ferait qu'imposer par la violence des trêves bien temporaires : "latent ou aïgu", l'état de guerre est "nécessairement chronique".

./...

Le problème lui parait d'autant plus préoccupant que la fonction économique est une fonction devenue déterminante dans nos sociétés essentiellement industrielles : "une forme d'action qui a pris une telle place dans l'ensemble de la vie sociale ne peut évidemment rester à ce point déréglée, sans qu'il en ésulte les troubles les plus profonds. C'est notamment une source de démoralisation générale". L'absence de discipline économique étendrait ses effets bien au-delà des secteurs industriels et commerciaux et porterait atteinte à l'ensemble de la moralité publique.

Sur la base d'un tel constat alarmiste, le texte de DURKHEIM est un plaidoyer pour le développement, ou plutôt la restauration-adaptation des corporations ou groupes professionnels. On retrouve là l'approche développée précédemment dans "Le suicide" sur l'importance régulatrice des organisations intermédiaires entre l'Etat et les individus. Cette question était à l'époque au centre d'un débat très large auquel contribua aussi beaucoup un autre sociologue G. GURVITCH (3). Il proposa dans le même sens une organisation à base fédérative, fondée sur une structuration de groupements, destinée à dépasser les individualismes et à constituer un contre-pouvoir face aux instances étatiques. Les groupements d'intérêts leur apparaissent comme un lieu privilégié de régulation sociale.

L'approche de DURKHEIM nous permet de rappeler, une nouvelle fois, le sens dans lequel nous nous sommes efforcés de remettre notre objet d'étude sur ses pieds. La question première n'est pas de savoir s'il y a ou non une délinquance spécifique à la vie des affaires, mais celle de la production, définition et application des règles dans ce secteur de la vie sociale. La moralité et son double inséparable, l'immoralité, ne sont pas à appréhender au niveau des conduites individuelles, mais comme des positions dans un champ de normes socialement définies. DURKHEIM ne dénonce en aucune façon "les affairistes" et autres "rapaces des affaires", mais le manque de règles communes, l'absence de limite "entre ce qui est permis et ce qui est prohibé". Et s'il parle de la nécessité d'un cadre de référence moral et juridique ce n'est pas pour imposer des conduites qui seraient "bonnes" à d'autres qui seraient "mauvaises" mais pour réguler les rapports économiques. Le droit corporatif ou étatique ne lui apparait pas comme un modèle totalement pacificateur qui devrait supprimer toute tension ou contradiction dans le jeu des intérêts. Il le considère plutôt comme une instance médiatrice s'interposant, tel un tiers, dans l'affrontement direct des partenaires économiques. Il attribue à cette instance une finalité modeste, mais néanmoins fondamentale, celle de modération des conflits. Il parle ainsi de "l'action modératrice de la règle". Le droit reste pour lui un instrument plus symbolique que pragmatique. Il en attend une orientation, une délimitation, un repérage et non une efficacité directe, une effectivité mesurable ou un résultat objectif.

./...

Cette perspective se confirmera plus tard dans sa célèbre re-définition du "crime" élaborée dans un chapitre des "règles de la méthode sociologique". S'attachant à préciser les règles marquant la distinction du normal et du pathologique et les appliquant à différents objets d'étude, il en vient à lire l'existence de la criminalité comme un phénomène de "sociologie normale". La généralité de cette forme de pratique sociale, l'importance de ses relations avec "les conditions de toute vie collective" et leurs transformations, interdisent d'y voir une "maladie sociale". Ce qui le conduit même à l'autocritique d'un de ses précédents écrits où il présentait l'auteur de crime "comme une sorte d'élément parasitaire, de corps étranger, introduit au sein de la société" (4). Affirmer la normalité du crime, ce n'est pas "seulement dire que c'est un phénomène inévitable quoique regrettable... c'est affirmer qu'il est un facteur de la santé publique, une partie intégrante de toute société saine". Deux arguments majeurs sous-tendent cet énoncé souvent perçu comme paradoxal :

- tout d'abord, la cohésion de tout groupe ou collectivité repose sur l'existence de règles communes. La définition d'interdits et leur sanction sont le moyen par lequel une organisation sociale se définit, affirme ses valeurs, s'efforce de les inculquer et d'en assurer le respect ;

- d'autre part, la violaiton de la règle n'est nullement négative en elle-même. Elle manifeste l'existence de différences dans le degré de conscience morale des individus et de divergeances dans leur soumission à la règle. Cette violation, tant qu'elle demeure à un certain niveau, n'est pas un phénomène pathologique. Bien au contraire la transgression participe à la dynamique du changement social tant par la mise en question des valeurs établies ("rien n'est bon indéfiniment et sans mesure") que par la redéfinition de leur forme ("que de fois, elle n'est qu'une anticipation de la morale à venir").

On le voit, DURKHEIM place ainsi au centre de sa réflexion non les comportements mais la production et la mise en oeuvre des règles sociales. S'agissant des conflits dans la vie économique, il ne se lance pas dans un prêche contre l'immoralité en affaire. Cette déviance là lui semble aussi normale sociologiquement qu'une autre (ce qui ne veut pas dire, bien au contraire, qu'il l'approuve). Mais il porte sa réflexion ailleurs, sur les faiblesses du système de règles concernant ce secteur majeur de la vie sociale. C'est précisément pour vivifier ce système de définition, de diffusion et de sanction de normes spécifiques qu'il en appelle à la relance des groupements professionnels.

./...

2 - Quel jeu de règles ?

Avant de voir comment il est possible de poursuivre la réflexion dans cette voie ou à partir d'elle, il est nécessaire de faire quelques remarques intermédiaires. La première, et sans doute la plus importante, consistera à relever le caractère partiel de l'approche développée par DURKHEIM sur l'anomie qui règnerait dans les milieux d'affaires. Si, nous l'avons vu, le problème est posé de façon cohérente au plan théorique, sa démonstration est bien lacunaire et néglige l'état des pratiques de régulations existantes. DURKHEIM n'a pas un mot pour les organisations professionnelles qui existent alors (Chambre et tribunaux de commerce, ordres professionnels) ni pour les législations spécifiques qui se sont multipliées depuis 1880, ni enfin pour les formes de régulation internes que le droit met tout particulièrement à la disposition du secteur économique (conciliation, arbitrage) et dont l'usage était déjà fort répandu. La remarque s'applique à d'autres, de E. SUTHERLAND à J. CLINARD en passant par W. MILLS. Tout en leur sachant grée d'avoir mis en évidence des formes de pratiques sociales longtemps occultées, on doit constater qu'ils n'ont pas éclairé les formes de règles et les modes de relation, d'autorité, d'alliance, d'échange, de pression et de menace qui constituent la matérialité de ce pouvoir et en assurent la reproduction. Et aucun d'eux n'a envisagé de recherche à l'intérieur du système juridique ni sur les instruments de la domination qu'ils dénoncent.

Ceci nous conduit à une deuxième remarque. Il est tout à fait abusif de laisser entendre que "l'état d'irréglementation" où se trouverait la fonction économique, créerait une situation où "l'état de guerre est nécessairement chronique". Certes l'histoire, aujourd'hui un peu moins méconnue, des grandes dynasties capitalistes laisse entendre, souvent, entre les lignes de biographies visant à assurer une respectabilité, la violence du processus d'accumulation (5), les connivences constantes entre pouvoir politique et économique (6) et l'ordinaire de certains illégalismes (surtout dans la gestion financière) (7). Seuls des travaux monographiques sur la constitution, le développement et parfois la chutte (moment de crise privilégié pour l'observateur) des groupes capitalistes peuvent apporter ici de précieux témoignages sur la "normalité sociologique" de la transgression des normes dans la vie des affaires. Mais la question qui nous importe ici est autre. S'il y a toujours eu transgression, c'est qu'il a toujours existé un système normatif, interne et externe au milieu commercial et industriel. Aucun développement économique n'eut été possible sans un ensemble de règles structurant les échanges. Que ces règles diffèrent du droit commun est un autre problème. "L'âge d'or du capitalisme" pour les uns ou le temps du "capitalisme sauvage" que fut pour d'autres la période du Second Empire, préparé par le "gouvernement d'affaires" du règle de Louis-Philippe (8), ne peut être lu uniquement comme

./...

le règne de la "loi du plus fort". La classe bourgeoise était traversée de conflits d'intérêts économiques, politiques et idéologiques dont témoigne par exemple l'émergeance durant cette période d'un droit dit "social". Il assura, dans un même mouvement, la reconnaissance de la classe ouvrière comme force sociale et son intégration en tant que partenaire du capital. Les quelques travaux sur l'histoire du droit syndical (9) ou de la législation des accidents du travail (10) en portent témoignage.

D'autre part, les structures économiques du capitalisme lui-même se modifièrent considérablement au cours du XIX° siècle (principalement de 1830 à 1880) imposant la création de nouveaux instruments juridiques de règulation (11). Cette transformation s'effectua dans trois directions majeures :

- tout d'abord l'entrepreneur individuel céda le pas aux groupements d'intérêts. Bien que le capitalisme français soit demeuré en partie familial, son organisation interne se fit sur la base d'ententes, de fusion et de prise de participation. Les notions de direction et de responsabilité des dirigeants s'en trouvèrent fondamentalement complexifiées dans un système où l'essentiel des grandes entreprises n'existent que par référence à des quartels ou des groupes nationaux et de plus en plus transnationaux.

- au-delà de la maîtrise des approvisionnements en matière première et de celle des marchés, la constitution de groupes, fut aussi une réponse aux nouveaux problèmes financiers. Le financement par capital familial et l'autofinancement ne suffirent plus à assurer les investissements. Le recours croissant à l'Epargne publique et aux associations de capitaux imposèrent sur la scène économique des acteurs nouveaux, les banques et compagnies financières. Sans que le facteur soit en lui-même nouveau, le capitalisme financier donnera au crédit une place désormais centrale (12).

- enfin, au cours du demi-siècle qui suivit la Révolution de Juillet, l'Etat intervint progressivement dans les grands choix de politique économique, amodiant peu à peu le principe libéral du "moindre gouvernement". L'enjeu considérable que constitua à partir de 1840 l'implantation des chemins de fer favorisa, entre autres, ce processus qui n'alla qu'en se confirmant. Il donna au libéralisme au contenu nouveau en faisant de l'Etat un acteur économique majeur.

De nouvelles structures juridiques accompagnèrent ces transformations économiques : la loi sur les chèques du 14 juin 1865, la loi du 23 mai 1863 créant les sociétés à responsabilité limitée et surtout bien sûr la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes. Ces instruments de droit, ces formes de structuration des rapports sociaux capitalistes ne peuvent être lus comme de simples reflets ou conséquences du système socio-économique qui les a produit. Tout comme la généralisation du contrat, celle des sociétés anonymes a été une condition majeure du développement

./...

de notre formation sociale. C'est pourquoi la question de leur règlementation a toujours été au coeur du débat sur le rôle libéral et/ou dirigiste de l'Etat. La société commerciale est pour la société capitaliste aussi bien un modèle économique qu'un modèle politique (13).

Ainsi donc DURKHEIM négligea grandement l'analyse du système normatif élaboré au XIX° siècle pour la régulation de la vie des affaires et confondit des formes d'ineffectivité avec une absence de cadre légal. Il sous-estima également une autre dimension que nous formulerons en parlant d'éthique du profit.

3 - L'éthique du profit

Il n'est pas en effet possible de sous-entendre que le capitalisme se soit élaboré sans une certaine éthique de la recherche du profit. Une approche cynique qui associerait d'emblée capitalisme et immoralisme, affaires commerciales et illégalismes ferait preuve d'un simplisme à rebours qui ne favorise en rien un développement de la connaissance. Aucune activité humaine ne s'institue sans produire d'importants effets de légitimité. S'inscrire dans le champ des pratiques sociales qualifiées à un moment donné de légitime, acquérir cette reconnaissance, la renforcer et la préserver des tentatives de disqualification est un processus aujourd'hui mieux connu (14). Le secteur commercial et industriel ne fait pas exception. Il a très tôt élaboré une éthique des affaires dont la question centrale est celle du profit légitime. Cette question connait le plus souvent une double formulation :

- une interne aux milieux professionnels concernés, secrète pragmatique et donc relative ;
- une externe s'adressant aux autres secteurs sociaux, emblématique et rigoriste.

Nous en distinguons quatre formulations : le profit juste et utile, le profit ascétique, le profit productif et le profit technique.

Certes, le capitalisme latin a été fortement influencé par l'éthique bourgeoise puritaine provenant du protestantisme. Cependant, bien avant la Réforme, l'église catholique avait reconsidéré son rejet initial des pratiques marchandes. La scolastique, du XII au XIV° siècle, élabora de nouveaux concepts et tout un argumentaire pour fournir à la bourgeoisie ascendante une légitimité au départ peu assurée. J. LE GOFF (15) a bien montré dans différents travaux le rôle de l'église dans la reconnaissance sociale des couches nouvelles d'artisans, marchands et techniciens. Bientôt détentrices d'un important pouvoir matériel, ces catégories utiliseront aussi la voie religieuse pour assurer leur promotion, car l'église était dans le monde médiéval l'instrument nécessaire de toute ascension matérielle et spirituelle. Ainsi chaque métier, chaque corporation se placera par exemple sous la protection d'un saint. Les dogmes religieux eux-mêmes connurent d'importantes transformations. Ceci se manifestera en particulier à propos

./...

de l'usure. Antérieurement condamnée pour atteinte aux préceptes chrétiens ("Prêtez sans rien attendre en retour" (16)), encore maudite au milieu du XII° siècle par le Décret de GRATIEN, elle sera peu à peu différenciée en diverses opérations progressivement tolérées. L'invention de la notion de Purgatoire, introduite spécifiquement pour cette catégorie professionnelle, témoigne de ce renversement (17). Plus largement ce sont toutes les pratiques de profit qui se trouvèrent légitimées :

Saint Thomas d'Aquin : "Si on se livre au commerce en vue de l'utilité publique, si on veut que les choses nécessaires à l'existence ne manquent pas dans le pays, le lucre, au lieu d'être visé comme fin, est seulement réclamé comme rémunération du travail".

L'idéologie du Haut Moyen-Age était, auparavant, matérialiste au sens strict. "Seule a valeur la production de matière. La valeur abstraite, définie pour l'économie capitaliste lui échappe, lui répugne, est condamnée par elle" (18). A partir du XI° siècle avec les changements du contexte socio-économique cette mentalité se modifia, redistribuant les catégories du licite et de l'illicite. La scolastique franciscaine en affranchissant la notion de "personne" en tant que concept central mit au centre de l'idéologie religieuse et juridique la question de la volonté individuelle et de l'intentionnalité. C'est autour de ces notions que se formulera le "jusnaturalisme" rationaliste moderne. La chasse au pêché s'inscrivit dès lors dans une intériorisation et une personnalisation : "Toute la vie spirituelle et morale est désormais dirigée vers la recherche de l'intériorité, vers l'enquête, le volontaire et l'involontaire, le fait sciemment et le fait par ignorance" (19). Le blâme religieux se déplaça également. Il ne porta plus sur le "négotium" en général mais sur les opérations effectuées par cupidité "ex cupiditate", par goût excessif pour le gain "lucri causa". Comme le souligne I. LE GOFF, c'était laisser le champ libre aux "bonnes intentions", c'est-à-dire à tous les camouflages, tromperies et abus de pouvoir possible (20). Le gain se trouvera légitimé s'il provient du travail et s'il découle d'une activité se présentant comme étant au service de l'utilité commune, c'est-à-dire nécessaire aux besoins des hommes. Le commerce international sera ainsi reconnu comme rendant accessible des produits introuvables. Thomas de Chobham écrit dans son Manuel de confession du début du XIII° siècle : "Il y aurait une grande indigence en beaucoup de pays si les marchands n'apportaient ce qui abonde en un lieu dans un autre où ces mêmes choses font défaut. Aussi, ils peuvent à juste titre recevoir le prix de leur travail" (21).

Dans un ouvrage classique W. SOMBART situe à Florence au milieu du XV° siècle la formation de l'éthique bourgeoise qui repose sur "les principes d'une existence bien ordonnée, discrète, pleine de convenances, de bon ton et de distinction formant dès 1465 la substance vitale de l'âme dès marchands de laine et des changeurs florentins" (22).

./...

Il utilise alors la notion de "distinction bourgeoise" pour synthétiser les quatre attitudes fondamentales de la classe marchande : une conduite économique raisonnée, un esprit d'épargne, une tempérance en toute chose, enfin, une loyauté envers ses pairs. Le bourgeois administre justement sa vie commune ses affaires et c'est en cela qu'il se distingue de l'aristocratie dépensiaire et arbitraire. Il assure par la régularité et la rationalité, le bon ordre de son économie intérieure, tout comme celle de ses échanges avec le monde qui l'entoure.

Le mouvement de réforme religieuse du XVI$^{e}$ siècle reprit cette formulation en l'accentuant et sans doute la rationalisant. C'est du moins la thèse célèbre défendue par M. WEBER. L'éthique protestante a été pour lui une des sources importantes (mais non la seule) de rationalisation de la vie sociale qui contribua ainsi à former l'esprit du capitalisme (23). Le capitalisme se définit dans sa perspective par l'existence d'entreprises dont le but est de réaliser une accumulation sans fin par une organisation rationnelle de la production. Le trait spécifique de la forme occidentale du capitalisme est la jonction du désir de profit avec une forte disciplinarisation rationnelle des conduites. Le désir de profit ne se satisfait plus par conquête, spéculation, violence ou aventure, mais par une démarche disciplinée et scientifique. C'est, selon lui, l'attitude spécifique à l'égard du travail, attitude fondée sur des croyances religieuses qui assure "la conformité intellectuelle et spirituelle entre éthique protestante et esprit du capitalisme".

Il s'appuie tout d'abord sur des données statistiques démontrant la très forte corrélation entre croyance religieuse et niveau de responsabilités économiques. Puis il analyse minutieusement la formulation calviniste du protestantisme (24). Le point de départ est une prédestination de l'homme au salut ou à la damnation voulue par Dieu. Les oeuvres terrestres sont impuissantes à mettre en question ce destin. Toutefois, quelque soit son destin, l'homme doit oeuvrer sur terre à la gloire de Dieu, sans s'arrêter aux jouissances terrestres qui sont de l'ordre du pêché et de la mort. C'est cette angoisse face à l'incertitude de son destin que l'homme chercherait à surmonter par son engagement dans le travail. Travail qui se doit de contribuer à la manifestation de l'ordre divin par sa régularité et ses finalités.

C'est à ce niveau qu'il y a rencontre entre logique théologique et logique capitaliste. La suspicion religieuse vis-à-vis des biens de ce monde implique un comportement ascétique. Le travail rationnel et constant doit donc s'effectuer sans qu'il y ait consommation du profit. Il s'ensuit alors un réinvestissement constant. L'éthique protestante rationnalise ainsi les pratiques d'accumulation infinie accompagnée d'une jouissance matérielle minimale. Ce qui est alors réprouvé ce n'est pas l'acquisition de richesse en elle-même, mais le repos dans la possession et l'abandon dans la jouissance des biens. La notion catholique du profit légitime, juste et utile, se voit redéfinie dans un sens d'ascèce.

./...

Cette éthique du profit licite, si ascétique, se maintint dans ses grandes lignes jusqu'au XIXº siècle. On peut attribuer aux Saint-Simoniens la reformulation moderne de ce dispositif moral. Dégageant la question du profit de jugements religieux, ils la situèrent au sein de l'ordre économique. Le débat portera moins désormais sur le clivage licite/illicite mais sur celui du productif/ improductif. L'enrichissement, voire la spéculation ne sont pas un mal en soi, à condition qu'ils contribuent au dynamisme économique général. Par contre ils dressent de véritables réquisitoires contre les auteurs de profit égoïste et improductif. Ils condamnent fermement deux types d'auteur de trouble : l'oisif et le joueur ; "Le jeu, cette maladie de l'oisiveté, s'attache comme une lèpre malfaisante aux membres vigoureux de l'industrie ; le joueur veut recueillir là où il n'a pas semé et partager avec les producteurs, les fruits de leur laborieuse intelligence" (25). La recherche du profit et la démonstration de ses fruits ne semblent légitimes que si elles s'effectuent au bénéfice d'une entreprise, d'un projet économique, pour sa création, son développement ou son renouvellement. A l'inverse, la spéculation abrupte, la quête du gain personnel et à plus forte raison son étalage sont montrés comme secondaires et sévèrement jugés comme "conduite de parvenus", indique du savoir être propre au "véritable monde des affaires". Cette éthique proclamée du profit productif et son corollaire la disqualificaiton apparente du profit égoïste, peuvent être lues comme une idéologie professionnelle du milieu des affaires qui garde toute son actualité. Dénégation d'une domination et des rapports sociaux qui la fondent, elles assure aussi la régularité de certaines pratiques.

Cette rationalisation du profit connut une quatrième reformulation par l'intermédiaire des théories économiques du XIX et XXº siècles. Pour tous les auteurs classiques puis néo-classiques à partir d'A. SMITH et de J.S. MILL (26) le profit se définit en tant que concept technique hors de tout débat moral. On l'analyse comme l'épargne, le travail ou la consommation en tant que facteur du développement économique. Cette technicisation n'en manifeste pas moins la légitimité, désormais bien établie du concept. Le profit n'est pas un surplus il est une rémunération du risque. Il est aussi un élément fondamental de la croissance économique dans la mesure où il assure le renouvellement des investissements. Chez KEYNES le profit escompté, baptisé efficacité marginale du capital, demeure le moteur du système économique. Chez tous ces auteurs le profit demeure une notion fonctionnelle, il est une sorte de rémunération de l'innovation et d'assurance contre le risque. Son existence est un ressor majeur de l'activité des entreprises.

D'autres approches économiques plus contemporaines vont accorder au profit un statut différent et plus explicitement valorisé. Tout d'abord des auteurs tels F. KNIGHT (27) mettent l'accent sur la notion d'incertitude en économie, le profit devient alors la contrepartie du risque non

./...

assurable. Enfin l'école néo-libérale américaine parachève l'explicitation de cette valorisation de la notion de profit en la liant directement à la motivation du chef d'entreprise et de l'équipe de direction, motivation qui est essentielle aux processus de croissance (28). Le profit retrouve alors une valeur morale en tant que clef du développement social et origine de la richesse commune. Certains auteurs relevant de ce courant, n'hésitent pas à aller jusqu'à opposer, le sens de l'innovation généreuse des riches à l'égoïsme et à la dépendance parasitaire des démunis.

Cette approche de l'éthique du profit comme rationalisation de l'activité économique se retrouve aussi formulée dans les travaux de P. BOURDIEU. Reprenant ceci à sa façon il déclare avec bonheur : "On ne parle pas de profit dans la maison d'un banquier" et il voit dans le principe de la bienséance en affaires "la mauvaise foi collective par laquelle un groupe se masque à lui-même le fondement de son existence et de son pouvoir" (29). Selon lui le capitalisme tire une part importante de son pouvoir, de sa capacité à se faire méconnaître comme système d'exploitation. La domination idéologique qui s'exerce ainsi soutient et autorise d'autant plus l'exploitation économique directe. Nous retiendrons pour ce travail son analyse du rejet tactique des parvenus : "Si les aristocraties n'aiment jamais les parvenus, ce n'est pas seulement par un de ces réflexes de défense qui est au principe de tout numerus clausus c'est aussi que ces tard venus, arrivistes, rappellent, par leur réussite trop rapide et aussi par la manière, nécessairement brutale, dont ils l'ont obtenue et par la manière naïvement ostentatoire dont ils l'affirment, la violence arbitraire qui est au principe de l'accumulation de tout capital" (30).

Ainsi la spéculation est moins condamnée parce qu'elle ouvre toujours la porte aux aventuriers que parce qu'elle révèle une âpreté au gain, une recherche du profit hâtif, voire violent, et donc pas trop lisible. De même, la corruption ou les "pot-de-vin" apparaissent comme pratiques vulgaires et surtout par trop explicites. Sans toujours les exclure, on leur préfèrera "des techniques d'influence hautement euphémisées" par lesquelles on peut "obtenir en toute impeccabilité, les dérogations indispensables à la spéculation immobilière ou (qui produisent) par une législation appropriée, le marché le plus favorable à leurs produits ou les profits les plus grands pour leurs investissements" (31).

### 3 - Le jeu et ses opérations de contrôle

Cette "distinction bourgeoise" comment se manifeste-t-elle et se préserve-t-elle dans les situations de conflit concernant les pratiques en affaires ? La régulation des conflits est un lieu privilégié pour l'observation de la production et de la mise en oeuvre de cette éthique amplement basée sur de la dénégation . Notre champ d'observation est limité au domaine pénal, mais c'est par contre un terrain privilégié pour l'analyse de cette éthique en action. Cette éthique du profit productif, basée sur la

./...

rationalité et la compétence des acteurs oeuvrant en vue du bien commun, intégre-t-elle la notion de "délits" en affaires ? Si oui, quels conflits se voient appliquer une grille de lecture pénale, par qui, pourquoi et avec quels effets ? Si non, quels sont les dispositifs qui assurent la régulation des controverses en les préservant de qualifications préjoratives, néfastes au crédit de l'entreprise ou du dirigeant ?

Nous allons retrouver dans les différentes formes de régulation des conflits d'intérêts, la même étendue de registre que celle observée précédemment dans les formes juridiques elles-mêmes. Tout comme la bourgeoisie a su développer à son profit un ample éventail de qualifications juridiques, elle a également su imposer une grande variété de modalités de règlement des conflits qui la concernent. C'est en celà que l'on peut parler d'occultation sociale des délits d'affaires. Non pas au sens banal du terme, on ne vaudrait rien en savoir et où on les tolérerait en toute impunité, mais au sens où tant la lecture qui est faite des situations conflictuelles que le type de régulation qui leur est appliqué les préserve massivement de toute visibilité et de toute "sanction" sociale, collective. En aucune façon on ne peut, objectivement,parler ici d'inaction, de "laisser-faire", ou d'absence de règles ; c'est plutôt d'une gestion-occultation qu'il s'agit. Les conflits d'affaires, susceptibles de se voir appliquer des qualifications pénales bénéficient de modalités de traitement particulièrement diversifiées. C'est là que réside leur privilège. C'est en celà aussi que ce système de gestion différentielle peut être vu comme conforme aux intérêts de la classe dominante. En effet, cette gestion-occultation, structurée par le droit et mise en oeuvre par des institutions diversifiées répond à deux exigences majeures :

- tout d'abord, elle préserve ou ménage le crédit de ceux dont elle régule les conflits avec un maximum de discrétion et en évitant le plus souvent qu'il est possible le recours à des qualifications infâmantes : on régularise, on transige, on indemnise, on répare les dommages, les dépacements, les erreurs, quant à parler de faute pénale il y a là un pas qui est rarement franchi, sauf nécessité particulière.

- d'autre part, par cette préservation du débat public et cette résistance aux qualifications infâmantes, la bourgeoisie d'affaires s'efforce de préserver son image de pureté et de désintéressement. Seule sa compétence dans le développement du profit productif lui donnerait autorité pour "mener les affaires" au nom de l'intérêt de tous. Mais cette "compétence", en plus de tous les traits classiques qui forment la "distinction", c'est aussi le pouvoir de se maintenir à l'écart des procédures pénalisantes de la délinquance car alors se trouveraient objectivés deux dimensions majeures de ses pratiques :

  - la prégnance concrète du profit égoïste sur le profit productif (essentiellement au bénéfice des entreprises et secondairement des personnes.

./...

* la violence de l'exploitation imposée reposant plus sur la force que sur la compétence.

Dans ce sens nous accorderons, pour conclure, une place particulière à l'analyse du traitement des conflits donnant lieu à "scandale". Quand "le scandale" arrive, comment l'intégrer dans les constructions de respectabilité afin qu'au lieu de les lézarder, il en renforce les jointures. L'exception confirmera-t-elle la règle ?

Mais avant cela nous analyserons le système de gestion différentielle des conflits d'affaires en distinguant quatre niveaux de règlement, allant des modalités les plus internes au secteur économique jusqu'au recours à la justice pénale. Nous avons ainsi pu mettre en évidence quatre instances de règlement. Par instance, nous entendons un espace dynamique de production et d'application de règles. Mais le terme instance peut être ici entendu également dans son sens juridique, à savoir un ensemble d'opérations ayant pour objet l'introduction, l'instruction et le jugement d'un conflit. Chaque instance en effet se caractérise par un mode de décision spécifique clôturant un différent régulé selon des règles propres.

Pour constituer et différencier ces quatre instances, nous avons utilisé 5 variables qui peuvent être ainsi définies. Tout d'abord nous avons cherché à caractériser le statut de l'instance régulatrice par la combinaison de trois indicateurs :

- s'agit d'une instance privée de type professionnel, ou d'une instance étatique et ceci tant dans son organisation que dans le statut des agents qui assurent le processus de régulation ;

- la régulation s'effectue-t-elle selon des normes internes spécifiques ("lex mercaturia") ou selon le droit commun de l'Etat ?

- enfin, les modalités de règlement appliquées privilégient-elles les mesures répressives ou restitutives ?

D'autre part, ces trois indicateurs rendent compte, chacun dans leur spécifité d'une dimension centrale qui peut être ainsi formulée : quelle maitrise les protagonistes ont-ils et conservent-ils du conflit qui les oppose à leur antagoniste privé ou public ?

Ce niveau de maitrise va décroissant du modèle 1 au modèle 4. Autant les formes de règlement civil laissent aux parties la maitrise relative du procès, autant en principe les formes pénales sont tout entière sous l'emprise de l'autorité publique. Ce n'est cependant plus le cas en matière d'action pénale "disciplinaire". En effet, le rôle majeur tenu dans la mise en oeuvre de ces droits techniques par des acteurs spécifiques comme les banques, les commissaires aux comptes et par des commissions techniques et des organismes administratifs (inspection du travail, services fiscaux etc...) recrée un dispositif de régulation

./...

triangulaire rappelant celui du procès civil. L'entreprise (protagoniste) s'oppose alors à un acteur administratif (antagoniste) face à un juge (régulateur extérieur). Le dispositif binaire du procès pénal classique se trouve ainsi subverti au profit d'un dispositif qui laisse de nouveaux aux parties en présence une possibilité de règlement négocié (32). C'est pourquoi il est possible de spécifier le particularisme du droit pénal des affaires et des formes de règlement qu'il autorise par référence à un paradigme de négociation (33).

Parler de négociation en matière commerciale ou d'affaires c'est faire un pléonasme puisque précisément "négocier" (du latin négotiatio) signifie : faire du commerce. La négociation est l'ensemble des opérations menées directement par les partenaires ou médiatisées par un tiers, qui tendent à la conclusion d'un accord. Il y a négociation tant que les parties gardent un pouvoir de contrôle direct ou indirect sur la décision finale. En cela, la négociation s'oppose terme à terme au procès qui lui, agit par rupture en imposant le règlement du litige par une décision extérieure aux parties, selon l'état du droit en vigeur. Les conflits à caractère pénal se règlent pour l'essentiel selon le modèle du procès. Cependant, le droit pénal "disciplinaire" élargit le registre en autorisant par exemple des transactions entre l'administration et l'infracteur. La transaction est ainsi une forme institutionnelle de négociation (34). Mais il existe aussi d'autres formes de négociation, formelles (remises de pénalités de retards, délais de paiement) ou non (amélioration d'installation, changement de méthodes comptables...). Enfin, plus largement, la multiplication des attributions restitutives données depuis quelques années aux juges (plan hygiène et sécurité ; remise en l'état) ont introduit en notre domaine, jusque dans l'espace du procès judiciaire, cette dimension de négociation. Tout en caractérisant les spécifités des figures de règlement construites par l'analyse, nous nous efforcerons de mettre en relief la présence constante dans ces figures de la notion de négociation sous ses différentes formulations.

La combinaison de ces quatre indicateurs :

1 - forme de l'organisation de règlement

2 - forme de règle utilisée

3 - forme de sanction prévalente

4 - forme de négociation

nous a fourni une grille d'analyse permettant d'ordonner les observations enregistrées selon quatre modèles, caractérisant chacun une instance de régulation particulière. Le tableau suivant synthétise à grands traits cette classification (cf. tableau n° ). Après avoir développé cette analyse de chacune des instances du système de règlement différentiel des conflits d'affaires, nous montrerons en conclusion les différentes transformations au niveau des acteurs des espaces de règlement et des formes de règles qui caractérisent le passage d'une instance de règlement à l'autre.

./...

| | Instance n° 1 | Instance n° 2 | Instance n° 3 | Instance n° 4 |
|---|---|---|---|---|
| 1 - Statut | | | | |
| * de l'organisation | privée | privée | publique | publique |
| * des agents | privés | privés avec fonction publique | publics | publics |
| 2 - Type de règle | règle interne | étatique et interne | étatique avec large pouvoir d'interprétation | étatique |
| 3 - Type de sanction | restitutive | restitutive | restitutif et répressif | restitutif et répressif |
| 4 - Formes de négociation | négociation directe de parties à parties ou médiatisée par un acteur semi-public | négociation médiatisée par un acteur semi-public | négociation médiatisée par un acteur public | négociation médiatisée par un juge |
| 5 - Terrain d'application étudié | - régulation bancaire<br>- arbitrage<br>- code de conduite | - commissariat aux comptes<br>- tribunaux de commerce | - commission d'opération de bourse<br>- administrations fiscales et autres | - parquets financiers<br>- tribunaux correctionnels |
| 6 - Forme principale de règlement | contrôle interne | Régularisation | contrôle externe | sanction |

Tableau n° : Caractéristiques des quatre instances du système de règlement différentiel des conflits d'affaires

Chacune d'elle, instance du "contrôle interne", de la "régularisation", du "contrôle externe" et de la "sanction" se caractérise par des formes d'action et des finalités spécifiques. Nous tenterons de montrer, dans un double mouvement, comment chaque instance tout en produisant et renouvelant l'originalité de ses modes d'action propres, diffuse autour d'elle mais aussi reçoit l'influence des modes d'action relevant des autres. Ces échanges sont d'autant plus importants qu'il n'y a pas continuité linéaire d'une instance à l'autre. Les interactions se déroulent au contraire dans toutes les directions. C'est cet ensemble d'espaces spécifiques et d'intéractions multi-directionnelles que nous avons nommé : système différenciel de régulation des illégalismes et infraction d'affaires.

lère instance de régulation : le contrôle interne

On peut parler de "contrôle interne" au domaine économique et financier dans la mesure où il est possible de caractériser des formes spécifiques de régulation des conflits, mises en oeuvre par des acteurs internes à ce domaine et selon des règles en partie choisies par eux. Nous avons affaire là, souvent, à des modalités en apparence non-étatiques ou qui entretiennent avec les modalités étatiques des rapports volontairement distanciés. C'est cependant de façon délibérée que nous nous refusons à parler d'entrée de "contrôle privé" par opposition à un "contrôle public". Cette dernière distinction qui s'appuie sur la dichotomie société civile/Etat est par trop réductrice (34 ) et n'est pas apte à restituer la complexité des interrelations entre les différentes formes juridiques et sociales de régulation. Ainsi l'arbitrage est presque toujours présenté comme une "justice privée" ; ce mode de règlement des conflits est cependant fortement structuré par un ensemble de dispositions légales et les règles appliquées par les juges-arbitres reprennent fréquemment celles du droit étatique. Il en va de même pour les pouvoirs exercés par les banques dans le secteur crucial de la gestion du crédit et des impayés. S'il s'agit en apparence de modalités privées, il ne faut pas négliger les délégations de pouvoir faites par l'Etat en ces matières à ces organismes, ni oublier que l'essentiel du système bancaire est aujourd'hui nationalisé. On voit donc à quel point la distinction privé/public est aujourd'hui incertaine et comment il importe en suivant J. HABERMAS (35 ) de tenir compte de l'interpénétration contemporaine de ces catégories.

Par contre nous mettrons délibérément l'accent sur une autre dimension : le droit d'option, c'est-à-dire la possibilité offerte à ces acteurs sociaux de choisir le mode de règlement applicable à leurs conflits. S'il est une caractéristique du droit en matière commerciale, c'est bien celle d'offrir d'entrée, différents systèmes juridiques, tant quant au contenu du droit applicable que dans celui de ses modalités de mises en oeuvre. Cette pluralité de registre nous semble ici une dimension fondamentale. Non pas au sens où le droit des affaires en aurait l'exclusivité, ce qui est faux. Mais au sens où l'étendue du registre de règlement est ici parcouru avec une ampleur particulière. Après avoir précisé ce point, nous l'illustrerons en apportant quelques précisions sur les pratiques bancaires puis sur celles d'arbitrage en matière commerciale. Enfin, nous prendrons l'exemple des sociétés transnationales et des codes de conduite élaborés par elles pour approfondir encore cette notion de contrôle interne.

./...

## A . Pouvoir choisir sa règle

### 1) - Un privilège non-exclusif

La possibilité de choisir son juge et la "loi" selon laquelle on sera jugé est un privilège important dont disposent les acteurs de la vie des affaires pour règler une grande partie des différends qui les opposent entre eux. Cette dérogation fondamentale à l'égalité de tous devant le droit et la justice, doit, pour être bien comprise être replacée dans une perspective plus générale, celle du pluralisme des formes juridiques de règlement des conflits.

Le droit étatique organise dès la codification post-révolutionnaire différentes modalités de règlement des conflits, juridictionnels et non-juridictionnels qui ont tous des origines dans l'ancien droit. Nous n'entrerons pas dans les nombreux débats sur les limites exactes d'une telle distinction. Retenons seulement que la définition de ces modes de règlement combine toujours au moins deux critères, l'un formel (présence ou absence d'une juridiction étatique) l'autre matériel (possibilité ou non d'écarter le droit étatique pour fonder la solution du litige).
On peut alors à titre de première ébauche distinguer trois grandes formes de règlement :

1 - Le juridictionnel public : recours à une des instances publiques (système judiciaire) dont les décisions sont fondées sur le droit commun de fond et de forme.

2 - Le juridictionnel privé : recours à une instance arbitrale choisie cette fois par les parties. Toutefois, l'autorité extérieure désignée tranche le litige par référence à l'état du droit. Cette forme d'arbitrage est souvent présentée comme le succédané privé d'une justice étatique.

3 - Le non-juridictionnel : mode de règlement non-fondé sur l'application de l'état du droit où -soit les parties habilitent l'instance arbitrale à statuer en équité en écartant le droit commun (amiable composition). -soit les parties s'accordent pour rapprocher et accorder leurs prétentions, avec l'aide plus ou moins active d'un tiers (conciliation, médiation) ou directement entre elles (transaction).
Cette troisième forme de règlement peut être privée ou publique selon le statut du tiers-intervenant choisi par les parties.

En fait, la classification des différentes modalités de règlement exigerait au moins un modèle tridimensionnel dans lequel on tiendrait compte :

1 - de la forme des règles fondant la décision

a) loi des parties, droit conventionnel
b) règle coutumière ou professionnelle
c) droit commun public

./...

2 - du processus de règlement

a) auto-règlement sans recours à un tiers
b) intervention d'un tiers privé
c) " " " avec exécuteur public
d) " tiers public

3 - forme de clôture du conflit

a) acte non-juridictionnel et non-judiciaire
b) acte non-juridictionnel dans l'espace judiciaire
c) acte juridictionnel

Il serait ainsi possible de distinguer plus précisemment entre des formes que le sens commun tend à mêler, ainsi :

- transaction privée (1a, 2a, 3a) et transaction administrative (1a, 2d, 3c)
- arbitrage privé (1b, 2c, 3b), amiable compositeur (1a, 2b, 3b) et juge-arbitre (2b, 2d, 3b)
- conciliation privée (1a, 2b, 3b) et conciliation judiciaire (1b, 2d, 3b/c).

Nos institutions juridiques organisent donc tout un éventail de modes de règlement des conflits et des litiges ( 36 ). C'est à tort que l'on prend souvent, comme référence principale, voire unique, le mode de règlement "étatique-contentieux et juridictionnel" s'exprimant par la forme du prononcé d'un jugement. Le droit de la famille, du travail, de la consommation ou du logement ont,par exemple,multiplié ces dernières années des formes de règlement, différentes du modèle judiciaire classique ( 37).

Ainsi le droit des affaires ne peut être présenté comme disposant d'un privilège exclusif dans le choix des règles de fond et de forme. Le droit social accorde une place importante aux décisions prises en équité (et non en droit) ou résultant d'une procédure de conciliation ou d'arbitrage.

D'autre part, on ne peut présupposer que les conflits d'affaires échappent systématiquement au système judiciaire. Comme l'indique un ouvrage récent, un contexte de crise économique et d'inflation favorise en affaires la multiplication des recours au judiciaire. Faire un procès, c'est souvent le moyen de retarder le règlement d'un litige et donc souvent, d'un paiement. Le recours au judiciaire s'inscrit alors dans une stratégie d'action plus large et devient ainsi par exemple un instrument de crédit. Cependant, toutes ces réserves faites pour prévenir tout schématisme, il faut dire que le droit et les pratiques commerciales ont, bien plus que tous autres secteurs, privilégié et systématisé l'emploi des modalités de règlement juridictionnelle privée et non-juridictionnelle. Il y a bien là un véritable privilège de juridiction.

./...

2) - Un privilège conquis de longue date

Rappelons ici les arguments de ce jurisconsulte défendant le Code de Commerce :

"Que de reconnaissance, le commerce ne doit-il pas au nouveau Code... ce n'est point aux tribunaux judiciaires que le failli vient faire l'aveu de son malheur, c'est à un tribunal composé de commerçants, de ses pairs, de ses amis, qui connaissant les vicissitudes du commerce ne verront dans la condition de leur infortuné collègue, qu'une image de ce qui peut arriver un jour à chacun d'eux"(38).

Durant la période révolutionnaire, le droit commercial fut très peu transformé et le Code de 1807 reprit souvent directement les dispositions de l'Ancien Régime (principalement les ordonnances de 1673 et 1681 sur le commerce de terre et de mer). Le "droit des marchands" organisant la production et la circulation des biens se structura en fait dès son origine sur des bases spécifiques manifestant une autonomie relative vis-à-vis des institutions juridiques dominantes. Nous avons rappelé précédemment les différents travaux de J. LE GOFF montrant les déplacements qui se sont effectués au cours du Moyen-Age dans la hiérarchie sociale des fonctions et des professions. La condamnation d'origine chrétienne du "negocium" a été remise en cause par la révolution économique de l'Occident entre le XI° et le XIII° siècle. La nouvelle division du travail et les transformations politiques et idéologiques qui l'accompagnèrent ont imposé une reconnaissance du système marchand. L'église elle-même s'est efforcée d'adapter ses dogmes à ce nouveau contexte et elle soutiendra la montée des couches nouvelles. La scolastique fournira ainsi aux nouveaux groupes socio-professionnels la justification théorique et spirituelle de leur condition et de leur ascension sociale. La nouvelle problématisation des activités de commerce en constitue un très bon exemple. Le commerce, longtemps stigmatisé comme non créatif s'est vu peu à peu excusé, justifié puis estimé. Les arguments scolastique abondent, ils découlent pour l'essentiel d'une rationalisation des risques encourus par les marchands :

"dommages effectivement subis -"damnum emergens"-, immobilisation de l'argent dans de longues entreprises -"lucrum cessans"-, dangers dus aux hasards -"periculum sorits". Ainsi les incertitudes de l'activité commerciale -"ratio incertitudinis"- justifient les gains du marchand, mieux même, l'intérêt qu'il prend sur l'argent engagé dans certaines opérations, donc, dans une mesure de plus en plus large, l'"usure", l'usure maudite" (39 ).

Certains de ces "risques" peuvent être également formulés en termes de conflits entre partenaires économiques. Légitimés par le discours religieux ils devaient aussi être régulés afin d'assurer la continuité et le développement des échanges.

./...

C'est là où l'on peut, semble-t-il, repérer sinon l'invention, du moins l'institutionnalisation d'un clivage que nous connaissons encore aujourd'hui entre : atteinte à l'ordre public général/atteinte à l'ordre commercial ou des affaires.

- Le droit féodal nobilière était un droit du féal, sanctionnant le respect de la foi jurée et traitant de relations d'homme à homme, de groupe à groupe, réglées par des statuts généraux engageant la personne dans sa totalité. G. DUBY écrit :

"Ce qui caractérise le chevalier du XI° siècle c'est bien d'abord son indépendance à l'égard des pouvoirs de contrainte, mais c'est aussi sa morale, ce code de la foi qui est pour lui la forme du contrat social" (40 ).

- Le droit marchand par contre s'est développé dans le contexte d'une économie de marché. Il a fourni un cadre aux échanges, c'est-à-dire organisé un ensemble d'opérations juridiques liées à la notion de contrat, structurant la liberté de convention, l'échange des biens et visant à réguler pragmatiquement leur développement constant.

Le contrat commercial est l'exemple-type du "contrat-fonction" défini par M. WEBER en opposition au "contrat-statut" ou "contrat primitif" relevant du droit public et familial ( 41 ). Les différends relatifs à ces "contrats-fonction" ont exigé, en vue du maintien de l'ordre économique, l'invention de modes de règlement spécifiques que les formes plus anciennes de règlement pouvaient difficilement saisir. Le droit marchand s'organisa ainsi selon des catégories juridiques spécifiques de fond et de forme. Elaboré en grande partie à l'occasion des foires médiévales réunissant des marchands de différents pays, il s'affirma d'entrée comme un droit pragmatique et en partie transnational. Le recours aux conciliateurs, arbitres et juges professionnels s'imposa comme mode de règlement privilégié sinon exclusif.

Enfin, au-delà des questions de technique commerciale, l'autonomie du droit des marchands marquait aussi l'affirmation de la prise d'autonomie politique de la bourgeoisie par rapport au pouvoir féodal. Très tôt, cette classe ascendante parvint à imposer un privilège de juridiction, c'est-à-dire le pouvoir d'élaborer des règles de droit particulières et d'en assurer la mise en oeuvre et la sanction. Les grandes catégories juridiques commerciales et industrielles étaient en partie définies dès la fin du Moyen-Age : notion de fonds de commerce, statut du commerçant, contrats et sociétés commerciales, instruments de paiement, procédure de règlement collectif des dettes des commerçants défaillants... Si le Colbertisme marqua l'évolution de ce droit vers un droit des affaires en instituant l'Etat comme intervenant règlementaire, il

./...

ne porta pas atteinte, bien au contraire à son autonomie. Cette dernière était tellement assurée à la fin du XVIII° siècle que personne ne sembla voir dans la promulgation du Code de commerce une atteinte significative au principe de l'égalité devant la loi. Ce texte rétablissait pourtant un droit explicitement professionnel et comportait bien des dispositions d'exception en particulier dans sa définition des actes de commerce. Visant principalement une réforme de la faillite il s'avéra vite désuet, le droit commercial-industriel, concernant surtout les sociétés de capitaux, se développa durant le XIX° siècle hors de ce "code-ghetto". Mais tout comme la précédente, cette législation capitaliste moderne préserva et accentua souvent la spécificité de ses formes juridiques ( 42 ). Enfin, l'internationalisation des circuits économiques et le dépassement des cadres traditionnels nationaux donnent aujourd'hui à ces caractéristiques une ampleur considérable. Nous le verrons un peu plus loin en envisageant la question des sociétés transnationales.

Qu'il s'agisse donc de l'ancien "droit des marchands", du "droit commercial" ou du "droit des affaires" on retrouve toujours dans ces législations des procédures particulières de règlement des conflits destinées à assurer une certaine prévisibilité et stabilité des transactions et du crédit, indispensables au développement des échanges. Chaque unité économique (entreprise commerciale, industrielle ou financière) doit garantir ses approvisionnements comme ses rentrées. Au-delà, l'intensification du réseau de relation contractuelle étend ce besoin à l'ensemble du système économique. Cependant, le contexte concurrentiel de l'économie capitaliste produit des effets permanents de déstabilisation par les processus de concentration et de restructuration du capital. Les luttes pour la préservation et l'extension des marchés, tout comme les défaillances financières, multiplient et parfois exaspèrent les conflits. Les fraudes atteignant les partenaires économiques (entreprises et consommateurs) ou l'Etat, les abus de position dominante ou la violence dans les rapports d'échange (refus de vente) sont indissociables des formes globales des rapports économiques. Les infractions d'affaires trouvent là leur fondement.

Face à ces différends, ces contestations, ces affrontements, ces conflits, les acteurs de la vie des affaires ont toujours opté pour des modes de résolution dont ils gardaient la maîtrise et limité les modes faisant intervenir des règles et des agents extérieurs au réseau professionnel. On doit cependant distinguer ici, au moins, deux grands cas de figure :

- le différend en cause peut être structurellement non-juridictionnel. Il s'agira par exemple d'une entreprise qui veut faire cesser ou se voir dédommager d'une situation qu'elle estime préjudiciable sans pouvoir se référer à un texte juridique et fonder sa demande en droit. Elle recherchera alors une décision d'équité.

./...

- il peut s'agir par contre, d'un différend juridictionnel, formulable en termes de litige. Mais la voie judiciaire peut alors apparaître inopportune ou risquée, car mettant trop en lumière dans l'espace public les termes même du litige et susceptible de créer une rupture par la sentence qui désignera un vaincu ou un coupable, et débouchant sur une sanction présumée trop dure. Finalement, le principal reproche adressé ainsi au règlement par voie judiciaire est d'être davantage "un facteur de trouble qu'un facteur de paix". Remarquons au passage que c'est là un reproche adressé également au système judiciaire, surtout pour sa partie pénale, par les abolitionnistes (43 ).

Ces éléments nous permettent de sentir à quel point, c'est moins le différend lui-même que le contexte dans lequel il s'inscrit qui détermine son mode de formulation et de règlement. Ici, les exigences de la vie des affaires, dominent :

- exigence d'adaptabilité rechignant au légalisme
- exigence de préservation du crédit, menacé par tout débat public
- exigence de continuité dans les échanges, redoutant toute intervention de tiers et toute rupture des rapports contractuels.

On le voit, on est loin de l'idéal du modèle démocratique de régulation des conflits et l'on se trouve plutôt face à un système dominé par le pragmatisme et les décisions d'opportunité. Comme nous l'avons rappelé plus haut, les alternatives au procès juridictionnel ne sont en aucune façon une exclusivité du droit des affaires. Cependant force est de constater que les pratiques d'application du droit en ce domaine privilégient systématiquement : les règlements non-juridictionnels, hors de l'espace judiciaire, sans intervention de tiers ayant un statut public de juge et selon des règles professionnelles ou propres aux parties. La conciliation débouchant sur une transaction privée et l'arbitrage sont ici les modes de résolution privilégiés. Les juridictions consulaires constituent un modèle intermédiaire entre les modes précédents et les tribunaux judiciaires. Nous tenterons d'approfondir ces remarques en abordant trois domaines :

- la régulation bancaire,

- les pratiques d'arbitrage commercial,

- l'auto-régulation des sociétés transnationales.

./...

B . La régulation bancaire

Les rares données disponibles sur les pratiques bancaires et le poids des présupposés en ce domaine nous contraignent à nous limiter à l'élaboration d'hypothèses de travail. Il est vrai que le secret jaloux dans lequel le secteur bancaire drape ses pratiques mérite à lui seul, une attention particulière ( 44 ). Il serait cependant tout à fait insatisfaisant de passer totalement sous silence un niveau de régulation qui semble fondamental. Bien que la sociologie des entreprises se soit à peu près désintéressée de ce secteur de la vie économique et en particulier de l'analyse de ses formes d'intervention, il est possible de dégager quelques hypothèses sur l'importance de ses positions dans le dispositif d'ensemble. Nous le ferons en mettant l'accent, non sur des résultats scientifiquement fondés, mais sur les pistes de recherche envisageables à partir de certains éléments documentaires.

Depuis le second Empire, la généralisation des formes actionnées du capital a réduit la place du capital familial dans le contrôle des grandes entreprises et amorcé un mouvement de centralisation financière. Ce processus s'est accompagné de transformations juridiques, en particulier de la conversion d'entreprises familiales en sociétés anonymes ; ainsi Peugeot en 1965, De Wendel en 1967. La constitution de grands groupes industriels nationaux par la concentration des actifs industriels s'est accentuée en France dans les années soixante. Cette centralisation du capital a pris des formes différentes, fusions, échanges de participation, multiplication de filiales communes entre groupes. Elle s'est effectuée autour de quelques groupes industriels tête de file tels la Compagnie Générale électrique pour l'industrie mécanique et électrique, Pechiney pour la chimie, Schlumberger pour les services pétroliers, B.S.N. pour le verre et l'industrie alimentaire. Mais des groupes financiers ont aussi constitué de véritables pôles de restructuration, essentiellement Paribas et Suez (45 ).

Les restructurations économiques, l'internationalisation des marchés et la croissance soutenue de l'accumulation du capital ont fait des banques des acteurs économiques centraux. Ces facteurs les ont également conduit à imaginer de nouveaux systèmes attractifs de l'épargne vers le financement industriel. Autant les entreprises conservaient une relative maîtrise de leur financement par l'émission d'action ou d'obligations, autant ce sont les banques qui ont aujourd'hui l'initiative avec les "SICAV". En lançant à partir de 1964 les sociétés d'investissement à capital variable, qui connaissent aujourd'hui le succès que l'on sait, les banques ont renoué avec la tradition des sociétés de financement au capital actionné amorcée par les frères PEREIRE (46 ). La "Haute banque" elle-même, après avoir longtemps combattu les formes de "banque actionnée" s'est redéployée et tout en conservant un contrôle familial s'est ouverte à l'actionnariat. Ce fut le cas à partir de 1967 pour Rothschild, Worms et Dreyfus ( 47 ). On doit aussi tenir compte du

./...

rôle croissant tenu ces dernières années par d'autres institutions financières, discrètes mais très opérantes, comme les compagnies d'assurance, les caisses de retraite ou la Caisse des Dépôts et Consignation (48 ). Enfin, il importe de ne pas négliger le fait que le système industriel et commercial français accorde encore une place importante aux petites et moyennes entreprises dont le manque de fonds propres est une donnée chronique. Pour elles, au-delà des prêts pour investissements, la question des prêts à court terme assurant leurs liquidités est une question permanente et vitale. On peut, aujourd'hui considérer que le capital industriel se trouve massivement sous la dépendance du capital financier.

Ainsi, qu'il s'agisse d'investissement à court ou long terme, de prise de participation ou de contrôle du capital, les banques sont devenues dans les trois dernières décennies des acteurs économiques centraux. Tous les travaux s'attachant à l'analyse de l'exercice du pouvoir dans les entreprises et les groupes, constatent la mise sous influence et parfois dépendance des sociétés commerciales et industrielles par leurs partenaires financiers (49 ). Ainsi une intéressante enquête faite auprès de trente-deux groupes montre bien à quel point le banquier fournisseur d'argent est un personnage redouté. D'où les tactiques d'indépendance souvent développées par les sociétés d'importance qui évitent d'avoir un seul interlocuteur financier et le recours à des pools bancaires pour les opérations d'envergure ( 50 ). De même, l'enquête faite par le CREDA auprès d'acteurs "représentatifs" de la mise en oeuvre du droit des affaires retient la notion de "pouvoirs occultes" exercé par les banques. Il n'est plus pour le chef d'entreprise un quelconque partenaire économique, mais bel et bien"un rival en puissance et en influence" ( 51 ).

Les banques sont ainsi devenues un lieu fondamental de connaissance, d'observation permanente, mais aussi de régulation de la vie des entreprises. Même si les dimensions de l'intervention bancaire se sont profondément diversifiées, leur rôle classique de prêteur n'en demeure pas moins essentiel. La garantie du remboursement des prêts conduit ainsi les banques à suivre de très près la situation économique de leur débiteur et ceci tant de façon conjoncturelle que structurelle. C'est pourquoi leurs modes d'action vont du conseil amiable jusqu'à l'immixion dans la gestion de l'entreprise et dans son devenir (incitation aux fusions) ( 52 ). Nous insisterons sur trois formes d'action qui nous paraissent avoir en notre domaine un intérêt tout particulier et qui pourraient constituer chacun un terrain de recherche spécifique. Il s'agit du rôle tenu par les banques dans :

- la gestion des impayés
- la cessation d'activité
- la détection des infractions

./...

1) - La gestion des impayés

Pourquoi "gestion" et non "recouvrement" ou "sanction" selon les termes consacrés ? En matière bancaire tout comme, plus largement, en matière d'affaires, une dette, un passif n'a rien d'alarmant en lui-même. Ces situations de débit ne sont pas un dérèglement mais au contraire le résultat direct des pratiques d'échange. Tout est question de "crédit", tout repose sur la confiance que le débiteur inspire, sur la croyance en sa solvabilité financière ou symbolique à moyen ou long terme. Parler de "solvabilité symbolique" c'est rappeler que le paiement du crédit peut s'effectuer par des moyens autres que les moyens strictement financiers. Des informations sur les activités d'une branche, des interventions dans un réseau décisionnel, l'accès à des contacts personnels ou à des places stratégiques, peuvent servir à acquitter certaines dettes et expliquent souvent le soutien accordé à certains types de débiteurs. Le débit est une notion comptable trop restrictive. L'action bancaire est plus large, elle concerne l'administration des dettes qui met en oeuvre diverses actions de direction et de contrôle. Cette gestion est d'autant plus centrale que l'on sait à quel point ce sont souvent des questions de ce type qui provoquent le déclenchement de conflits civils, commerciaux, mais aussi pénaux. Déposer une plainte, faire une dénonciation ou menacer de le faire sont parfois des réponses à un litige financier ou un moyen de pression destiné à le faire progresser. On parlera alors de conflit-richochet. De plus, on ne peut oublier le fait que la loi du 3 janvier 1975 n'a dépénalisé que l'émission de chèque non provisionné inférieur à 100 F. Dans les autres cas il y a toujours infraction. Cependant pour enrayer l'avalanche des contentieux ( 53 ), la loi de 1975 a accordé aux banques un pouvoir d'injonction assorti d'une obligation de garantie. On leur donne ainsi la possibilité d'interdire à une personne l'usage du chèque pendant un an, ce qui est, en matière commerciale notamment, une sanction non-négligeable. Il y a là, explicitement, institutionnalisation du règlement d'une atteinte à l'ordre public, non-juridictionnel et relevant du contrôle interne. La mise en oeuvre de ces dispositions concernant une véritable police des impayés, mérite toutefois quelque attention complémentaire.

Cette gestion des impayés se manifeste tout d'abord par d'importantes dispositions de prévention assurées par un recueil d'information systématique sur la solvabilité de leurs clients, mais aussi sur celle des débiteurs de leurs clients s'il s'agit d'entreprises. Les établissements bancaires tout comme les organismes de sécurité sociale ont accès à un service de la Banque de France : le "service central des risques" crée en 1946 et réorganisé en 1967. Il centralise le montant de tous les engagements financiers souscrits sur le territoire. On dispose ainsi d'un véritable

./...

tableau de bord des endettements. Il existe également un fichier central des chéques impayés et une centrale des incidents de paiement depuis 1955. Ils reçoivent plus de 800 000 déclarations annuelles. Depuis 1972, la banque de France centralise également les informations concernant les effets de commerce impayés. Il existe ainsi de véritables "listes noires" des débiteurs et une connaissance détaillée des situations problématiques. Notons également que l'ordonnance du 28 septembre 1967 portant réforme du crédit aux entreprises (modifié le 18 décembre 1970) prévoit un signalement de la Banque de France (a. 31) au parquet de tout incident sur la base de l'article 40 C.P.P.

Bien que les signalements au parquet demeurent relativement nombreux ( 61 880 jugements prononcés en 1983) il est évident que la pratique bancaire interprète largement les dispositions légales. Tout particulièrement quand il s'agit d'entreprises, avec lesquelles les négociations portent principalement sur l'ampleur des découverts réguliers autorisés. La gestion des impayés s'inscrit alors dans l'ensemble plus vaste des relations commerciales et financières développées par la banque vis-à-vis de son client. En matière industrielle tout dépendra de l'état des relations se nouant entre la conjoncture politique et économique générale, les enjeux socio-politique locaux, l'état des relations entre la banque et son client. Ainsi pour prendre un exemple limite, le groupe Agache-Willot s'est constitué sur la base d'une stratégie financière et immobilière offensive. Cette stratégie reposait entre autres sur un endettement important à court, moyen et long terme tant auprès des filiales que d'organismes extérieurs. Une étude récente montre comment la politique financière du groupe et donc la gestion de son endettement, a été longtemps un facteur central dans la réussite de leur procès de revalorisation du capital dévalorisé ( 54 ). Cet exemple nous conduit au point suivant concernant la cessation d'activité des entreprises.

2) - La cessation d'activité

Dans les relations qu'une banque entretient avec une entreprise, la question centrale est celle du niveau de crédit tolérable par l'une et par l'autre. Ce niveau s''appréciant selon la confiance accordée au chef d'entreprise mais aussi selon des critères relevant de la politique financière de la banque, l'état de ses comptes internes, les orientations de sa stratégie commerciale et de celles de son groupe, le sens des directives bancaires nationales sur l'orientation sélective des crédits et des pressions émanant d'autorités locales. Les paramètres de négociation sont ici aussi très nombreux, les données relatives aux facteurs externes à l'entreprise ont d'ailleurs un poids tellement grand qu'il semble a priori impossible de séparer ce qui relève de l'appréciaiton de la viabilité réelle d'une entreprise d'un côté, des différents types

d'enjeux qui environnent son activité ( 55 ). Et ceci d'autant moins que depuis 1974 l'Etat est devenu un intervenant non négligeable dans "la prévention et le traitement" des entreprises en difficulté.

En 1974 sont créés deux organismes de "sauvetage", les CODEFI au niveau départemental, le CIRI au niveau national. Ces organismes se proposaient de réaliser des plans d'assainissement et de relance des entreprises défaillantes en coordonnant les actions des plus gros créanciers, privés et publics ainsi que les mesures de reprise (étalement des dettes, octroi de nouveaux crédits, reprise des entreprises défaillantes par des groupes...). Il s'agissait d'éviter qu'un débiteur n'assigne soudainement une entreprise devant un tribunal et ne la contraigne à déposer son bilan, provoquant la présentation en chaîne d'autres créances. On le voit, l'image simpliste, mais courante du dépôt de bilan comme accident de parcours, sanction d'une mauvaise gestion ou d'une inadaptation au processus concurrentiel est amplement dépassée. Le dépôt de bilan s'inscrit aujourd'hui dans un ensemble de négociations, structuré par les pouvoirs publics. A la suite du rapport SUDREAU ( 56 ), les lois sur la prévention des difficultés des entreprises de 1977 reformulée en 1982, ont institutionnalisé ces procédures ( 57 ).

Malgré la densité de ce réseau de décision et la place qu'y tiennent les interlocuteurs publics, les banques sont souvent considérées comme demeurant les maîtres tout puissants du destin des entreprises. Certes on rencontre régulièrement des cas, où le retrait brutal du concours d'une banque a causé directement la cessation d'activité ( 58 ). Cependant la connaissance exacte qu'a une banque de la situation générale d'une entreprise semble plus limitée dans la pratique que ce que l'on suppose en général. Si elle dispose de bonnes informations financières, elle connaît mal les autres dimensions de l'activité industrielle (utilisation réelle des crédits, état des marchés, de la situaiton technique, contentieuse...). D'autre part, les dirigeants demeurent rarement passifs face à leur interlocuteur financier. Ils développent à son égard d'amples stratégies de persuasion qui comportent nécessairement des dissimulations ( 59 ). Enfin, les banques sont sans doute davantage en position de médiateur entre l'entreprise et les multiples facteurs externes qu'en position de maîtrise totale. Et les décisions bancaires d'octroi ou de retrait des crédits ne peuvent être analysées sans prendre en compte un contexte socio-économique élargi et dont l'influence est particulièrement forte en cas de crise économique. La menace de licenciement ou de fermeture est le prétexte à un jeu de pression particulièrement complexe, où la surenchère va toujours bon train entre partenaires financiers, politiques et administratifs sous le regard souvent impuissant des salariés.

./...

Deux reproches parallèles, voire contradictoires sont en général adressés aux banques : d'une part, l'interruption brutale du crédit conduisant à la faillite, d'autre part l'octroi trop libéral de crédits à des entreprises en difficulté. C'est surtout le second aspect de soutien "abusif", aggravant le passif, qui pose ici problème. La question de la responsabilité du banquier a été régulièrement soulevée depuis quelques années (60 ). Des commercialistes et des décisions jurisprudentielles ont tenté à diverses reprises de démontrer la responsabilité personnelle du banquier en le considérant comme un dirigeant de fait ( 61 ). Un arrêt du 7 janvier 76 de la cour de Cassation, renversant la jurisprudence antérieure, autorise les syndics à mettre en oeuvre effectivement la responsabilité des banques. Cependant l'essentiel du problème demeurait entier ; sur quels critères juger cette responsabilité ?

Une série de poursuites contre les reponsables bancaires en 75 et 76 ont suscité des mouvements de protestation ( 62 ). La Cour de Cassation dans un arrêt du 18 mai 76 confirma la condamnation d'un directeur d'agence pour complicité de banqueroute simple et la responsabilité civile de la direction générale de la banque. Ce directeur avait accordé des découverts trop importants : "les intérêts et agios qu'il entraine sont sans commune mesure avec le chiffre d'affaires" et constituent "un moyen ruineux de se procurer des fonds". Par contre un arrêt du 6 janvier 77 de la Cour d'Appel de Paris ( 63 ) a écarté la responsabilité d'une banque qui avait activement participé à une tentative de sauvetage d'une entreprise en difficulté (maintien du soutien financier subordonné à des mesures de réorganisations, choix du dirigeant et prise de suretés sur l'actif).

L'interprétation actuellement dominante est cependant plus restrictive. La responsabilité du banquier ne serait engagée que s'il accordait des crédits nouveaux à une entreprise dont la situation est "irrémédiablement compromise" ; s'il connaissait par exemple l'état de cessation de paiement actuel ou imminent. Cependant, ce critère est loin d'être satisfaisant faute de clarté. Comme l'indique L. BOY et A. PRIVANO, l'absence de faute ou sa présence ne résulterait-elle pas plutôt du succès ou de l'échec de l'opération ( 64 ) ?

Cet ensemble d'éléments conduit à interroger tout le volet du droit pénal des affaires relatif à la cessation d'activité d'une entreprise. Il ne s'agit pas de retourner la question en plaidant l'irresponsabilité du dirigeant d'un côté, la responsabilité du banquier de l'autre. L'intervention bancaire ne peut être isolée et traitée comme variable explicative centrale. Elle est à envisager comme un lieu d'observation, un terrain d'enquête, dans la mesure où elle médiatise le plus grand nombre de paramètres intervenant dans la vie économique d'une entreprise. Le paramètre financier n'étant que

./...

l'un d'entre eux. L'étude des processus de décision concernant le financement et la gestion des impayés d'une entreprise montre toute la relativité des opérations pouvant déboucher sur le déclenchement des procédures commerciales, la mise en oeuvre de la législation sur les chèques ou de celle qui incrimine des moyens commerciaux ou financiers relevant de la banque-route. Le cadre légal se trouve là particulièrement débordé par des jugements d'opportunité économique, sociale et politique dont les banques sont souvent le bras séculier.

3) - Le repérage des infractions

La cessation d'activité est nous venons de le voir la résultante d'un processus complexe où s'entre-croisent les responsabilités. Mais elle peut aussi provenir d'une intention délibérément frauduleuse qui se manifeste par l'organisation d'une insolvabilité. Dans de tels cas, les banques peuvent se trouver accusées de complicité, même passive, pour avoir fermé les yeux ou toléré des opérations financières illégitimes dans leur fond, même si leur forme était correcte. Le problème est d'ailleurs beaucoup plus large car les entreprises de fraude, ont, comme les autres, recours aux services bancaires pour la réalisation de leurs opérations. On pourrait donc s'attendre à ce qu'au nom de la défense de l'ordre public économique, les banques se voient tenues d'assurer une police de leur clientèle, à plus forte raison quand il s'agit de banques nationalisées. Il n'en est rien et les banques ont presque toujours réussi à se maintenir derrière l'écran du respect apparent des formalités bancaires pour préserver leur irresponsabilité. De façon très explicite l'intérêt financier passe ici avant toute autre considération. Le rappel de quelques dossiers nous permettra de saisir à quel point le pouvoir de contrôle exercé par les banques est bien un contrôle à visée interne, puisqu'il se refuse en fait à tout signalement d'infraction au nom d'autres priorités. Il ne s'agit pas ici de considérations morales sur "ce que devrait faire une bonne banque". C'est au contraire l'analyse des obligations légales qui définissent la fonction bancaire qui nous sert de point de départ. Trois types de dispositions peuvent ici être invoquées :

- celles relatives aux formalités d'ouverture d'un compte. Quand il y a remise de chéquier la banque est tenue d'effectuer des diligences en vue de contrôler l'identité et la capacité du futur titulaire, s'il s'agit de société, elle doit vérifier l'exécution de certaines formalités en particulier l'inscription au registre du commerce.
- celles relatives à l'usage des chéques et aux incidents de paiement.
- enfin, il n'est pas évident que les organismes bancaires nationalisés échappent à l'obligation de signalement des infractions contenue dans l'a. 40 du C.P.P.

./...

La question de la complicité active et/ou passive des organismes bancaires fut soulevée dans les années 70 à l'occasion des procès ayant suivi la chute des sociétés civiles foncières. Dans le procès de la "Garantie foncière" les dirigeants d'une importante banque furent relaxés en première instance et condamnés à une peine de principe en appel. Cette banque avait cependant directement participé aux opérations frauduleuse par le canal d'une vingtaine d'intermédiaires. Le jugement admet qu'elle ait pu être "trompé par l'environnement favorable", c'est-à-dire la prospérité apparente de cette société et la présence d'un parlementaire. Ses dirigeants furent relaxés puisqu'ils n'avaient pas su "globalement" ce qui se passait. Dans le procès similaire du "Patrimoine foncier", c'est une banque de réputation mondiale qui, ayant soutenu à différents moments l'affaire, se trouva impliquée. Elle avait ainsi, entre autres, accordé un crédit de 6 millions pour "travaux éventuels" dans un ensemble qui n'avait jamais été acquis. Cependant aucune inculpation ne fut retenue contre ses dirigeants. Les 650 souscripteurs lésés ont alors entrepris une action en réparation en se constituant partie civile et en faisant citer 4 dirigeants de trois banques appartenant à la même société, pour complicité. L'appel est venu confirmer la décision de première instance : la cour a estimé que rien ne permettait de douter de la bonne foi des banquiers qui ne pouvaient connaître le caractère délictueux des opérations effectuées. Ils n'avaient, selon la Cour, pas pu "fournir intentionnellement" les moyens de l'escroquerie.

Ces affaires montrent aussi les difficultés de repérage des pratiques délictueuses sous les apparences de la respectabilité. Cependant ce sont les banques qui sont les mieux placées pour repérer les sociétés "taxis" permettant fraude fiscale et carambouille. J. COSSON a montré comment le fonctionnement de "compte-taxi", participant à des circuits fictifs de facturation et de paiement, ne ressemblait à aucun autre compte commercial (jamais de chéque à l'ordre d'un tiers, jamais de somme demeurant au crédit du compte, chaque dépôt d'un chéque est immédiatement suivi d'un retrait en espèces, chaque émission d'un chèque est précédée d'un approvisionnement équivalent du compte en espèces...). Il eut avec le secrétaire général de la commission de contrôle des banques des échanges significatifs sur ce point (65 ).

Enfin le jugement du procès "Paribas" tout en démontrant l'existence d'un service de la banque spécialisé dans l'exportation illicite de capitaux ne retint pas davantage la responsabilité des dirigeants. De même la C.O.B. tenta à quelques reprises, mais en vain, de mettre en évidence le rôle d'organismes bancaires dans la réalisation de certaines opérations d'initiés. La banque servant alors de prête-nom aux véritables auteurs de l'opération ( 66 ).

./...

Le système bancaire forme ainsi un système particulièrement clos. Il exerce un pouvoir de contrôle interne considérable, tant en matière de gestion des impayés que de financement des entreprises. Il se refuse par contre à toute action de contrôle extra-financier sur les opérations qu'il autorise. La notion selon laquelle le banquier serait obligé de "ne pas causer de préjudice aux tiers" ( 67 ) est entendue ici très restrictement. La distribution du crédit et la circulation des fonds ne sont pas, malgré leur importance sociale, conçus concrètement comme un service public mais comme une activité d'intérêt privé. La résistance de ce secteur à la mise en cause par le pénal est exemplaire. Ceci n'a pas cependant empêché les banques d'accepter les dispositions de la loi de 1975. Mais les pouvoirs, alors accordés, allaient dans le sens du renforcement de leur pouvoir de contrôle interne qui se développe ainsi sans contre-partie. Le domaine bancaire peut donc être analysé comme un espace de négociation, organisé principalement selon la loi des parties en présence et secondairement selon la loi étatique, sans intervention de tiers médiateur et produisant en opportunité des normes internes et solutions pragmatiques aux conflits qu'il connaît. Seuls des travaux empiriques permettraient d'avancer dans la connaissance de ce domaine.

### C . Quand le litige n'est qu'un bruit ou le règlement par arbitrage

Si le banquier est devenu le principal juge de fait des activités économiques d'une entreprise, l'arbitre est depuis longtemps le médiateur privilégié des différends surgissant dans les relations entre les entreprises et entre celles-ci et un Etat s'il s'agit de contrats inernationaux. Il peut paraître curieux d'évoquer l'arbitrage dans une analyse qui porte esssentiellement sur le traitement des conflits pénaux. Cependant, rappelons qu'il n'y a pas dans notre perspective de situation infractionnelle par nature. Toute interaction entre entités privées (particuliers, entreprises, associations...) ou entre l'une d'entre elle et l'Etat peut prendre la forme d'un différend, d'un conflit d'intérêt. Certes en théorie le domaine pénal ne relève pas du litige, constitué par l'opposition de prétentions juridiques. Le procès pénal n'est pas une controverse mais le lieu d'énoncé de la règle pénale et de mise en oeuvre de ses effets (68 ). Toutefois, nous avons vu à quel point le processus de qualification des faits débouchant sur une mise en forme pénale était complexe, sujet à aléa, et n'avait pas de caractère automatique. La plainte émanant de la victime ou la mise en oeuvre directe de l'action publique par le parquet ne sont nullement des comportements spontanés ou immédiats. En comprendre la signification exige de resituer cette action dans le processus élargi des différentes interactions qui ont conduit le règlement d'un différend vers la voie pénale. Le déclenchement d'un procès pénal n'est qu'une réponse à un conflit, parmi d'autres possibles.

./...

Précisément, l'arbitrage est le type même de règlement permettant d'échapper aux cloisonnements traditionnels (civil, commercial, pénal) des catégories juridiques. Ceci est particulièrement net quand l'arbitre statue en "amiable compositeur", c'est-à-dire lorsqu'il est dégagé par les parties du strict respect de la loi pour fonder sa décision. L'arbitrage n'est pas un jugement en pure équité, il emprunte au droit en vigueur de nombreuses règles de fond et de forme. Cependant, les parties concernées conservent sur ce mode de règlement une emprise relativement forte. Elles peuvent, en effet en recourant à l'arbitrage choisir leur juge mais aussi parfois choisir le droit selon lequel elles entendent voir régler leur différend. Après avoir rappelé les grandes étapes du processus d'institutionnalisation de l'arbitrage, nous détaillerons certains aspects de ce privilège juridictionnel.

1 ) - L'institutionnalisation de l'arbitrage commercial

Certains auteurs n'hésitent pas à écrire que le choix de la procédure d'arbitrage est "une insoumission aux tribunaux ordinaires" (69 ), "une justice privée qui soustrait des litiges à la justice de droit commun" ( 70), "un concurrent des tribunaux" (71 ), un domaine où "on est toujours ou presque toujours, avant le droit ou à côté du droit" (72 ). C'est oublier l'ancienneté de l'institution et la place que lui attribuèrent les jurisconsultes de la période révolutionnaire (73 ). Il faut en fait distinguer ici, entre le droit intermédiaire et le droit napoléonien. Les années qui suivirent la Révolution de 1789 furent assez favorables aux règlements des conflits par arbitrage, le sens démocratique conduisant à privilégier les modes de règlement les plus proches des personnes concernées. L'arbitrage fut ainsi directement encouragé pour les différends familiaux. Avec la codification cette tendance s'inversa et les modalités populaires et décentralisées de règlement furent mises en cause au nom de l'unité nationale et surtout de la valeur suprême attribuée au droit et à la justice étatique. Excepté une minorité dite "éclairée" susceptible de gérer selon la raison ses propres intérêts, la majorité du peuple devait soumettre ses différends aux juges officiels, détenteurs en titre de la nouvelle raison juridique (74 ).

Lorsqu'il n'était pas excusé par l'adage "De minimis non curat praetor", l'arbitrage consistait en fait plus en une conciliation, débouchant sur une transaction entre les parties, qu'en une justice et il complétait plutôt l'institution judiciaire pour le règlement de conflits minimes. L'atmosphère strictement légaliste de la période des codifications excluait selon R. DAVID toute concurrence à la justice. Les dispositions prévues par le Code Civil et le Code de Procédure Civile ne concernaient que des domaines restreints. A diverses

reprises la jurisprudence ou le législateur interviendront au milieu du siècle dernier pour réaffirmer le recours au droit étatique comme principe majeur. Ce n'est certainement pas un hasard si c'est en matière commerciale que la résistance à ce principe fut la plus vive. Ainsi la Cour de Cassation en 1843 refusa de reconnaître la validité de la clause compromissoire dans les contrats relatifs au commerce interne (75 ). Les parties ne pouvaient ainsi renoncer a priori, en cas de conflit éventuel, à leurs droits de recours au judiciaire. On supprima également les cas d'arbitrage obligatoire prévus par le Code de Commerce pour les contestations entre associés dans une société de commerce (76 ). L'arbitrage conçu pour des sociétés familiales et d'amis sembla alors incompatible avec les nouvelles formes de société à l'actionnariat élargi.

L'arbitrage avait cependant une longue tradition en matière commerciale. Il s'était juridictionalisé dès le XIII° siècle sous l'influence des corporations et de la bourgeoisie marchande comme alternative, souvent obligatoire, à la justice seigneuriale. Les parties conservaient cependant une très grande latitude dans le choix de leur juge. La fonction arbitrale s'institutionalisa parallèlement au développement des juridictions consulaires au XVI° siècle. Bien qu'officiellement prohibée par l'édit de 1563, la pratique "des agrées" auprès des tribunaux de commerce, faisant office de conseil, fut tolérée malgré les injonctions réitérées du Parlement (77 ). Ces "praticiens" spécialistes en procédure développèrent aussi une activité régulière d'arbitrage qui est aujourd'hui mieux connue pour le XVII° (78 ) et surtout le XVIII° siècle (79 ). Le droit révolutionnaire et napoléonien ayant peu modifié la législation commerciale et sa mise en oeuvre, l'usage de l'arbitrage bien que théoriquement limité se poursuivit durant le XIX° siècle sous le couvert des tribunaux de commerce.
Et en 1925 une loi relative à la compétence de ces tribunaux modifia l'article 631 du Code de Commerce et reconnut la validité de la classe compromissoire. Cette réforme, dans laquelle certains virent une révolution ( 80 ) autorisa un développement considérable de cette institution et des changements décisifs dans ses formes.

L'arbitrage prévu en 1806 reposait sur l'élaboration d'un compromis. A la suite d'un différend, les parties devaient s'accorder pour désigner d'un commun accord,l'arbitre auquel revenait la décision. Cette modalité de l'arbitrage sur compromis existe toujours (a. 2060 et suivants C.P.). Elle semble cependant très peu utilisée si l'on en croit une des rares enquêtes effectuées sur le sujet ( 81 ). L'obstacle principal réside dans les difficultés inhérentes à la négociation préalable sur le choix et la mission des arbitres ; négociation qui souvent échoue débouchant alors sur une action en justice, ou s'éternise retardant le moment du règlement.

./...

Par contre, lorsqu'une telle négociation s'accomplit, souvent par l'intermédiaire de conseils, les parties s'accordent plutôt sur une transaction, concrétisée par un protocole d'accord. Il y aura eu alors en fait conciliation. La préférence pour cette procédure s'explique par la maîtrise totale que les parties conservent sur ce à quoi elles renoncent ou s'obligent. La transaction présente donc plus de sécurité que l'arbitrage quant à son issue. Son domaine est également plus étendu, les parties pouvant en effet faire des concessions réciproques sur un objet plus vaste que celui de la contestation d'origine. L'arbitrage sur compromis n'est cependant pas en désuétude totale. L'enquête précitée montre son utilisation privilégiée en matière de différend au sein d'une société ou d'un groupe de sociétés (conflits entre minorité et majorité, ou conseil d'administration et président directeur général). Dans de tels conflits ce mode de règlement apparaît aux enquêtés comme très fréquent et portant sur des affaires considérées comme importantes ou très importantes ( 82 ).

La modification législative de 1925 a considérablement élargi le domaine de l'arbitrage en matière commerciale. C'est en effet exclusivement en ce domaine que les parties peuvent, par avance, renoncer à leur droit d'action en justice en incluant dans le contrat une clause compromissoire donnant compétence à une instance arbitrale pour le règlement des éventuels litiges. La stipulation d'une telle clause à un moment où n'existe aucun conflit entre les intéressés est considérée comme une manifestation de bonne foi garantissant une sécurité plus grande dans l'exécution du contrat. Le recours à cette forme de règlement est devenu extrêmement fréquent en matière commerciale pour les contrats importants et presque automatique s'il s'agit d'échange comercial international.

La généralisation des clauses compromissoires en matière commerciale a donc profondément modifié les formes d'arbitrage. Elles s'inscrivent d'une part dans un système de prévention contractuelle des différends, d'autre part elles se sont institutionnalisées. L'arbitre n'est plus exclusivement choisi en raison des liens personnels ou professionnels qui l'unissent aux parties. De plus en plus, l'arbitrage est administré par une organisation professionnelle ou une institution permanente d'arbitrage qui offre ses services aux industriels et aux commerçants. La conception artisanale a fait place à une conception systématique et technique. Le recours au judiciaire n'est plus écarté selon des cas d'espèces particuliers mais par principe.

Ces arbitrages institutionnalisés s'accomplissent au sein de Chambres Arbitrales nationales ou internationales. La France compte actuellement sept Chambres Arbitrales réparties sur le territoire et qui

./...

jugent au total près d'un millier de litiges par an ( 83 ). L'organisme le plus important au plan international est la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale. Elle connaît surtout des litiges relatifs à la fourniture d'équipements industriels, aux travaux publics et à des transactions commerciales. En 1975, 78 % de ces litiges portaient sur des sommes supérieures à 200 000 dollars et 52 % étaient supérieurs à 1 million de dollars ( 84 ).

Les raisons habituellement invoquées pour justifier la faveur dont bénéficie l'arbitrage sont bien connues. On met toujours l'accent en premier lieu sur les économies de temps et d'argent que permet cette procédure par rapport aux recours judiciaires. Ce lieu commun n'est rien moins qu'incertain, surtout depuis les réformes de décembre 1975, du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981 qui ont élargi les conditions dans lesquelles les magistrats peuvent être désignés comme arbitres et statuer comme "amiable compositeur". D'autre part différents travaux ont rappelé le coût de certains arbitrages. Le montant des honoraires est considéré comme important ou très important dans 63 % des cas étudiés par E. BERTRAND. Et 56 % des réponses estiment que ce montant est sans relation avec l'intérêt litigieux. L'importance des intérêts en jeu, la réputation des arbitres et leur dispersion géorgraphique expliquent le niveau élevé des frais. Quant à la durée, sa brièveté n'est nullement garantie a priori. En effet deux moments de la procédure peuvent voir surgir d'importants obstacles : d'une part, lors de la rédaction du compromis à l'occasion du choix de l'arbitre et de la définition de sa mission ; d'autre part, lors de l'exécution de la décision arbitrale si le concours de l'appareil judiciaire est nécessaire ( 85 ).

Ces avantages présumés de moindre coût et de moindre durée se révèlent être dans la pratique des risques non-négligeables. Cependant, il existe un troisième avantage qui l'emporte toujours sur ces risques éventuels, c'est celui de la garantie du secret des affaires. Tous les auteurs s'accordent pour y voir la raison essentielle de la faveur dont bénéficie cette institution ( 86). Cependant cette question de la protection du secret peut être entendue sur deux plans. On pense tout d'abord à la préservation du crédit professionel et public d'une entreprise. Et nous avons vu à la section précédente à quel point il s'agissait là d'un attribut crucial mais fragile. On comprend donc aisément le souci des dirigeants d'une entreprise de ne pas voir se répandre la nouvelle d'un contentieux même ponctuel les opposant à un client ou un fournisseur. Cependant, au-delà de ce crédit public, une autre dimension nous semble toute aussi, voire encore plus importante. Préserver le secret sur un conflit et son règlement n'est-ce pas également vouloir préserver l'essentiel des relations contractuelles entre les parties. Peu importe alors qu'il y ait eu dommage ou faute pourvu qu'il y ait réparation et que la relation commerciale se poursuive. C'est ce que

./...

permet l'arbitrage dans la mesure où il constitue un mode de règlement amplement maîtrisé par les parties.

2) - L'arbitrage ou l'anti-boite noire"

En matière de règlement de conflit, l'anti-boîte noire c'est bien évidemment la transaction directe de partie à partie. Cependant si de façon préventive (clause compromissoire inclue dans un contrat) ou de façon curative (compromis d'arbitrage) les partenaires optent pour un mode juridictionnel, l'arbitrage constitue la procédure sur laquelle ils conservent la maîtrise la plus grande. Cette maîtrise peut être caractérisée à trois niveaux : maîtrise du choix du juge, du choix de la règle, maîtrise aussi de la finalité de l'intervention du tiers.

- Le choix de l'arbitre appartient aux parties et nécessite un accord de volonté. Nul, même fautif, ne peut se voir imposer l'arbitrage par une personne ou une instance qui n'aurait pas son accord. Rappelons ici que l'éventail du choix est très large puisque peuvent être désignées une ou plusieurs personnes privées, une chambre d'arbitrage nationale ou internationale, enfin ce peut être aussi un juge professionnel. Deux types de critères président au choix de l'arbitre : d'une part, sa compétence technique surtout pour les contrats ayant d'importants aspects techniques (ventes d'usine, grands travaux, transfert de technologie) ; d'autre part, son acculturation au milieu auquel appartiennent les demandeurs. La plupart des auteurs insistent autant sur ce second point que sur le premier. Même dégagé de l'obligation de respecter un cadre légal précis (amiable comporteur), l'arbitre fait peu courir un risque d'arbitraire. Au contraire, sa décision sera inspirée, non par sa seule subjectivité mais par son adhésion à "une certaine conscience collective du monde des affaires". Dans ce sens E. LOQUIN voit l'expression d'une même communauté de pensée dans les relations évidentes qui existent entre la formation d'usage à partir des pratiques contractuelles et celles qui proviennent des solutions d'apaisement données par les arbitrages d'amiable composition ( 87 ). Premier privilège donc, la possibilité de choisir un juge avec lequel existe une "communauté de pensée", qui partage la même éthique morale et pratique. Certes l'arbitre ne se contente pas de rapprocher des intérêts opposés comme le ferait un conciliateur ou un médiateur . Il tranche le litige qui lui est soumis et sa décision s'impose. En cela, il agit en tant que juge. Toutefois, il n'intervient pas en extériorité sur la base du "troisième pouvoir" incarné par le judiciaire. Il intervient au contraire au nom d'une proximité d'avec les parties ; proximité technique certes, mais aussi idéologique qui fait passer la fonction d'apaisement et de préservation des relations ultérieures avant tout légalisme intransigeant. L'arbitrage fournit un cadre juridique à l'arrangement.

./...

- La possibilité offerte en matière commerciale de choisir la règle applicable ne doit pas être confondue avec une situation où toute règle juridique serait absente. La plupart des auteurs entretiennent sur ce point des positions très ambigues où se mêle dénonciation timide et quelque fascination pour les espaces sulfureux du "non-droit" : "s'il existe des lieux de non-droit, les relations commerciales en sont un espace privilégié" (88 ). C'est oublier que le domaine juridique ne se limite pas à organiser des modes de règlement des conflits selon la forme juridictionnelle étatique. Et avant de relancer les débats sur l'existence éventuelle d'un droit non-étatique, il importe de bien envisager les manifestations et fonctions du pluralisme juridique à l'intérieur du système juridique dominant. L'arbitrage est ici un excellent terrain d'observation. Il n'autorise en rien une dispense de toute règle mais permet plutôt la possibilité de mise à distance de certaines règles au profit d'autres. Le second privilège est là dans l'opportunité qui est offerte de choisir le type de règle selon lequel on sera jugé. Ce pourra être le droit corporatif de telle Chambre arbitrale, le droit en vigueur dans tel état national selon le lieu de domiciliation du contrat ou une appréciation d'opportunité ou d'équité basée en fait sur un droit coutumier professionnel (amiable composition). Ce choix de la règle applicable passe concrètement par le choix de l'instance arbitrale dont on connaît par avance les pratiques. Il y a choix entre plusieurs droits possibles et non pas choix entre droit et non-droit.

Différents travaux ont montré en effet le paradoxe apparent d'une situation où les parties, en choisissant l'arbitrage, écartent la voie judiciaire, pour choisir un mode de règlement qui lui ressemble beaucoup, du moins, en ce qui concerne la procédure ( 89 ). La plupart des principes directeurs du procès demeurent les mêmes, en particulier le respect des droits de la défense, le respect de délais ou la nécessité de motiver les décisions. B. OPPETIT voit dans le respect croissant de certaines formes générales en matière d'arbitrage, une évolution parallèle à celle que connurent les tribunaux de commerce. L'institutionnalisation conduirait à l'effacement des règles d'exceptions corporatives au profit de règles proches ou identiques au droit commun. Certaines particularités se maintiennent cependant comme par exemple la rénonciation à l'appel après arbitrage.

Quant au fond du droit qui sert de base à la décision il ne connaît pas non plus de variations aussi importantes que ce que l'on laisse supposer parfois en parlant ici de "justice d'équité". On sait bien que dans tous les pays où le législateur l'a autorisée, l'amiable composition s'est imposée comme pratique dominante. Les parties optent rarement pour un arbitrage de droit strict. La clause d'amiable composition s'analyse aujourd'hui comme une renonciation à l'application du droit étatique, elle permet d'écarter la règle légale. Mais il ne faudrait pas en déduire qu'elle conduit à écarter toute règle au profit d'une idée vague de justice. Les auteurs s'accordent

./...

pour considérer que l'arbitrage par amiable composition est "l'instrument privilégié de l'application de la lex mercatoria" ( 90 ) et de son renouvellement. D'où cette définition très juridique : "les amiables compositeurs tranchent des différends en décidant sur la base de règles ou de principes susceptibles d'être appliqués de manière générale et égale à toute personne se trouvant dans les mêmes circonstances" ( 91 ). Ces règles et principes qui viennent en général combler les lacunes du droit, surtout en matière internationale, sont vite connues, chaque Chambre arbitrale ayant sa jurisprudence. C'est en pratique un droit d'origine coutumière ayant sa source dans la communauté des hommes d'affaires et des commerçants internationaux qui fonde l'essentiel des arbitrages. L'homogénéïté relative et la nécessaire solidarité qui existent dans ces réseaux assurent à ce droit cohérence et stabilité. Les Chambres de commerce nationale et internationales ainsi que la mise au point de contrats-types, de conditions générales et de règlements par les grandes associations corporatives n'ont fait que renforcer la prévisibilité du droit applicable. Il en va de même avec l'émergeance de normes d'interprétation de ces dispositions élaborées par les instances internationales (92 ). La "nouvelle lex mercatoria" se présente de plus en plus comme un droit "supra-étatique" ou "transnational" ( 93 ). On retrouve dans ce processus d'élaboration du droit coutumier l'analyse développée par M. WEBER sur le rôle déterminant des "doctes en droit". Il n'y a véritablement de coutume juridique qu'à partir du moment où des spécialistes autorisés matérialisent, clarifient et stabilisent la solution de certains différends ( 94 ).

- Maîtrise des finalités de l'arbitrage :

on ne peut se contenter de traiter l'analyse des formes d'arbitrage et de leur développement en a-pesanteur. Ce mode de règlement des litiges est à mettre en relation avec les transformations des structures économiques. Deux phénomènes semblent avoir contribué à la diffusion de ce mode de règlement. Tout d'abord la concentration du capital industriel, la constitution de groupes industriels et la multiplication des techniques de filialisaiton et de contrôle ( 95 ) ont totalement modifié dans le cadre national les interactions conflictuelles entre entreprises. Si l'affrontement des intérêts commerciaux et financiers demeure, sa régulation se développe dans un espace fondamentalement autre. L'intérêt supérieur des groupes, la nécessaire coopération des filiales et leur solidarité financière incitent en permanence à la recherche de solutions négociées préservant avant toute chose la continuité des échanges.

Ce phénomène est encore plus nettement tangible au plan international. Nous montrerons dans la section suivante à quel point la multiplication des sociétés multi et transnationales a bouleversé tant l'espace économique et politique mondial que l'espace juridique et les modes de résolution des conflits. La juxtaposition

./...

d'acteurs économiques autonomes plus ou moins étroitement coordonnés par des associations corporatives a laissé la place à de puissantes unités économiques poursuivant selon une logique trans-frontière des objectifs de croissance continue. Plus encore que la régulation au plan national des conflits inter et intra groupes, la régulation des différends entre sociétés transnationales passe par des pratiques d'arbitrage. Les lacunes de l'ordre juridique international n'ont pu que renforcer les exigences de la coopération entre ces opérateurs économiques pour imposer de façon presque exclusive cette forme de règlement (96 ).

Tant au plan national qu'international la nécessaire coordination entre partenaires commerciaux a remplacé les rapports de concurrence classiques. Le développement continu des échanges contractuels dans un espace socio-économique dégagé des clivages étatiques conduit à privilégier de façon systématique les formes de régulation négociées et arbitrales par rapport aux formes judiciaires. Ces dernières, en effet, font passer l'application du droit strict avant la préservation des relations contractuelles qu'un différend ponctuel ne saurait interrompre. On peut alors dire qu'il y a au moins deux façons de "dire le droit" (juri-dictio) :

- la décision juridictionnelle qui vise l'énoncé et le renforcement de l'ordre juridique dominant
- la décision juridictionnelle qui vise la préservation des rapports fondamentaux dans lesquels se trouvent les adversaires du conflit.

Dans le premier cas, le juge judiciaire opère dans l'espace du litige qui lui est soumis ; dans le second, l'arbitre opère dans l'espace élargi des relations contractuelles qui environnent le litige. Celui-ci n'est alors que l'intervention d'un "bruit" qui trouble la transmission des informations et la communication entre acteurs économiques. C'est donc le statut finalement accordé au différend, le type de reconstruction appliqué au conflit qui semblent permettre de caractériser au mieux le mode de règlement interne par arbitrage. Si le juge est saisi de prétentions strictement formulées en droit, l'arbitre, lui, est saisi d'une situation dont seuls certains éléments font problème et qu'il traite comme un ensemble indissociable. Son intervention vise à réduire le "bruit" qui trouble l'échange en préservant l'essentiel du rapport économique.

On comprend bien alors pourquoi, dans un tel contexte, une atteinte, même violente, aux intérêts de l'autre, et susceptibles de qualification pénale (entre entreprises : tromperie sur les marchandises, concurrence déloyale, escroquerie, diffusion de fausses informations - au sein d'une entreprise : usage de faux, abus de bien social, répartition des dividendes...) ne connaîtra qu'exceptionnellement une telle formulation. L'infraction se dissout dans le rapport contractuel ; la préservation de l'intérêt économique l'emporte aisément sur la préservation de l'ordre public.

## D . Sociétés transnationales et dépassement des structures de régulation étatique

Les pratiques de régulation du système bancaire comme celles organisées par l'arbitrage commercial mettent bien en évidence la pluralité des formes de règlement des conflits d'affaires existantes. L'étude de cette question, appliquée au domaine des sociétés transnationales, permettra de compléter cette approche en précisant une dimension entrevue à propos de l'arbitrage celle de l'échappée.

La caractéristique majeure des sociétés multi et transnationales est le dépassement tous azimuts qu'elles opèrent des structures étatiques. Leur puissance réside dans leur capacité à organiser un espace de souveraineté autre que celui des Etat-Nations. Qu'il s'agisse d'enjeux économiques, politiques ou idéologiques le système de référence à partir duquel ces enjeux sont traités n'est pas celui qui prévaut pour les entreprises traditionnelles. Les sociétés transnationales (°) ont ainsi développé un système de rationalité propre qui se traduit aussi par la formulation de règles propres. Cette dimension de la vie des affaires place au centre du débat la question de la dénationalisation. Phénomène dont on mesure aujourd'hui l'ampleur, tant au plan économique que politique et normatif. Les notions de "capitalisme concurrentiel" et d'"Etat-Nation" perdent leur pertinence dans un contexte d'internationalisation des échanges, des alliances et des conflits.

Au niveau juridique, le statut des S.T. ne fait qu'exacerber une vieille question, celle des rapports complexes entre droit et capital. Notre système juridique repose sur la fiction du sujet de droit, nouant des relations avec d'autres sujets de droit sur la base du contrat. Structurellement individualisant, ce système a toujours eu du mal à intégrer des entités collectives, des groupements d'intérêts, des rapports sociaux non individualisables. La notion d'entreprise n'est toujours pas aujourd'hui une notion juridique, de même celle de responsabilité des personnes morales est toujours en débat. Et cependant les pratiques économiques sont depuis deux décennies, déjà, très au-delà. Les sociétés commerciales se fondent dans les groupes et les grandes unités industrielles sont gouvernées par des stratégies de développement internationales. Faute de système normatif adéquat, ces organisations ont développé le leur, directement, s'érigeant alors en législateur et en juge.

./...

---

(°) S.T. = société transnationale

On le voit immédiatement, le risque d'un tel sujet est l'unanimité critique qu'il développe a priori contre lui. Les S.T. suscitent aisément un discours de crainte légaliste /délégalisation des règlements/ et de dénonciation morale /on parle des S.T. en termes d'hydre, de machines dévorantes (97)/. Dans ce sens elles constituent un bouc émissaire commode et réactualisent le mythe "des gros" allant des "Deux cent familles" aux grands monopoles capitalistes (98). BOURDIEU rappelle la part considérable de ressentiment et de fascination que contient une telle attitude. Une analyse des S.T. devrait répondre à une double exigence critique :

- d'une part, rejeter tout prêche au profit d'une objectivation des techniques et processus de pouvoir mis en oeuvre par les groupes dirigeants de ces entreprises et leur permettant une reproduction élargie de leur emprise.

- d'autre part mettre l'accent sur les contradictions existantes

  . entre les S.T. qui sont loin de constituer un ou des groupe(s) homogène(s) (99)

  . entre les S.T. et les Etats en distinguant bien aussi selon l'Etat dont on traite.

Les données manquent cependant pour nous permettre de mener à bien un tel projet. Nous nous contenterons donc ici de présenter sur la base de travaux existants un certain nombre d'hypothèses de travail. Après avoir rappelé à grands traits les principales caractéristiques des dépassements de l'espace économique et politique national opérés par les S.T., nous envisagerons les transformations juridiques qui accompagnent ce phénomène.

## 1) - Les dépassements de l'espace économique national

Nous présenterons tout d'abord des éléments de définition des S.T. puis nous traiterons des rapports économiques qu'elles développent entre elles, de la connivence au conflit.

### a)- Définitions progressives des S.T.

On pourrait classer les sociétés commerciales selon le degré d'autonomie qu'elles ont vis-à-vis du système normatif propre à chaque Etat :

- il y a celles qui subissent son emprise et son contrôle, les entreprises familiales (artisans, commerçants) et les P.M.E.

./...

- il y a celles qui négocient leur marge d'action : c'est le cas d'une part des grandes entreprises nationales, souvent structurées en groupe (par ex. : USINOR, BSN, Agache-Willot...) ; c'est aussi le cas pour les grandes entreprises publiques du secteur nationalisé (EDF, SNCF, Air France, Crédit Lyonnais...)

- il y a cellesqui échappent au contrôle étatique, partiellement ou totalement :

  . les entreprises nationales opérant à l'étranger

  . les entreprises multi-nationale, à structure solaire, ayant une forte attache dans un pays et un important réseau de filiales à l'extérieur

  . les entreprises transnationales, structurées en nébuleuse, pratiquant une division internationale des fonctions internes, sans attache nationale privilégiée, aux filiales fortement mêlées à d'autres groupes.

La persistance des controverses au sein de la Commission des sociétés transnationales de l'O.N.U. indique bien les difficultés que l'on rencontre dans la recherche de critères de définition des S.T. ( ). Celui de "puissance", à la fois économique et politique indiquant une capacité particulière de négociation avec les Etats et les institutions supra-nationales est, peut-être, un des moins mauvais, bien que délicat à opérationnaliser.

Faute de mieux, on se réfère alors souvent à différents critères économiques partiels.

- nombre de filiales : 136 sociétés françaises ont ainsi une moyenne de vingt filiales réparties dans une dizaine de pays, 200 groupes d'origine américaine disposent chacun de filiales réparties dans plus de vingt pays (101).

- poids financier : parmi les cent plus grandes unités économiques mondiales, il y a 49 Etats et 41 S.T. (102)

- nombre de salariés : c'est un critère essentiel dans le contexte actuel de division internationale du travail et en raison des politiques systématiques de délocalisation de la main-d'oeuvre pratiquées par les S.T. (103).

La difficulté principale réside dans l'opposition existant entre le fractionnement juridique apparent et l'unité économique réelle des S.T., mais aussi entre les activités particulières de chaque entreprise et leur insertion dans la stratégie d'ensemble du groupe.
Ch. LEBEN propose alors cette définition (104). Une S.T. est un groupe d'entreprises mettant en oeuvre une stratégie

./...

unifiée à travers une organisation financière, juridique et gestionnaire des éléments du groupe. Cette unité industrielle a pour trait dominant, la dénationalisation. Situation qui peut être caractérisée sur quatre plans : des implantations nationales diverses, une extension internationale des activités et de la structure du capital, une direction effectuée par un groupe multi-national, une gestion et une politique d'investissement menée selon des considérations de croissance à long terme au plan international. C'est ici un cas de figure idéal car il est rare en pratique que le capital soit réparti de façon significative entre plus de deux ou trois pays.

La puissance des S.T. réside dans l'espace économique spécifique qu'elles créent et développent. Tout d'abord en ce qu'elles constituent des unités majeures d'achat, de vente, d'investissement et d'emploi. Mais aussi parce qu'elles sont des unités technologiques privilégiées. Les S.T. sont en effet des lieux où s'accomplit de façon privilégiée le cycle de l'innovation : découverte, exploitation, exportation, assimilation, concurrence, nouvelle découverte. Enfin les S.T. exploitent systématiquement les situations d'écart technologique pour étendre leur champ géographique d'action.

L'internationalisation du capitalisme industriel et commercial peut alors être caractérisé par trois formes de changement :

- changement dans les acteurs économiques : le nombre d'acteurs diminue considérablement modifiant les données traditionnelles du capitalisme concurrentiel. La constitution d'oligopoles tend à vider de sens la notion de concurrence soit en la supprimant par la monopolisation de marchés, soit en la limitant par le jeu des ententes (sur les prix, sur le partage du marché mondial...)

- changement dans les espaces d'action : le vieux concept économique de marché, à l'action supposée régulatrice entre les prix, l'offre et la demande, se dissout dans les stratégies commerciales des S.T. Le marché n'est plus un espace de confrontation extérieur à l'entreprise et qui s'impose à elle. Il devient l'espace de développement et d'alliance des S.T. dans la mesure où, de plus en plus, ces sociétés tendent à ne traiter qu'entre elles, ou mieux encore à l'intérieur des structures diversifiées de leur propre groupe. Parallèlement à ce processus c'est la dimension classiquement nationale de ce marché qui s'estompe, du moins quand on envisage les finalités globales des S.T. L'ensemble des Etats est, en fait, envisagé comme un seul marché : marché financier ici, commercial là et là, de main d'oeuvre et de matière première ailleurs.

./...

- changements dans les finalités poursuivies : les changements essentiels portent ici sur les formes du profit. Celui-ci tend à être envisagé au niveau des seuls résultats mondiaux de la firme et moins à celui de telle ou telle filiale nationale. D'autre part le profit entendu au sens strict, importe moins que la stratégie générale de développement qui se déploit dans un double mouvement de concentration et d'internationalisation. La rentabilité d'une entreprise locale peut être un critère secondaire d'appréciation de son devenir. Enfin la puissance des T.N. est telle qu'elle entre régulièrement en conflit avec les objectifs d'une politique de développement nationale indépendante. Cette question alimente de façon permanente tous les débats sur le droit au développement (105).

b) - Les sociétés transnationales, nouveau lieu de conflits

Un manichéisme moraliste très répandu, tend à présenter les S.T. comme un ensemble unifié poursuivant des finalités sinon similaires du moins compatibles. Il n'en est rien et certains travaux ont amorcé l'analyse des contradictions traversant ce secteur. On peut en avoir une première approche en distinguant tout d'abord plusieurs types de S.T. (106). Il y a :

- des S.T. par nature, celles qui détiennent le monopole d'utilisation de matières premières rares (pétrole, minerai, bois, produit alimentaire). Leur puissance repose sur l'exploitation d'un avantage technique dans l'extraction et la commercialisation (exemple type "United Fruit").

- des S.T. par vocation : ce sont celles qui exploitent un avantage purement technologique, essentiellement dans les secteurs de pointe (I.B.M., Philips). Ce sont aussi celles qui exploitent le monopole du marché d'un produit par exemple alimentaire ou pharmaceutique (Nestlé, Unilever, Sandoz).

- des S.T. par spécialisation: ce sont celles qui ont une vocation essentiellement commerciale, exploitant la distribution d'un produit très spécialisé en s'attaquant aux marchés ouverts par les autres.

- des S.T. par développement financier : ce sont celles dont la transnationalité résulte davantage de la logique de développement d'un groupe que de l'exploitation d'un créneau industriel ou commercial particulier (par exemple : I.T.T.).

./...

Une telle répartition permet de mettre en évidence différents types de conflits d'intérêts spécifiques aux S.T., conflits qui peuvent soit les opposer aux Etats concernés, soit les opposer entre elles. Nous en donnerons quelques exemples :

- Un premier type de conflit oppose les S.T. aux Etats dans lesquels elles sont implantées par la mise en question des avantages acquis, essentiellement à l'occasion de changements politiques. Un nouveau gouvernement ou un nouveau régime s'oppose au développement des activités d'une S.T. sur son territoire, nationalise ses biens ou exige son départ. Les "S.T. par nature" sont ici particulièrmeent concernées. On se souvient des conflits entre le gouvernement Allende et les S.T. d'origine américaine. Un tel type de conflit est un risque constant dans beaucoup de pays du Tiers-Monde, d'où une double stratégie des S.T. vis-à-vis de ces pays. Une stratégie économique d'amortissement rapide des investissements tout d'abord, contradictoire avec un développement à long terme du pays (épuisement des ressources naturelles, dommages écologiques, non diversification des productions...). D'autre part, stratégie politique d'implication dans le système de pouvoir local afin de garantir le présent et éventuellement ménager l'avenir. Les pratiques de pollution, d'abus de position dominante /pour éliminer les concurrents/ et de corruption trouvent ici un terrain d'élection privilégié.

- un deuxième type de conflit peut opposer les S.T. entre elles, dans un ou plusieurs pays, à l'occasion de politique de commercialisation (achat de marché) ou financière (prise de contrôle d'entreprises concurrentes). Ce sont surtout les S.T. "par spécialisation" et "financière" qui se trouvent aux prises avec de tels conflits. On se souvient des affaires Lookeed en Italie et au Japon pour l'achat de marché par corruption. En Europe, les restructurations récentes de l'industrie du verre offrent un bel exemple de conflits/ententes illicites pour le contrôle du marché. Une enquête est en cours auprès de la C.E.E.

- un troisième type de conflit peut se dérouler au sein même des S.T. Il s'agira alors surtout de tensions entre les pôles de décisions centraux et les unités périphériques. Chaque S.T. peut être vue comme un champ de force où la multiplicité des formes de relations entre unités multiplie les risques de litige. La question des techniques de contrôle interne et l'imposition de la politique économique globale aux filiales sont souvent à l'origine de ces affrontements. Ces conflits concernent surtout le droit des sociétés et le droit social.

./...

Selon quelle base légale, quel système de règles seront formulés et traités ces conflits ? Quel droit leur est applicable ? La déterritorialisation des sociétés transnationales ne se manifeste pas seulement au niveau économique, elle existe également au plan politique.

## 2) - Les dépassements de l'espace politique national

Chaque S.T. tend à produire son propre espace de souveraineté politique. Ce qui se traduit par au moins trois contradictions :

- contradiction entre la puissance économiques transfrontière des S.T. et la souveraineté étatique sous le contrôle de laquelle s'exerce l'activité de chaque filiale ;

- contradiction entre l'internationalisation et la mobilité de cette forme de capital et les limites de l'Etat-nation quant à son pouvoir normatif, et à la fixité de ses ressources en matière première et en main d'oeuvre ;

- contradiction enfin entre l'existence de secteurs entiers d'une économie nationale aux mains de firmes contrôlées de l'étranger et la pratique d'une économie de développement national.

Au plan politique, les S.T. ont mis radicalement en question la hiérarchie classique des espaces de pouvoir qui s'articulait ainsi : espace de l'entreprise $<$ espace du groupe $<$ espace national $<$ espace international. La dénationalisation opérée par les S.T. produit une véritable disparition des espaces de référence classiques et de leur hiérarchisation. Une S.T. se structure et planifie ses actions sur la base d'une unité de référence mondiale. C'est à tort que l'on emploie les expressions de "sortie" d'un pays ou de rapatriement (en matière fiscale par exemple). Chaque S.T. développe sur une base mondiale ses conditions de financement, de production et de distribution. Cette autonomie que lui donne l'imposition d'un espace de souveraineté propre, occasionne diverses formes de relations conflictuelles avec le droit national.

a) - Résistance aux politiques et au droit national

- Un patriotisme à éclipses :

Cette question relève de l'éthique politique et on ne voit pas bien au nom de quel principe une firme serait tenue de se conformer à la politique de tel ou tel pays. Toutefois, ce qui nous intéresse ici c'est de relever la capacité de certaines S.T. à résister aux orientations politiques du pays où elles sont localisées à titre principal. Les exemples abondent :

- Aux Etats-Unis durant la période 39-45, le gouvernement américain et le Congrès tentèrent de s'opposer aux pratiques de certains groupes industriels. Ainsi le département d'Etat ne put s'opposer en 1939 à la conclusion d'accords de cartels entre firmes pétrolières et chimiques américaines et allemandes. De même, on ne put contraindre I.T.T. à vendre les 28 % de la société Focke-Wulf qui construisait les bombardiers allemands (107).

De même pendant la guerre froide, les exportateurs de céréales et de "marchandises stratégiques" mirent sur pied un circuit de contournement du blocus commercial de l'U.R.S.S. et de la Chine. En 1973, une filiale de Exxon refusa, aux Philippines, de vendre du fuel à l'U.S. Army pour sanctionner cette dernière du non-respect du boycott des produits arabes et se démarquer en Asie du Sud-Est de l'image négative attachée alors à l'Amérique en raison de la guerre du Vietnam.

La constitution d'un organisme transnational comme le "Conseil des amériques" est symptomatique du désir des S.T. de se constituer en tant que force politique autonome. Il s'agit d'un organisme regroupant les sociétés d'origine ou à rattachement américain et représentant 90 % des investissements effectués en Amérique du Sud. Son ambition est d'être un représentant qualifié des investisseurs nord-américains auprès des gouvernements concernés. Il s'agissait plus exactement pour le "Conseil des amériques" de se positionner en tant qu'interlocuteur indépendant de Washington et se démarquant des fluctuations de la politique américaine sur ce continent.

- En Europe : lors de la crise du pétrole en 1973, plusieurs gouvernements, dont la France, ont accusé les filiales des groupes américains et anglo-néerlandais de jouer leur propre jeu spéculatif contre l'intérêt des pays où elles opèrent. La crise du secteur automobile et la division internationale du travail en ce domaine ont atteints de plein fouet les entreprises travaillant massivement pour l'exportation. Le désengagement soudain de grands constructeurs américains, tel FORD en Belgique,

./...

provoqua d'importants problèmes sociaux. On peut aussi citer le licenciement en juillet du tiers des effectifs de l'entreprise Burroughs-France à Pantin malgré les résultats financiers positifs de cette entreprise. Comme dans le cas précédent il s'agissait de répercussions au plan local d'une restructuration internationale. L'inspection du travail indiqua dans son rapport que ce type de problème "indique les limites de son pouvoir" (108).

b) - Actions pour modifier le droit interne

Les S.T. constituent des groupes de pression puissants. Ce pouvoir d'influence peut les conduire à faire adopter dans les pays d'implantation des législations favorables à leurs activités. Ainsi en 1971, à la suite d'une série de grèves Ford estima qu'une paix sociale suffisante n'était pas assurée en Grande Bretagne et décida de déplacer ses investissements. Une proposition fut faite à l'Espagne de l'implantation d'une usine de 12 000 emplois. La législation espagnole imposait alors que 90 % du produit final de l'entreprise ait été fabriqué dans le pays. La part de pièces importées ne pouvait dépasser 10 %. Citroën, Renault et Fiat s'étaient soumis à ces conditions. Ford obtint un changement législatif autorisant l'importation de 50 % des pièces. Celles exigeant un haut niveau de technicité continuèrent à être produite en Grande Bretagne et aux U.S.A. Ford imposa la même modification de normes au Brésil en 1972. Le gouvernement chilien de Pinochet alla en 1976 jusqu'à se retirer du pacte Andin (109) pour faire échapper les investissements des S.T. aux règles protectrives de ce pacte, en matière de développement.

Les pays africains et une partie de l'Asie du Sud-Est connaissent de la même façon des ingérences équivalentes dans leur législation.

c) - Pratiques de corruption

Moins dommageables pour les Etats, mais plus visibles, ces pratiques ont amplement contribué à attirer l'attention mondiale sur les illégalismes et infractions dont les S.T. pouvaient être les auteurs. La recherche de nouveaux marchés ou le maintien d'un climat favorable à leur conclusion, la protection d'investissement nationaux, l'accumulation ou l'évitement de mesures défavorables, la préservation d'une situation ayant occasionné parfois des pratiques de corruption. Le Tiers Monde mais aussi les pays industriels en ont été les terrains. Bien que Loockeed Aircraft ne soit pas une S.T. il s'agit d'une entreprise américaine à grande activité d'exportation. En Allemagne, en Italie et au Japon des affaires de versement de plusieurs millions de dollars à des hommes politiques furent

./...

révélées (110). Entre 1970 et 1974, Standart Oil fut condamnée pour avoir versé 617 000 dollars à des partis politiques italiens et 37 000 dollars à des partis canadiens (111). Enfin le dossier relevant des pratiques identiques de I.T.T. au Chili est aujourd'hui mieux connu (112).

d) - Fraudes fiscales et douanières

Ici ce sont moins les institutions politiques que les intérêts fiscaux des Etats, entendus globalement qui se trouvent en fait atteints. Le secret des pratiques administratives en ces matières, l'usage abondant des transactions et le caractère souvent complexe des techniques de fraude utilisées font de ce secteur un domaine très peu connu. Cependant quelques travaux ont dressé un bilan des affaires connues (113). On peut ici distinguer trois domaines :

- relations financières avec l'étranger (augmentation fictive de prix pour l'achat de matières ou brevets à l'étranger) (114)

- affaires douanières (absence ou fausse déclaration de valeur, fraude aux subventions sur les exportations) (115)

- fraude et surtout évasion fiscale (rémunération de services fictifs et surtout report systématique des bénéfices dans les pays à fiscalité favorable) (116).

Dans ces domaines, on retrouve toujours des techniques délictueuses comparables : fausse facturation et contrats fictifs marquant des transferts de capitaux, déclaration frauduleuse sur les biens échangés, utilisation de sociétés fictives, en tout ou partie, pour simuler des circuits commerciaux. Ces techniques utilisables par toutes les formes de société sont d'un accès particulièrement aisé pour des entreprises dont la complexité et la mobilité des structures juridiques internes permettent à tout moment de choisir la forme de relation la plus favorable entre éléments du groupe. L'organisation des S.T. et leur mode de gestion déterritorialisé créent un contexte de mise en relativité radicale des règles étatiques qui ôte, ici souvent, toute signification à la notion d'infraction. Tout au plus y a-t-il illégalisme, c'est-à-dire une situation sociale résistant à l'application des catégories juridiques étatiques. Le même problème est posé par le domaine suivant.

e) - Atteintes à la concurrence

En matière de règlementation de la concurrence l'ordre public économique interne et les intérêts des entreprises nationales se trouvent débordés par les pratiques des S.T. On a d'ailleurs affaire en

cette matière à une situation paradoxale. En effet l'économie internationale tend à se centraliser par le jeu de la concentration croissante des groupes. Les contrats, les accords et les ententes entre partenaires mondiaux pour l'organisation des marchés constituent les règles du jeu fondamentales (cf. par ex. les ententes entre St Gobain, Pilkinson et BSN pour "la production du verre européen", l'emploi du singulier n'est pas ici fortuit). Par contre la prohibition des atteintes à la concurrence demeure beaucoup plus sévère sur le territoire national. Les vides législatifs internationaux renforcés par ceux du Tiers-Monde et ceux des pays socialistes favorisent en fin de compte un déplacement des activités des entreprises de territoires nationaux règlementés vers des espaces internationaux plus libres. De plus les législations tant nationales qu'Européennes ont par exemple les plus grandes difficultés à qualifier et saisir les pratiques d'ententes à l'intérieur, entre filiales d'un même groupe (117).

Le seul domaine dans lequel les Etats parviennent à intervenir parfois, est celui des abus de position dominante qui se manifestent par des pratiques de prix illicites, des refus de vente ou des pratiques discriminatoires. La C.E.E. a ici joué un rôle important de révélateur (118) : condamnation en 74 de la S.T. Commercial Solvents Corporation pour refus de vente (119), en 74 de General Motors en 76 de Hoffman la Roche et 78 de United Brands pour pratiques discriminatoires (120). Mais dans de tels cas l'intervention répressive fut possible dans la mesure où il existait des victimes (entreprises ou consommateurs) susceptibles de mettre directement en cause les activités d'une S.T. pour atteinte à un intérêt précis et localisé.

Tout comme une S.T. se crée son propre espace d'action économique, elle développe son propre espace de souveraineté politique, inversant les rapports traditionnels entre entreprise et Etat. La stratégie d'exploitation globale de la S.T. passe avant les intérêts représentés par l'Etat avec lequel elle contracte. Ce dernier tend à n'être plus qu'un partenaire économique comme un autre, pourvoyeur de marchés, de main d'oeuvre et d'opportunités de développement. Ses finalités propres de politique intérieur ou extérieure importent moins que son degré de participation à la stratégie d'ensemble de la S.T. C'est donc une rationalité instrumentale qui domine ici. La recherche d'une efficacité constante conduit la S.T. à renforcer en permanence la ductilité de son espace d'action, c'est-à-dire son adaptabilité et sa capacité à prendre en compte et transmettre avec le minimum d'interférences les besoins et objectifs de la firme (121). L'Etat-nation, ses aspirations particularistes et règlementaires sont en conflit avec cette rationalité

./...

pragmatique. Ils la heurtent souvent sans vraiment l'ébranler. La relative autonomie juridique des S.T. illustre bien cet état de fait.

### 3)- Les dépassements de l'espace juridique national

Il est toujours difficile d'échapper à une approche morale et beaucoup de travaux sur les S.T. après avoir dressé l'inventaire de leurs prérogatives concluent à l'importance des résistances à l'application du droit interne, aux lacunes du droit international et à la paralysie réciproque des compétences étatiques. Il semble nécessaire de dépasser aujourd'hui ces approches et de s'intéresser aux manifestations juridiques de ce pouvoir, aux formes de cette domination. Nous ne ferons qu'aborder cette question en choisissant deux lieux d'observation des transformations de l'ordre juridique induit par le développement des S.T. Nous verrons tout d'abord comment elles échappent en partie au système juridique dominant, puis comment elles sont devenues source de règles.

#### a) - Dépassement des catégories juridiques

Tout rapport économique passe par une structuration juridique des sociétés commerciales et des rapports qu'elles entretiennent entre elles. Chaque système juridique prévoit par exemple des règles relativement précises de définition de la nationalité des sociétés et de responsabilité de leurs dirigeants. Hors s'agissant de S.T. ces règles se trouvent mises en relativité. Ch. LEBEN définit ainsi une S.T. comme "un groupe d'entreprises privées reliées par des liens juridiques de nature différente, obéissant à une stratégie commune et réparties dans des territoires soumis à des souverainetés différentes". L'imprécision juridique est voulue par l'auteur pour embrasser des structures dissemblables quant à la forme et à l'intensité des liens. L'analyse des S.T. conduit à poser des questions du type : dans quelle mesure telle filiale d'I.T.T. en France ou de Rhone-Poulenc au Brésil peut-elle être traitée comme une société nationale ? Comment et jusqu'où peut-on tenir compte de son autonomie, où se trouve l'origine des décisions qu'elle applique ?

##### 1 - Question de nationalité

Cette question est rarement posée au niveau de l'ensemble de la S.T. en tant que telle, entité unique personnifiant l'ensemble du groupe. Seules quelques tentatives jurisprudencielles sont allées dans ce sens en matière de concurrence (122). Le droit ne connait en fait que chaque composante du groupe et le simplisme de ce découpage, contraire à la logique économique dominant les activités, multiplie les difficultés.

./...

Avant 1945 la jurisprudence déterminait la nationalité des filiales selon un double critère d'origine des capitaux et de nationalité des administrateurs. Puis une évolution tendit à privilégier le lieu du siège social de l'établissement principal. La question est fondamentale en matière fiscale où les S.T. tendent toujours à faire correspondre unité d'imposition fiscale et unité économique du groupe afin d'assurer une évasion maximum vers des "paradis fiscaux" ou dans un lieu de moindre imposition. Comme en droit de la concurrence, on tend alors à dépasser l'apparence de l'autonomie juridique pour cerner la réalité de la dépendance. On réutilise ainsi les critères d'avant 1945 (nationalité du capital, des membres du C.A., des dirigeants). La question demeure cependant très débattue au cas par cas.

2 - Question de contrôle/autonomie de la personne morale

On soulève ici l'énorme question de la structure juridique du capital. La société commerciale en est le lieu de rentabilité et de reproduction élargie. Toutefois aux structurations simples, généralisées ou crées au XIX° siècle (123) se substituent depuis plus d'un demi-siècle des structures complexes (124). Les catégories classiques à partir desquelles s'est forgé le droit des sociétés, celle de responsabilité du dirigeant et de protection des actionnaires ont été amplement dépassées dans un contexte de capitalisme transnational. La responsabilité personnelle du dirigeant importe moins que la subordination économique et technologique de la filiale qu'il dirige. De même l'intérêt des actionnaires se perd dans la logique prédominante du capital en mouvement. C'est pourquoi aujourd'hui l'essentiel des réflexions juridiques en la matière porte sur l'analyse des formes de contrôle à l'intérieur des S.T. Les spécialistes en distinguent deux formes, institutionnelles et relationnelles :

- les techniques institutionnelles de contrôle reposent sur des modalités diverses de prise de participation. Celle-ci peut se faire par un mouvement du capital ou sans, par réinvestissement sur place des profits d'une filiale, absorbtion d'une entreprise locale ou mobilisation directe du capital local. Chaque pays s'est forgé une définition plus ou moins précise du contrôle, laissant aux groupes une marge de manoeuvre importante dans leur politique d'investissement. Les formes de contrôle institutionnel réel sont souvent bien plus complexes que celles envisagées par les modèles théoriques (société à structure arborescente ou solaire). Il y a souvent absence d'identité entre la société qui exerce effectivement le contrôle et celle qui détient les parts ou actions. L'interposition de sociétés écrans (holding, sociétés relais), à des fins

./...

généralement fiscales, rend souvent difficile la distinction entre siège réel et fictif. D'autre part il est parfois impossible de distinguer les liens internes au groupe de ceux qui lui sont extérieurs. C'est le cas lorsque existent des filiales communes crées par des sociétés indépendantes en vue d'une action spécifique conjointe.

- les techniques relationnelles de contrôle : ce sont celles qui ont sans doute en pratique les plus grandes répercussions. En effet les premières ont une fixité relative liée aux structures juridiques formelles des sociétés commerciales assemblées en groupe. Par contre les secondes s'inscrivent totalement dans le jeu des rapports contractuels multiples intra et inter-groupe. Elles en ont la mobilité et la discrétion tout en portant sur des domaines majeurs.
Elles prennent la forme d'accords de transfert technologique (accord de licence, accord d'assistance technique) ou d'accords d'intégration (mécanisme contractuel de centralisation des décisions). La détermination de la quantité et de la valeur des prestations réciproques devient ici très délicate.

On le voit, les S.T. ne se situent nullement dans un "non-droit" ou un espace de liberté total. La spécificité de leur pouvoir est plutôt de mettre en relativité les règles applicables. Soit on ne trouve pas de règles applicables (elles sont partielles ou contradictoires)soit on ne sait à qui les appliquer (le dirigeant se perd dans les centres de décision ou de profit).

Certes les Etats ne demeurent pas passifs et chacun élabore au coup par coup des transformations législatives. Ainsi par exemple les textes français de 1966 et 67 permettant de s'opposer aux investissements étrangers indésirables. Certains Etats du Tiers-Monde ont même élaboré de véritables codes d'investissements pour maîtriser en partie les investissements étrangers. De même la société internationale s'efforce de promouvoir un droit international public conciliant le principe de souveraineté nationale et celui de développement économique dans les investissements des S.T. (125). Mais une autre cause de transformation du système juridique, provient du fait que les S.T. ont pris l'initiative de devenir des producteurs de normes.

b) - Codes de conduite et auto-contrôle

Aucune organisation ne peut fonctionner sans système de régularité et de légitimité. Les approches dramatisantes des actions des S.T. les présentant comme des puissances cyniques passent sans doute à côté de l'essentiel de leurs mécanismes de pouvoir. En réponse aux réactions des Etats, les S.T. ont le plus souvent pris l'initiative de susciter des règlementations. Elles ont ainsi préféré prendre les devants plutôt que de se voir

./...

imposer de l'extérieur des normes qu'elles n'auraient pas contrôlé. D'où la multiplication ces dernières années de "Code de conduite", ensemble de règles élaborées conjointement par les S.T. et les Etats ou les organismes supra-nationaux.

Ces codes sont des ensembles de recommandations basés sur la persuasion morale qu'ils sont censés exercer. Leur ambiguité majeure réside dans le flou absolu qui règne quant à savoir quelle est leur force obligatoire et quelle sera l'autorité chargée d'en surveiller l'application. C'est l'exemple type d'un système de contrôle interne tel que nous cherchons à l'analyser. L'existence de tels codes de conduites élaborés par les sociétés peut être vu comme une audacieuse opération de relation publique créant de simples effets de façade. Mais on peut y voir aussi la formulation d'éléments nouveaux de coutume commerciale. Et ceci d'autant plus que des organismes internationaux sont intervenus pour institutionnaliser cette coutume.

## 1 - Des relations publiques à la coutume commerciale

Le mouvement des codes de conduite date du milieu des années soixante-dix. Il est incontestablement lié à la mise en visibilité des pratiques illicites des S.T. en matière de corruption, d'ingérence politique et de pratiques commerciales abusives (ententes, commercialisation de produits périmés dans le Tiers-Monde...). La crise idéologique générale des pays industriels et la mise en cause générale des politiques systématiques de croissance à tout prix n'ont pu que renforcer le phénomène.

A son point de départ ce mouvement est une opération de relation publique de grande envergure destiné à restaurer l'image de marque des S.T. dans le public et auprès des gouvernants. L'auto-critique, les promesses de bonne tenue et la proclamation de quelques principes valaient confession, pénitence et absolution. A la seule différence près que celui qui se présentait comme pêcheur se voulait aussitôt prêtre. Mais le mouvement étant au départ exclusivement américain, l'éthique protestante autorisait un tel cumul de fonction. Les codes de conduite, produits par les sociétés, sont au premier chef un superbe acte de résipiscence, d'abandon du mal et d'entrée dans le bien (126).

Leur visée n'était cependant pas exclusivement idéologique. Elle tendait aussi à une régularisation des pratiques commerciales internationales et à un renforcement de l'économie de marché. Pour celà, au-delà du rétablissement de rapports de confiance avec la clientèle (Etats et consommateurs confondus), il était nécessaire de formaliser de nouvelles règles du jeu entre partenaires.

./...

On doit alors considérer que les Codes de conduite s'adressent autant à la communauté des affaires qu'aux clients de celle-ci. Ceci s'est manifesté de deux façons :

- d'une part, par la condamnation symbolique de quelques boucs émissaires tels I.T.T. ou United Fruit pour leurs actions en Amérique Latine ou Nestlé en Afrique (127). Ayant violé les règles de bienséance en affaires, la violence de leurs pratiques rappelait trop celle qui est à la base de toute accumulation de capital et à laquelle les entreprises respectables préfèrent toujours des "techniques d'influence hautement euphémisées" (128). Le développement international du marché des produits électriques exigeait donc que Philips, I.B.M. et Anaconda condamnent la brutalité primaire d'I.T.T.

- d'autre part, la formulation de Codes de conduite a certainement plus de valeur pour sa dimension symbolique que pour son contenu. C'est d'abord un acte proclamatoire, l'énoncé de la nécessité du respect de règles du jeu, une façon de dire que tout n'est pas permis. Cette tâche incombe depuis trois ou quatre siècles aux Etats. Quand ceux-ci n'assument plus cette tâche ou le font imparfaitement, l'ancienne "communauté des commerçants" retrouve ses prérogatives et définit pour elle-même les limites de l'autorisé et du prohibé.

On comprend mieux alors le phénomène analysé par D.R. CRESSEY et Ch. A. MOORE (129). En 1975 fut créée au U.S.A. "The business conduct guideliness committee" regroupant 200 représentants des plus grandes entreprises américaines. Sa mission était de recueillir et diffuser tous les documents relatifs aux codes de conduite. Un organisme privé de recherche "The Conference board" fut chargé de conserver tous les documents réunis. En 1979, la collection comprenait 249 documents, elle fut analysée par D.R. CRESSEY et son équipe. Le ton de ses conclusions atteste une réelle déception :

- 41 % des documents -102- ne sont pas pertinents et ne constituent pas des Codes de conduite. Il s'agit de lettres, brochures de présentation de l'entreprise, extraits de rapports d'activité, discours de dirigeants...

- 59 % des documents -119- ont pu être exploités. Ils émanent toujours des "major companies" de chaque groupe, quatre des dix plus grandes banques y figurent. S'il ne s'agit pas d'une population exhaustive, elle n'en est pas moins représentative. CRESSEY s'efforce de caractériser les politiques proclamées mais se montre déçu par le peu de précisions des orientations définies par les Codes. Il s'agit essentiellement de normes morales relatives à trois domaines : les relations avec le gouvernement des Etats-Unis, avec les employés, les fournisseurs et les consommateurs, et les conflits d'intérêt. Le fondement des principes énoncés est essentiellement à base professionnelle et religieuse. Les principes juridiques n'y interviennent que très secondairement.

Par contre, les deux tiers des Codes justifient leur fonction par la nécessité de préserver la bonne réputation de la firme. 114 Codes sur 119 énoncent les finalités de leis documents en mentionnent plusieurs d'où un total de % supérieur à 100.

| | N | % |
|---|---|---|
| 1 - Objectifs internes à la firme | | |
| . préservation de l'image de marque | 73 | 64 |
| . respect de l'autorité interne | 56 | 49,1 |
| . prise en compte des expériences passées | 31 | 27,2 |
| . réduction des erreurs dans les prises de décision | 17 | 44,9 |
| 2 - Objectifs externes à la firme | | |
| . philosophie de la libre entreprise | 20 | 17,5 |
| . intérêts à long terme de la libre entreprise | 17 | 14,9 |
| 3 - Pas d'objectifs formulés | 5 | 4,2 |

Tableau n° 1 : Objectifs présentés par les Codes de conduites des sociétés américaines (source : D. CRESSEY and al.)

Ces Codes accordent également une place importante aux modalités de sanction du non-respect des clauses, c'est le cas pour 90 codes (75,6 %). Cependant là encore les formulations se révèlent très vagues. Elles évoquent beaucoup plus les autorités chargées de la surveillance qu'elles ne précisent des procédures et des sanctions. Ce sont essentiellement des autorités internes à la firme qui sont mises en évidence, ainsi que le renvoi à l'intégrité personnelle des salariés.

./...

| | N | % |
|---|---|---|
| 1 - Système de contrôle interne | | |
| . surveillance hiérarchique | 48 | 53,3 |
| . audit interne | 32 | 35,6 |
| . engagement sous serment (°) | 21 | 23,3 |
| . contrôle des services financiers | 13 | 14,4 |
| . contrôle des services juridiques | 12 | 13,3 |
| . autres contrôles internes | 5 | 5,5 |
| 2 - Système de contrôle personnel | | |
| . dénonciation des irrégularités constatées | 47 | 52,2 |
| . engagement de respect du Code (°°) | 35 | 38,9 |
| . intégrité personnelle | 30 | 33,3 |
| . soumission au modèle de rôle tenu par les dirigeants | 4 | 4,4 |
| 3 - Système de contrôle externe | | |
| . expertise indépendante | 18 | 20 |
| . action des agences de contrôle publiques | 5 | 5,6 |
| . signalement des infractions par des tiers | 1 | 1,1 |

Tableau n° 2 : Instances chargées du respect des Codes de conduite
(source : D. CRESSEY and al.)

L'orientation de ces modèles de contrôle est en principe à visée dissuasive. Ils mettent en avant plus les risques de découverte des irrégularités effectuées et les conséquences négatives qui peuvent en découler, qu'ils ne définissent positivement une morale des affaires. Ils sont en celà conformes au modèle pénal libéral qui est plus rétributif que prescriptif. A cette différence près que l'organe chargé de la rétribution n'est plus ici l'Etat mais une instance privée (l'entreprise ou la conscience individuelle) et que la forme réelle de la sanction encourue reste le plus souvent dans le vague. Quelques codes mentionnement seulement le risque de blâme, révocation ou poursuites judiciaires. Il y a donc bien là amorce d'une règlementation interne et d'une justice privée qui rejoignent le mode de définition et de mise en oeuvre des normes réglant le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise. Il s'agit d'un système d'auto-contrôle dominé par des considérations d'opportunité.

./...

---

(°) et (°°) En anglais "affidavits". Certaines compagnies, ici 21 d'entre elles, ont pour pratique de faire prendre connaissance par leur personnel, surtout les cadres, du texte du Code de conduite maison. L'engagement de respect du Code peut être plus ou moins formel, simple promesse (°°) ou signature d'un document avec les mentions "read and understand" (°). Dans ce dernier cas ce document peut valoir décharge pour les dirigeants.

Indépendemment de l'intérêt de son travail, les critiques que CRESSEY adresse aux Codes de conduite nous semblent mal dirigées. Il leur reproche en effet un manque de rigueur, tant dans la définition des principes et des règles que dans la sanction de leur violation. C'est faire preuve d'un bien grand idéalisme que de s'attendre à voir des groupements privés afficher explicitement leur non-soumission aux règles étatiques de droit commun. Les Codes de conduite acquièrent par contre une positivité toute différente si on les considère non comme un système impératif dont on mesurerait les effets que comme participant à l'élaboration et au renouvellement de la coutume commerciale. Nous avons montré précédemment l'importance de cette source particulière de droit en traitant de l'arbitrage commercial.

Les Codes de conduites ne peuvent pas être vus comme de simples opérations de relation publique masquant purement et simplement des pratiques arbitraires A l'inverse on ne peut attendre d'eux qu'ils se substituent directement à la législation étatique. Ils s'insèrent par contre très bien dans les processus de reformulation-adaptation de la coutume commerciale. Dans ce sens ils ont un rôle normatif certain qui n'a d'ailleurs pas échappé à certains dirigeants comme celui de Nestlé : "Les Codes sont une nouvelle forme de protectionnisme dangeureux qui se manifeste par des entraves de toute nature restreignant chaque jour davantage le développement et, en même temps, l'activité existante des sociétés multinationales" (130).

### 2 - L'officialisation des Codes comme coutume

Les travaux de Max WEBER sur la production des règles coutumières ont montré tout d'abord que l'absence de référence à une instance étatique ne signifie nullement exclusion de l'intervention de toute autorité. D'autre part il analyse le caractère décisif du changement qualitatif opéré par l'intervention de spécialistes dans la formulation du droit coutumier. C'est alors que se fait la sélection des règles qui vont survivre (131). Les Codes de conduite, d'origine strictement privée au départ, n'ont pas tardé à être repris par des instances normatives professionnelles puis étatiques. Ils ont connu ainsi une certaine officialisation.

Il est bien logique que ce soit la Chambre internationale de commerce qui ait élaboré dès 1968 le premier "Code international de pratiques loyales en matière de promotion des ventes". Sa rédaction a donné lieu à d'importantes négociations où, en échange du respect de normes nouvelles en matière de publicité et diffusion, les S.T. obtinrent des Etats, des garanties en matière d'exportation, de transfert de technologie et de rapatriement de devises.

./...

D'autre part aux Etats-Unis la S.E.C. (132) participa activement en 1977 à l'élaboration par les instances professionnelles du "Foreign corrupt practices act". La S.E.C., organisme public autonome, est aux Etats-Unis un des principaux agents de définition et de gestion du droit des sociétés commerciales. Elle tient un rôle règlementaire et élabore en relation étroite avec les milieux d'affaires les normes qu'elle promeut. Elle participe donc activement à l'officialisation des règles coutumières (133). Pour la S.E.C. il y a corrélation directe entre activités illégales des entreprises et falsification de leur comptabilité. Le "Foreign corrupt practices act" expose un certain nombre de principes concernant la prohibition des pratiques de corruption et l'intégrité du système comptable. Il s'adresse directement aux dirigeants et leur attribue la responsabilité des opérations délictueuses en ces matières. Ce document, comme le précédent, reprend à un niveau supérieur des dispositions contenues dans les codes des sociétés. En les reformulant, il leur donne une plus grande autorité, c'est-à-dire à la fois légitimité et force générale. Il introduit aussi un changement de registre dans la possibilité de sanction. En effet la S.E.C. dispose de moyens de régularisation et de sanction contraignants dont elle use régulièrement (134). Faire passer une politique anti-corruption par la surveillance comptable, c'est sans doute faire preuve de pragmatisme, mais d'un pragmatisme plus dissuasif que l'évocation d'un article du Code pénal. C'est aussi se donner les moyens de sanctionner une règle professionnelle et de l'imposer comme règle générale de référence.

Les organismes professionnels ou semi-professionnels n'ont pas été les seuls à renforcer le mouvement des codes de conduite. Ainsi en juin 1976 l'O.C.D.E. promulgua un code intitulé "Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales". Il fixe des principes dans les principaux secteurs de la vie des S.T. (informations, concurrence, emploi, fiscalité, investissements financiers et techniques). Il prohibe une série de comportements comme les paiements illicites, la discrimination commerciale et, en matière d'emploi, les ententes, le refus d'information. Ce n'est bien évidemment qu'un texte d'orientation : "Le respect des principes directeurs est volontaire et ne constitue pas une obligation susceptible d'être sanctionnée juridiquement" (135). De plus il ne concerne que les sociétés originaires des pays membres.

De son côté le B.I.T. élabora à la même époque un code concernant la politique sociale des S.T. et intitulé : "Déclaration de principes tripartite de l'O.I.T.". La Conférence des Nations-Unies pour le commerce et le développement produisit un code sur les transferts de technologie. La C.E.E. mit au point un ensemble de sept

./...

directives ayant pour but d'harmoniser les comptes des groupes de sociétés et d'assurer une meilleure transparence des méthodes. Enfin le 27 avril 1979, l'O.N.U. promulga son "code des Nations-Unies sur les pratiques commerciales restrictives". Il repose sur trois principes essentiels : le respect des législations locales, l'adhésion aux objectifs économiques et sociaux des pays hôtes, le refus des pratiques de corruption. Comme le Code de l'O.C.D.E. il énonce des principes relatifs à tous les domaines d'action des S.T. Il prévoit cependant peu de contraintes, excepté en certains domaines, par le biais d'organismes comme l'O.I.T. (politique sociale) ou par le renvoi aux législations nationales (informations données par les sociétés). Les S.T. semblent envisager sans enthousiasme que les Nations Unies deviennent l'autorité internationale en matière de règlementation des sociétés, en raison du poids des pays du Tiers-Monde dans cet organisme (136).

On le voit à travers l'officialisation progressive des Codes de conduites, la coutume commerciale en matière de sociétés transnationales s'est considérablement structurée. Ce système normatif a été amplement produit, directement ou par négociation avec les pouvoirs publics, par les responsables des sociétés concernées. Ces dernières ont préféré prendre l'initiative de ce processus plutôt que de courir le risque de se voir imposer de l'extérieur et soudainement, des règles sur lesquelles elles auraient en une maîtrise moindre. Cette promotion d'un autocontrôle a permis aux S.T. de renforcer leur espace de souveraineté économique et politique par un espace de souveraineté normative. Celui-ci a été édifié moins contre les Etats que par un dépassement des diverses notions de référence à partir desquelles se régulent ordinairement les situations de conflits.

X

X X

Les trois exemples développés ci-dessus, régulation bancaire, arbitrage commercial, code de conduite des sociétés transnationales ont permis de mettre en évidence l'importance considérable des techniques de régulation des conflits d'affaires internes aux milieux industriels et commerciaux. La lecture la plus courante de ce phénomène s'effectue en termes d'échec ou d'évitement des modèles de régulation étatiques. Cette approche ne nous semble pas correcte car elle pose comme un a priori la centralité et la naturalité du recours aux règles étatiques. On considère alors le droit comme l'organisateur obligé des rapports sociaux, le guide impératif des comportements. La moindre étude

./...

de sa mise en oeuvre conduit à de douloureux discours sur la méconnaissance, l'ineffectivité totale ou partielle des règles officielles.

On peut voir dans de tels dispositifs de régulation l'expression particulièrement nette du pluralisme juridique de nos formations sociales. C'est cependant à tort qu'on les envisagerait seulement comme des formes juridiques "non-étatiques", rivalisant avec les formes étatiques. Nous avons au contraire essayé de montrer à partir de chaque exemple pris, combien il s'agissait de modes de régulation des conflits en grande partie intégrés ou articulés avec les formes étatiques. L'amorce contemporaine d'institutionnalisation des codes de conduite constitue l'exemple le plus frappant de cette dynamique. On peut toujours dire que les Etats n'avaient pas le choix et que la bourgeoisie d'affaires a su imposer des modes de formulation et de règlement de ses conflits dont elle gardait profondément la maîtrise. Mais ceci s'est effectué par l'imposition d'un pluralisme au sein du système juridique global, et non en-dehors de lui, c'est-à-dire par le maintien et le développement de formes d'auto-contrôle auquel l'Etat délègue de jure (et pas seulement de facto) la gestion massive des conflits d'affaires.

Nous pourrions en rester là et considérer que l'essentiel de la gestion différentielle des conflits d'affaires s'effectue ainsi ; nous aurions raison, les autres formes sont en proportion tellement minoritaires. Cependant c'est moins une approche strictement quantitative qui nous intéresse qu'un repérage et une analyse de la multiplicité des formes de règlement possible. La faiblesse quantitative peut être amplement compensée par une force symbolique, c'est pourquoi il importe de poursuivre l'inventaire. Après avoir étudié certains aspects du système d'auto-contrôle, nous traiterons maintenant du système de régularisation où des acteurs ou institutions privées se voient confier sur un mode beaucoup plus formel la surveillance de certaines dimensions précises de la vie des affaires.

./...

## II - 2ème instance de régulation : le contrôle greffé

### A - Une instance de contrôle semi-publique

Ce type d'instance constitue un intermédiaire direct entre les instances de contrôle interne analysées plus haut et celles de contrôle externe traitées au chapitre suivant. Plus fondamentalement, ces instances mêlent des traits caractéristiques de l'une et l'autre forme de règlement. Elles les combinent cependant de façon spécifique et stable permettant de dégager un modèle original. Les instances de contrôle-greffé sont animées par des acteurs privés auxquels l'Etat confie une mission d'ordre public. Toute l'originalité de leur position réside tout d'abord dans le fait que leur activité de contrôle d'un intérêt public n'est pas une activité exclusive, mais coexiste avec d'autres activités de nature radicalement différente. D'autre part, ces agents ne sont pas remunérés par les pouvoirs publics pour l'exercice de ce contrôle mais dans un cadre privé ou semi-public. Enfin tant la forme des règles utilisées que leur mode de mise en oeuvre diffèrent d'un dispositif strictement légaliste et privilégient un système normatif laissant une grande place à la négociation. La figure de règlement dominante sera la régularisation.

Nous aurions pu classer ici le rôle des banquiers dans la gestion des impayés traité précédemment car il correspond parfaitement aux caractéristiques d'une instance de contrôle greffé. Cependant ce rôle est tellement imbriqué avec les autres rôles de contrôle purement interne que nous avons préféré ne pas les dissocier. L'action des tribunaux commerciaux se situe aussi en très grande partie dans ce modèle bien que combinant des formes d'interventions diversifiées ( 1 ). Dans un domaine plus restreint, nous aurions pu prendre également l'exemple des garde-pêches rattachés aux fédérations de pêche et sur qui repose l'essentiel du contrôle de la pollution des cours d'eaux par la mise en oeuvre de l'article 434-1 du Code Rural. Dans ces différents domaines on peut parler de "contrôle-greffé" dans la mesure où la défense d'un intérêt public a été greffé sur un système pré-existant de contrôle d'un intérêt privé. Ce dernier demeure ici prédominant bien que complété, en mineure, par une mission d'ordre public. Les instances de contrôle-greffé reposent donc sur une organisation normative hybride combinant des dispositions de droit privé et de droit public.

Pour préciser ces éléments introductifs et entrer dans le détail de leur démonstration nous prendrons comme exemple l'analyse des fonctions de commissaire aux comptes. Le commissariat aux comptes n'est pas en effet une profession, mais une fonction exercée, sous une série de conditions, par des professionnels de la comptabilité et du conseil juridique ou fiscal. Ce sont donc des membres

./...

d'une profession libérale qui se voient, selon un processus règlementé, confier une importante mission d'ordre public, celle de protection des intérêts des actionnaires. Pendant longtemps (1856-1935) cette mission fut une fiction pure et simple. La réforme de 1967 sur les sociétés commerciales et ses compléments ultérieurs renforcèrent considérablement tant les rôles que les responsabilités du commissariat aux comptes et suscitèrent l'organisation d'un véritable champ professionnel. En s'institutionnalisant, la fonction censoriale du C.a.C. (°) tendit, et tend de plus en plus, à dépasser la protection des intérêts catégoriels au profit d'une mission d'intérêt général. Cependant sa mission générale d'information et d'alerte sur l'état des sociétés se heurte à d'importants problèmes statutaires. Ceux qui sont chargés d'exercer le C.a.C., bien qu'élus par l'assemblée générale des actionnaires, sont en pratique choisis par le conseil de surveillance et/ou les dirigeants de la société. Ils sont de plus rémunérés par la société objet de leurs investigations. Il y a donc une contradiction fondamentale entre la mission légale du C.a.C. et les conditions dans lesquelles elle est matériellement exercée.

Nous avons donc affaire à des censeurs de statut privé, exerçant une fonction de type public. Notre objectif n'est pas de dénoncer une nouvelle fois les lacunes de ce mode de contrôle ( 2 ) mais d'essayer de montrer les spécificités du système normatif ainsi empiriquement édifié. Ce qui nous importe, ce n'est pas l'écart entre le projet apparent qui gouverne l'institution des C.a.C. et sa réalisation sociale concrète. C'est par contre l'analyse d'un système bien spécifique de formulation et de règlement de situations conflictuelles. Ce système reste en très grande partie maîtrisé par les responsables de la vie des affaires qui, à l'intérieur du cadre d'action défini par le droit, négocient les modalités de sa mise en oeuvre.

B - Le commissariat aux comptes et les ambiguités de sa mission censoriale : dépendants et heureux de l'être.

Qui est le commissaire aux comptes : "le gendarme salarié du chef d'entreprise" ou "la concierge du procureur" ? Ni l'un, ni l'autre répondent d'un choeur unanime les professionnels : "Le commissaire aux comptes est un contrôleur : il n'est et ne doit être que cela. C'est l'essence même de son être. Il s'assure que la société fonctionne selon les règles du droit et que l'expression comptable et financière qu'elle en donne est sincère. Mais il n'a pas à apprécier les décisions de gestion prises par les dirigeants. Un mélange des genres ne pourrait qu'engendrer la confusion et la complication" ( 3 ). Cette définition de princice donnée par J. SIGAUT président de la compagnie nationale des C.a.C. serait d'une clarté

./...

---

(°) Commissariat aux comptes

parfaite si les termes de "contrôle", de "fonctionnement selon les règles" et de "sincérité" avaient un sens bien défini. Toute l'ambiguité du C.a.C. est là. Pour la cerner et préciser ses conséquences sur la mise en oeuvre du droit, nous exposerons tout d'abord les éléments de la contradiction qui traverse cette mission. Puis nous envisagerons les modalités de gestion de cette contradiction par le parquet, les chefs d'entreprise et les professionnels eux-mêmes.

## 1 - Les éléments d'une contradiction : un censeur dépendant

Le Commissariat aux Comptes est d'abord une fonction dévolue par les pouvoirs publics à des membres d'une profession libérale en vue de l'exercice d'une mission d'ordre public. Cependant, le statut donné et revendiqué par les C.a.C. est en grande partie antinomique avec leur mission légale.

### a) - Un censeur public

Le commissariat aux comptes est né du besoin de protéger les actionnaires, obligataires et porteurs de parts contre les risques provenant de leur impossibilité à exercer une surveillance personnelle sur le fonctionnement des sociétés qu'ils financent. C'était aussi un moyen de rassurer les porteurs de capitaux, voire de les séduire en semblant garantir des placements sûrs. La pratique financière suscita donc un contrôle relatif du pouvoir des dirigeants par de soit-disant représentants des actionnaires. Au départ le C.a.C. est en théorie un mandataire des actionnaires mais il n'a pas d'autorité réelle et les différentes lois du XIXº siècle ( 4 ) qui organisèrent peu à peu sa mission en firent plus une fiction rassurante qu'un véritable organisme de contrôle.

La fragilité de cette protection des actionnaires se manifesta à nouveau lors des scandales financiers provoqués par la crise de 1929. Les décrets lois de 1935 donnèrent quelques pouvoirs nouveaux aux commissaires et instituèrent un agrément par les Cours d'Appel pour l'exercice de la mission dans les sociétés faisant appel public à l'épargne( 5 ). Le caractère hybride du C.a.C. se précisa durant cette période par l'élargissement de sa mission. Elle ne s'exerça plus en principe dans l'intérêt des seuls actionnaires, mais s'institutionnalisa comme nouvel organe social de l'entreprise. Cette tendance s'affirma dans toute sa netteté avec la loi du 24 juillet 1966. Cette importante réforme des sociétés commerciales est à situer dans le contexte de développement économique des années soixante. L'élargissement du marché financier nécessaire aux investissements exigeait une relance de l'actionnariat réticent par expérience. La création de la commission des opérations de bourse (dont

./...

nous traiterons au chapitre suivant) et la réforme du C.a.C. furent les pièces maîtresses du nouveau dispositif de canalisation de l'épargne vers le marché boursier. Mais il s'agissait aussi d'offrir des garanties aux investisseurs étrangers et de permettre aux sociétés françaises de s'insérer dans l'internationalisation croissante du capital industriel et financier. Il en allait de la crédibilité et de la fiabilité des entreprises nationales.

Les réformes partielles, ultérieures, concernant l'administration des sociétés commerciales confirmèrent les orientations précédentes. Le commissariat aux comptes est ainsi devenu une mission d'ordre public dépassant très largement l'information initiale des actionnaires. Les textes les plus récents sur la prévention des difficultés des entreprises en témoignent de façon explicite. Dans le cadre de leur mission permanente d'investigation et de contrôle, les C.a.C. sont chargés "d'appeler l'attention des dirigeants sur tous les faits susceptibles de traduire une évolution préoccupante de la société". A l'occasion de l'exercice de leur fonction les C.a.C. sont considérés comme étant particulièrement bien placés pour relever les indices de dégradation de la situation de la société. Après avoir mis en oeuvre une procédure d'alerte interne ils peuvent, en cas de besoin, alerter également le président du tribunal de commerce.

L'institutionnalisation progressive du C.a.C. a ainsi déployé cette mission dans deux directions : celle de conseil des dirigeants et d'information des pouvoirs publics. Sa mission légale l'habilite à vérifier les comptes, c'est-à-dire à procéder à un contrôle externe de ceux-ci. Sa tâche ne consiste pas à refaire une comptabilité déjà tenue mais seulement à vérifier que celle-ci est régulière et sincère. Sa signature atteste de la validité des comptes annuels des sociétés et engage sa responsabilité.

C'est à ce niveau qu'apparaît le plus nettement le caractère hybride du système de contrôle exercé par le C.a.C. En effet, il s'agirait d'un exemple supplémentaire de contrôle interne, si le commissaire n'était pas tenu de révéler au ministère public les infractions dont il a connaissance à l'occasion de l'accomplissement de sa mission. Cette disposition existait dans la loi de 1867 (a. 34), elle a été maintenue dans celle de 1966 (a. L. 233, al. 2). Le commissaire est alors traité comme un agent public et cette obligation de dénoncer se rapproche de celle que fait peser sur ces derniers l'article 40 du Code de procédure pénale.

Dans la mission du C.a.C. entre donc l'information du parquet en matière infractionnelle. Le commissaire n'est tenu que de mettre des faits à la connaissance du parquet ; la qualification et surtout l'appréciation de l'opportunité des poursuites appartiennent à ce dernier.

./...

Par contre le commissaire est en principe tenu de signaler toutes les situations infractionnelles. Il s'agira le plus souvent d'infractions aux lois sur les sociétés, d'infractions économiques, fiscales et douanières, les unes étant souvent liées aux autres. Ainsi il est rare qu'une fraude fiscale n'ait pas pour conséquence une infraction du type faux bilan et abus de biens sociaux.

Cette obligation de révéler a toujours suscité de très profondes résistances tant chez les professionnels concernés que dans la doctrine toujours très favorable aux systèmes de contrôle strictement internes, c'est-à-dire au seul jugement par des experts appartenant au milieu des affaires. Longtemps laissée en désuétude par la passivité constante des parquets, la mise en oeuvre de cette obligation n'a été relancée qu'à partir de 1975 à l'initiative du ministère de la Justice. Nous traiterons plus loin cet aspect de la question. Retenons pour l'instant que cette dimension de la mission du C.a.C. est profondément rejetée par ceux qui ont à la mettre en oeuvre et qu'ils la réduisent le plus souvent à sa plus simple expression, c'est-à-dire : rien à signaler. Ils plaident pour une responsabilité sans sanction et développent une idéologie professionnelle basée sur la notion de médiation et refusant tout rôle de police.

Malgré la précision des termes employés par l'article 233 al. 2 et la menace de sanction pénale pour délit de non révélation (a. 457 de la même loi), il est frappant de relever la constance des dénégations pratiquées, même par les principaux interlocuteurs professionnels du ministère de la Justice : "Malgré la relative prudence des modalités légales, les nouvelles directives concernant la révélation des faits délictueux n'ont-elles pas tendance à nous muer en informateurs permanents ?" ( 6 ). "Il ne faut pas que par application littérale et sans nuance de la loi, le commissaire aux comptes, devienne ou paraisse être devenu une sorte d'auxiliaire de parquets" ( 7 )... L'article 233 est cependant d'une rédaction limpide :

> "Les commissaires aux comptes signalent à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission.
> al. 2 - En outre, ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation".

La question qui se pose alors est moins celle de la dénonciation d'un non respect de la loi que l'analyse de ce qui fonde cette situation et surtout du système normatif crée par cette ineffectivité apparente. En effet, il est clair que le commissariat aux comptes n'a jamais disposé d'un statut qui aurait permis à cette mission de s'exercer pleinement.

./...

b) - Un statut dépendant

On pourrait s'attendre à ce que les agents chargés de veiller sur les placements de centaines de milliers d'actionnaires aient un statut assurant leur indépendance. Imagine-t-on les inspecteurs du travail ou des installations classées rémunérés par les entreprises qu'ils contrôlent ? Le commissariat aux comptes fonctionne comme une police privée rémunérée à la vacation. Dépendants les commissaires aux comptes ? Certainement. Mais il faut aussitôt aujouter : dépendants et heureux de l'être ! Nous verrons plus loin pourquoi. Avant d'envisager les dimensions de cette dépendance, nous nous arrêterons sur les raisons du refus de tout statut public.

- Le refus d'un statut public

Les garanties en termes d'autonomie données par un statut public ont toujours été rejetées ici au nom du caractère "libéral" que devait revêtir la mission du C.a.C. que tout le monde semble redouter de voir évoluer vers une mission de police des sociétés. Les voix contraires sont très minoritaires et restèrent sans effet :

- lors des débats de la loi du 17/7/1856, un député proposa d'établir au Ministère du commerce un corps de commissaires des commandites. Un autre demanda qu'au moins un membre du conseil de surveillance soit nommé par le préfet du département.

- dans les années trente le projet Auriol prévoyait la création d'un Conseil supérieur des banques, bourses et sociétés. Cet organe étatique se serait appuyé sur l'action de contrôleurs assermentés pour la surveillance des sociétés par actions.

- en 1976 lors d'une consultation générale des parquets à propos du C.a.C. aucun des trente parquets généraux n'émit le souhait d'une publicisation de la fonction. Un seulement proposa une modification du mode de rémunération. Celui-ci pourrait être assuré par un fonds national alimenté par des taxes sur les sociétés.

Les mêmes réticences apparaissent dès qu'il est question de modifier le mode de désignation des commissaires. Sans parler d'une nomination d'origine étatique, confier cette tâche au président du Tribunal de Commerce est jugée, inacceptable, bien que ce personnage soit lui-même très lié aux milieux d'affaires. L'idée fut écartée en 1924 lors du projet Lesache, elle ne suscite pas plus d'agrément aujourd'hui. En 1978 un projet de désignation par voie judiciaire provoqua l'opposition unanime du Conseil national de la profession (8 ). Chaque société veut rester libre du choix de son contrôleur et les C.a.C. se définissent d'abord comme des mandatés de l'entreprise et non des pouvoirs publics.

./...

Tout le monde s'accorde donc pour vouloir maintenir le C.a.C. dans une double situation de dépendance statutaire : le commissaire bien qu'élu de l'Assemblée est en fait choisi par les dirigeants, il est d'autre part rémunéré par l'entreprise qu'il contrôle pour cette tâche.

- Les dimensions de la dépendance

Cette dépendance revendiquée cesse d'apparaître comme un curieux masochisme lorsqu'on regarde concrètement qui exerce cette mission de C.a.C. Un commissaire est une "personne chargée d'une fonction spéciale et temporaire". Les commissaires actuels demeurent très respectueux de cette étymologie, en particulier de sa deuxième partie. En effet le commissariat aux comptes ne se pratique pas à plein temps, il est presque toujours exercé par des professionnels ayant d'autres activités. Une enquête de 1978 révèle que deux tiers des commissaires sont membres de l'ordre des experts comptables, ceux du troisième tiers se répartissent entre les diverses formes de conseil juridique, fiscal et en gestion. A de rares exceptions près, le C.a.C. n'est pas une activité exclusive. Dans la très grande majorité des cas, elle ne représente qu'une fraction réduite de l'activité : 60 % y consacrent moins de 20 % de leur temps de travail, 18 % seulement y consacrent 50 % et plus de leur activité.

De multiples dispositions sont venues garantir l'existence théorique d'une indépendance. Il est en principe interdit à tout responsable collaborateur permanent ou temporaire de l'entreprise d'exercer cette mission. Il est donc interdit aux commissaires de recevoir directement ou indirectement de la société contrôlée une rémunération quelconque pour une activité individuelle ou de groupe. Malgré la vigueur du principe régulièrement affirmé ( 9 ) des détournements ont lieu comme en témoigne ces propos sévères du président de la Compagnie nationale : "Si le commissaire s'associe d'une manière directe à l'activité de gestion des dirigeants, il perd nécessairement son autonomie de jugement. On ne peut être juge et partie, ni s'affirmer indépendant à l'égard des tiers, si on est lié aux dirigeants par des contrats de prestations de service. Ces pratiques dévient même parfois, vers l'affairisme pur et simple" (10).

En effet, la principale source de dépendance du C.a.C. réside dans son mode de rémunération. La fixation des honoraires se fait depuis 1969 par voie règlementaire. Cela a permis dans un premier temps un relèvement salutaire du montant des honoraires. Mais il est vite apparu que le barême appliqué ne permettait pas d'effectuer toutes les diligences souhaitables, en particulier vis-à-vis des grandes sociétés et des groupes. Et ceci d'autant plus que le barême n'est que rarement modifié : deux fois pour les quinze dernières années. L'accroissement régulier des diligences tend alors à faire du dépassement la règle, les commissaires se retrouvent ainsi placés sous la dépendance des dirigeants et sans organe d'arbitrage. La C.O.B. intervient, cependant parfois, dans ce sens pour les sociétés côtées ( 11).

./...

A titre d'exemple, révélateur du peu d'importance accordé longtemps au C.a.C., on peut rappeler qu'avant le décret de 1969, une société comme la B.N.P. donnait 3 000 F. par an à son commissaire... Et il n'était pas rare à l'époque de voir un commissaire assisté d'un collaborateur détenir jusqu'à 200 mandats. Aujourd'hui la situation s'est profondément modifiée mais laisse le C.a.C. dans une situation fragile dans la mesure où il y a une contradiction entre l'importance de la mission confiée et les moyens donnés pour l'accomplir. Pour les petites et moyennes entreprises les honoraires annuels sont de 10 à 15 000 F., pour les grandes entreprises de 20 à 25 000 F parfois au-delà.

Malgré une tendance générale à l'approfondissement des contrôles, on peut dire que le statut du C.a.C. est porteur en lui-même d'un important risque structurel de connivence. Certains commissaires sont tentés de faire le moins de contrôle possible pour la somme fixée par décret. Ce qui coïncide avec le souhait des dirigeants d'avoir un commissaire qui avalise les comptes sans faire trop d'histoires. D'autres, au contraire utilisent leur position de censeur légal pour obtenir des entreprises diverses missions annexes et autrement plus rémunératrices. On pressent bien alors les limites d'un contrôle effectué sur une comptabilité dont l'auteur a bénéficié d'au moins dix fois plus de temps et d'argent pour la réaliser que le commissaire. Celui-ci peut alors se contenter de certifier une cohérence externe une apparence comptable. Il en va de même quand le censeur légal ménage par sa fonction officielle d'autres intérêts, plus privés que publics.

La contradiction du C.a.C. se situe donc entre le caractère libéral de la profession concernée et la mission d'intérêt général qui lui est confiée. Le même professionnel défend ainsi tour à tour l'intérêt particulier d'une société et l'intérêt public sans que les conditions d'exercice de ces deux activités soient nettement garanties. Cependant, cette contradiction n'a pas eu un effet de blocage. Au contraire, tous les spécialistes s'accordent pour estimer que depuis la fin des années soixante l'information sur les sociétés commerciales et donc le contrôle des comptes a beaucoup progressé. Il importe alors d'examiner comment a été administrée et gérée cette contradiction.

### 2 - La gestion de la contradiction : surveillance et médiation

Quoi qu'ils prétendent, les commissaires aux comptes sont dans l'exercice de leur mission des auxiliaires du parquet. Et leur fonction est très classiquement pénale dans son double volet de prévention générale et spéciale et de répression. Il suffit de parcourir un manuel de droit pénal des affaires pour constater que la législation sur les sociétés commerciales leur fournit une ample matière : plus de 100 infractions relatives à l'administration des sociétés. Mais tout commence là. Nous avons vu que leur

./...

situation objective et leurs intérêts professionnels interdisaient qu'ils deviennent les agents d'une police des entreprises. Et ceci d'autant plus que durant un siècle (avant 1966) ils n'avaient eu qu'un rôle totalement formel. Dans un tel contexte le C.a.C. s'est développé comme champ professionnel en négociant avec ses principaux interlocuteurs une interprétation des textes qui a produit d'autres normes, d'autres régularités que celles définies par la loi. Mais ces normes, fortement marquées de pragmatisme, constituent aujourd'hui une grande partie des règles du jeu de la vie des affaires. Avant de caractériser le champ professionnel ainsi aménagé nous préciserons les modes de relation négociés avec les deux principaux partenaires des commissaires aux comptes, le parquet et les entreprises.

a) - Négociation des relations avec le parquet

La situation du C.a.C. n'a ici rien d'original, toute relation avec le parquet est négociée. Les travaux sur la police ou sur les administrations ont bien montré l'importance concrète du transfert d'appréciation de l'opportunité des poursuites qui s'opère souvent du ministère public à ses informateurs (12). La particularité - et donc l'intérêt de l'exemple présent-réside dans la formalisation qu'a connu cette négociation.

Trois facteurs ont principalement contribué au déclenchement de cette négociation :

- tout d'abord les modifications du cadre légal relatif aux sociétés commerciales (loi du 24/7/1966), l'accroissement des compétences données au C.a.C. et la structuration de la profession par le décret du 12 août 1969. Augmentant le pouvoir des commissaires et les constituant comme interlocuteur organisé par la création d'un Conseil National, les pouvoirs publics étaient aussi légitimés à intensifier les exigences à leur égard.

- d'autre part les changements intervenus dans la magistrature et le développement pour la première fois d'une politique pénale en matière d'affaire au début des années 70 suscitèrent une orientation pro-active des parquets. Découvrant les obligations engourdies de l'article 40 du C.P.P., les parquetiers ne manquèrent pas de constater la quasi inexistance des dénonciations émanant de commissaires.

- enfin, quelques grandes affaires à scandales dont la faillite de plusieurs sociétés civiles immobilières rappelèrent que l'information des actionnaires et le contrôle de l'administration des sociétés étaient toujours aussi insatisfaisants et produisaient régulièrement des victimes.

Une double pression s'exerça alors sur les structures professionnelles, celle émanant de la Direction des affaires criminelles du ministère de la Justice et de certains parquets d'une part et de la C.O.B. d'autre part.

./...

Quelques actions disciplinaires pour diligences insuffisantes (70 : 2 ; 71 : 3 ; 72 : 3 ; 73 : 0) et quelques inculpations pour non-révélation (2 à 3 par an) concrétisèrent ces pressions. Leurs suites furent d'ailleurs peu sévères puisque les chambres régionales de discipline se contentèrent de prononcer des avertissements (13) et que les tribunaux correctionnels alternèrent relaxe et condamnation à des peines d'amende entre 2 et 5 000 F. Toutefois la mise en cause de personnalités de la profession fit impression.

Craignant un durcissement de cette orientation le Président de la compagnie du C.a.C. saisit en novembre 1976 le ministère de la Justice d'un projet de circulaire destiné à clarifier le mode de mise en oeuvre de l'obligation de révélation. Situation significative de l'autonomie de fait des responsables de la vie des affaires qui se posent en citoyens affranchis et vont négocier leur marge de liberté. Cette obligation est présentée comme étant à double risque :

- d'une part tout signalement au parquet créerait une suspicion très forte dans les relations entre le commissaire et les dirigeants, rendant l'accomplissement de la mission de contrôle très difficile.

- d'autre part, le déclenchement d'une procédure judiciaire, ne serait-ce que du type préliminaire, serait de nature à accélérer de manière irréversible, dans bien des cas, le processus de dégradation de la situation des entreprises concernées en portant gravement atteinte à leur crédit.

La Compagnie des C.a.C. proposa alors un dispositif complexe de régulation reposant sur les éléments suivants :

- une distinction entre : délits formels mineurs, délits mineurs, délits graves ;

- un pouvoir d'injonction reconnu au C.a.C. qu'il mettrait en oeuvre seul pour les délits formels, après consultation du parquet pour les délits mineurs ;

- un pouvoir de mise en demeure reconnu au parquet quand il n'y a pas eu régularisation (volontaire ou sur demande du C.a.C.) avec supervision de l'exécution par le C.a.C. ;

- des échanges de correspondance succédant aux visites, précisant les informations données au parquet et donnant acte aux C.a.C. de leur démarche ;

- le respect d'un anonymat des révélations effectuées afin de préserver les relations dirigeant-C.a.C.

./...

Cet ensemble de propositions s'efforçait de systématiser les pratiques existantes tout en diluant l'obligation de révélation et limitant au maximum la dimension pénale des irrégularités constatées. Cette perspective pragmatique qui avait, dans un premier temps, était accueillie plutôt favorablement au ministère de la Justice, fut dans un second temps écartée au profit d'une position beaucoup plus légaliste. En décembre 1976 le ministère suscita une consultation auprès de parquets généraux afin de faire le point sur l'état des relations entretenues avec les C.a.C. Celles-ci se révélèrent très insatisfaisantes quantitativement et qualitativement :

- un tiers des Cours d'Appel n'avait aucun contact avec les C.a.C., les autres ne recevaient qu'une à quatre dénonciations annuelles (c'est-à-dire moins d'une part département) ;

- d'autre part, les dénonciations effectuées, l'étaient de façon très tardive, soit que les services de police aient déjà saisis, soit que les sociétés soient déjà dans des situations désespérées. Cette forme de révélation était alors perçue comme visant plus la protection du C.a.C. lui-même contre d'éventuelles poursuites que l'information des parquets sur les pratiques des sociétés.

Cette consultation déboucha sur la circulaire du 13 février 1978 qui reflète en grande partie les opinions et propositions des parquets au détriment de celle de la profession :

- l'inspiration du texte rejette la philosophie pragmatique des propositions de 1976, s'affirme d'entrée comme soucieuse d'une politique pénale de prévention de la délinquance d'affaires et se réfère aux travaux du Comité d'Etudes sur la violence (Comité Peyrefitte) (14). Le système de contrôle des sociétés mis en oeuvre par l'intermédiaire du C.a.C. est présenté comme "un élément essentiel de lutte contre la délinquance financière" ... "l'évolution qualitative et quantitative de cette forme de "violence économique" ne permet pas de négliger l'un des instruments les plus aptes à la réduire".

- la concertation des actions entre C.a.C. et parquet doit devenir systématique et perdre son caractère infâmant. Il s'agit d'une relation organique qui doit permettre "d'organiser la prévention dans le domaine particulier de la délinquance financière sans toutefois, par des mesures prématurées ou inopportunes, compromettre la situation de l'entreprise ou son existence".

./...

- quelle que soit leur gravité, "tous les faits délictueux dont un C.a.C. a connaissance doivent en effet être révélés par ses soins au Procureur de la République qui détient seul le pouvoir d'apprécier la suite à leur donner". La circulaire écarte les distinctions proposées selon la gravité des irrégularités constatées et rappelle l'importance de la notion de "délit-obstacle". Il s'agit d'infractions apparamment mineures dont la répression est destinée à prévenir la commission de délits plus graves. La généralité de cette obligation de révélation n'exclut pas la possibilité offerte aux C.a.C. de faire procéder à des rectifications après information du parquet.

- la révélation doit avoir un caractère formel (l'équivalent d'un procès-verbal), être écrite et non-anonyme, même si elle s'accompagne d'un entretien avec un membre du parquet.

Contrairement aux souhaits de la profession, la position officielle du Ministère de la Justice fit donc, peu de concession au pragmatisme. Maintenant une approche légaliste, elle aborde la question en termes d'infractions et de politique pénale. A la suite des réactions négatives des organismes professionnels et d'une mercuriale du C.N.P.F. (15) une correspondance de la Chancellerie (septembre 1978) vint assouplir quelque peu la position officielle. Elle précisait que chaque parquet disposait d'une grande latitude d'action pour définir "en étroite liaison avec les C.a.C. les modalités selon lesquelles devront s'effectuer les révélations, en tenant compte aussi bien des pratiques antérieures que des particularités économiques locales".

Quant aux retombées de cette négociation où chacun avait exposé ses valeurs et son mode de rapport au droit, elles sont difficiles à évaluer concrètement.

Quantitativement les informations recueillies montrent une nette progression des révélations. Mais leur nombre reste toutefois très faible, eu égard en particulier à la prolifération ces dernières années d'entreprises ayant connu des difficultés financières temporaires ou définitives. Par contre cela ne veut absolument pas dire que le nombre de poursuites a progressé. Il est en effet resté très stable permettant ainsi de dissocier la notion de révélation de celle de poursuite. Pour la France entière les résultats sont les suivants : 1973 = 100 révélations, 1976 = 831, 1979 : 1 200. La situation semble s'être stabilisée aux alentours de ce dernier chiffre, mais avec de grandes disparités régionales ; la moyenne théorique étant de 12 par départements et par an. Ainsi le parquet financier de Paris reçoit entre 150 et 200 révélations par an (1978 : 153, 1979 : 174, 1980 : 150) pour plus de deux mille jugements de règlement judiciaire et liquidation de biens. Les chiffres les plus récents proviennent du parquet de Créteil qui reçut en 1982, 56 révélations pour 512 jugements commerciaux (16).

./...

Mais révélation ne signifie pas poursuite, ce sont deux processus autonomes. En fait, la progression des révélations a entraîné le développement d'une procédure conciliant légalisme et pragmatisme. En effet, l'essentiel des révélations est classé sans suite, sous réserve qu'il y ait eu rectification. Celle-ci s'effectue sous le contrôle des commissaires. Nous avons là un très bel exemple d'une procédure restitutive à l'intérieur du champ pénal. Le phénomène est difficilement quantifiable, mais on peut retenir à titre indicatif l'évaluation donnée par le parquet de Lyon (parquet modèle en la matière) (17) qui était de 85 % de classement après rectification. Dans ce sens, et contrairement à ce que redoutait la profession, la révélation ne dépossède pas le commissaire mais au contraire renforce son autorité et la légitimité de ses actions auprès des dirigeants d'entreprise.

L'essentiel des effets nous semblent avoir été d'ordre qualitatif, tant il est vrai que l'on ne peut prétendre saisir les effets du droit ou plutôt sa présence dans les rapports sociaux par des approches seulement quantifiées. La dynamique crée par l'institution judiciaire, a rencontré d'autres dynamiques économiques et professionnelles. C'est leur entrecroisement qui permet de mieux saisir aujourd'hui la portée de la mission du commissariat aux comptes. En ce qui concerne les relations avec l'appareil judiciaire, celles-ci se sont développées, conformément aux textes, comme dispositif d'information et non comme dispositif de répression. En échange des informations reçues, les parquetiers concèdent de fait aux commissaires une marge d'autonomie importante. Il y a bien là délégation partielle du pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites. Fort de cette autorité comment se développent les relations des commissaires avec les entreprises ?

b)- Relations avec les entreprises

Le principal impact de la renégociation des obligations du commissariat aux comptes a été principalement une revalorisation considérable de cette mission auprès des dirigeants d'entreprise. Ceci s'est d'abord traduit financièrement. Les entreprises tenues d'investir dans un tel contrôle se sont mises à développer des attentes à son égard en termes d'information et de prévision sur leur situation. Dans ce sens une très forte pression s'exerce pour faire évoluer la mission, d'une information préférentielle des pouvoirs publics, à une mission d'information vis-à-vis de tous les membres et responsables de l'entreprise. L'autorité judiciaire en encourageant de fait le pouvoir de régularisation des commissaires a contribué également à cette diversification. Celle-ci s'effectue dans trois directions :

- le contrôle des comptes : il n'est plus depuis longtemps un contrôle à visée interne garantissant les actionnaires contre les gestions abusives. La comptabilité a acquis un rôle d'utilité publique. La certification des

./...

comptes par les commissaires est ainsi obligatoire pour le dépôt des états financiers annuels au Tribunal de Commerce et pour toute publication d'information émanant des sociétés en vue de faire appel public à l'épargne. D'autre part à l'occasion de rachat d'entreprises ou de négociation de prêts publics ou bancaires, l'état des comptes certifié joue un rôle de moins en moins négligeable. La "régularité et sincérité" des comptes signifie alors de plus en plus état réel de la situation financière. Ce qui n'est pas toujours une extrapolation fondée.

- le contrôle de la légalité : le rappel de l'obligation de dénonciation a conduit beaucoup de dirigeants à considérer que le droit des affaires n'était pas hors du droit commun, mais participait bel et bien à l'ordre public. Même si beaucoup répugnent encore à considérer les infractions liées à la vie des affaires comme des faits délictueux, il leur a bien fallu prendre en compte l'existence d'un risque pénal. Sur cette dénégation et les confusions qu'elle suscite on peut citer une réaction du C.N.P.F. à la circulaire de 1978 : "La circulaire incriminée tend à porter sur le plan pénal des faits qui ne sont que contraventionnels. Cette impression est renforcée lorsque la circulaire insiste sur les notions de "délinquance financière" et de "violence économique". D'autre part la pratique a bien montré que le principe de légalité s'accomodait aussi d'une part d'opportunité non négligeable. Dans ce sens le commissariat aux comptes s'est vu valorisé comme médiateur vis-à-vis des autorités judiciaires (pénales et commerciales) et administratives (C.O.B., fisc). C'est moins alors sa mission censoriale qui prévaut que son rôle d'autorité négociatrice susceptible de valider des arrangements, rectifications, promesses, etc...

- le contrôle de la gestion : cette dimension est relativement nouvelle. Elle est le résultat logique du renforcement des précédentes. A partir du moment où le commissaire n'est plus un contrôleur extérieur et formel mais un intervenant utile, on tend à lui adresser des demandes de plus en plus larges. Et ceci d'autant plus qu'on le paie. Certes, l'article 228 de la loi de 1966 interdit aux commissaires de s'immiscer dans la gestion et tout cumul de fonction rémunéré lui est en principe interdit dans les entreprises où il exerce sa mission. Mais sans être directement associé aux décisions il peut faire office de conseil. C'est d'ailleurs dans ce sens que sont orientées les dispositions publiques relatives à la prévention des difficultés des entreprises. Cette fonction de conseil est aussi amplement revendiquée par la profession. Elle correspond également au développement en France des méthodes anglo-saxonnes, dans lesquelles la comptabilité est un véritable outil de gestion et de diagnostic.

Cependant tous les professionnels s'accordent pour reconnaître que l'exercice de leur mission varie considérablement selon le type d'entreprise concernée :

- dans les grandes entreprises, et surtout celles côtées en bourse, l'état des comptes publics et le prestige de

./...

l'apposition de certaines signatures, sont partie intégrante de l'image de marque et donc du crédit de la société. D'autre part, leurs dirigeants sont souvent des gens qui réalisent une carrière et sont donc plus des formalistes que des aventuriers. Tout ceci favorise plutôt la mission du C.a.C. Par contre la complexité des réseaux liant les sociétés entre elles et le caractère souvent factice de la structuration juridique des groupes s'opposent à une véritable transparence comptable. D'autant plus qu'en cas d'opération de restructuration la société fera appel en général à des sociétés d'audit qui assureront le montage financier. Le commissaire n'en verra que le produit fini, c'est-à-dire la mise en scène comptable, nette de toute bavure. Même de très gros cabinets spécialisées se sont faits piéger et ont avalisé des comptes qui se sont avérés falsifiés ( 18).

- les relations sont souvent plus problématiques avec les petites et moyennes entreprises, surtout provinciales et de type familial. Les dirigeants sont tout d'abord beaucoup plus soucieux de préserver jalousement les secrets et les méandres de leur administration. D'autre part, le risque constant de confusion entre patrimoine personnel et social leur fait redouter en permanence des problèmes fiscaux. Les missions de connivence sont ici certainement d'autant plus nombreuses que les risques de mise en visibilité sociale sont moindres.

Pour conclure ce point il faut remarquer que ces relations dans l'entreprise concernent essentiellement, voire exclusivement, le commissaire aux comptes et les dirigeants. L'analyse de la pratique confirme à quel point l'image du commissaire, mandataire des actionnaires, est une véritable fiction, excepté lorsqu'il s'agit de très gros actionnaires comme les organismes financiers. Cette fiction, est d'ailleurs presque officiellement instituée dans la mesure où existe, non pas un rapport du commissaire mais des rapports. L'un est réalisé pour le conseil d'administration mais il reste secret, excepté pour les sociétés cotées en bourse. La C.O.B. peut en demander communication. Un autre rapport, est le rapport officiel présenté à l'assemblée des actionnaires, il est beaucoup plus formel et succint. Enfin, il peut arriver que l'on charge les commissaires d'effectuer des rapports confidentiels pour le conseil d'administration sur tel ou tel aspect de la situation d'une entreprise ou d'un groupe. C'est certainement dans le jeu des différents espaces de négociation offerts par les remarques orales, les différents types de rapport et la possibilité de révélation au parquet que réside le pouvoir de régularisation des commissaires aux comptes. C'est ce pouvoir que la pression du ministère de la Justice a conduit à développer. Bien que non prévu par les textes, il est certainement plus cohérent de l'envisager comme un effet du droit, comme une forme particulière de mise en oeuvre, que comme un détournement ou une pratique de "non-droit".

./...

Notons enfin que les comités d'entreprise et les syndicats ne semblent pas utiliser encore de façon régulière les possibilités de contacts et d'échange d'information avec les C.a.C. organisés par les textes.

c) - La médiation comptable

Pour conclure on peut mettre en évidence deux tendances majeures dans les transformations récentes de cette mission. Elle tend à se structurer en tant que profession et s'oriente principalement vers des tâches de médiation.

1 - jusque dans les années soixante-dix, la pratique du commissariat aux comptes était de pure forme tout à la fois peu technique et peu valorisée. Elle n'était qu'une pratique annexe et peu investie par les professionnels de valeur. A partir de 1970 trois facteurs principaux vont susciter un remodelage radical de ce secteur des pratiques comptables. L'internationalisation des marchés financiers et de l'organisation industrielle vont généraliser les "audit", expertises et révisions comptables en vue d'assurer la sécurité des investissements. Ce nouveau développement du capitalisme financier va s'appuyer sur les cabinets anglo-saxons fortement structurés depuis les années trente. L'idée de surveillance comptable est dans ces pays déjà bien intégrée dans les pratiques des entreprises ; les budgets et temps de contrôle y sont 4 à 5 fois supérieurs à ceux qu'ils sont en France. La profession comptable avait peu de choix, s'adapter ou périr.

La transformation du contexte professionnel sera favorisé par un troisième facteur, le développement d'autorités administratives spécialisées dans l'interventionnisme économique, mais plus soucieuses de régulation que de dirigisme. La création de la Commission des opérations de bourse et la spécialisation de magistrats en matière financière (19) en sont des exemples directs. Leurs actions ont moins visé une répression des infractions économiques que la normalisation de certaines pratiques. L'accent a été mis en particulier sur le contrôle de l'information produite par les entreprises. Les réformes en matière comptable qui se sont succédées depuis 1966 allaient toutes dans ce sens (20).

C'est au sein de ce nouvel environnement que le commissariat aux comptes s'est progressivement institué comme champ professionnel partiellement autonome. La création d'un Conseil National a modifié les conditions de recrutement, de formation et élaboré une importante doctrine interne. La C.O.B. bien que ne supervisant que les sociétés cotées en bourse et leurs commissaires, a eu un effet d'entraînement décisif en augmentant et précisant les contenus des missions exercées. Le niveau des diligences effectuées a ainsi été fortement relevé et les méthodes de travail renouvelées dans la plupart des missions. L'organisation des structures de travail a ainsi évolué, passant des formes individuelles à un travail de cabinets utilisant les technologies

./...

de pointe. La légitimité nouvelle reconnue au commissariat aux comptes permet aussi à ces gros cabinets d'obtenir des rémunérations beaucoup plus importantes que la moyenne (jusqu'à 200 000 F.) pour l'accomplissement de contrôle très détaillés. C'est également dans ces nouvelles structures de travail que l'on constate les aspirations les plus fortes au développement du C.a.C. vers les missions de conseil.

2 - Cette transformation des pratiques professionnelles et de leur contexte a également suscité un renouvellement de l'idéologie professionnelle des commissaires. En effet, au-delà des textes légaux s'élabore toujours une rationalisation des activités concrètes en un projet, plus ou moins explicite, où les acteurs définissent des positions censées résoudre ou dépasser leurs contradictions. Ce projet est ici un projet de médiation qui occulte à la fois les contraintes légales (obligation de révéler) et les contraintes matérielles (dépendance financière des entreprises). Les commissaires se définissent alors comme des "go-between", des médiateurs entre les exigences du légalisme et celles des activités économiques. Sans réel pouvoir de décision propre ils ne peuvent pas aspirer à la position de conciliateurs. Leur rôle est plutôt de faire évoluer des points de vue, de rendre compatibles des nécessités contradictoires, de désamorcer des conflits, actuels ou potentiels.

Leur action vise une prévention et s'effectue dans un sens pragmatique où la recherche de résultats mesurables l'emporte sur la rigueur légaliste. C'est pourquoi ils revendiquent fermement le statut libéral de leur exercice professionnel. La défense de l'intérêt public n'existe pour eux qu'à travers celui des intérêts privés. La terminologie qu'ils emploient est symptomatique de cette orientation en particulier vis-à-vis du parquet. Ils préfèrent parler de "démarche" plutôt que de révélation ou même d'information et "d'intérêt général" plutôt que d'intérêt public : "L'expression "intérêt public" peut en effet être comprise comme "intérêt des pouvoirs publics". Or si le commissaire aux comptes doit prendre en considération cet intérêt, il doit aussi prendre en considération l'intérêt des actionnaires, des dirigeants, des créanciers, des salariés" (21).

Ces orientations les ont ainsi conduit à développer un important pouvoir de régularisation. Si le ministère de la Justice a exercé de fortes pressions pour que ce pouvoir s'exerce en concertation avec le parquet, on ne peut guère démontrer qu'il ait obtenu satisfaction. On peut cependant avancer que même si leur projet initial était différent, les autorités judiciaires se sont plutôt bien accomodées de l'autonomie de fait des commissaires aux comptes. La dynamique impulsée vers 1975 a bel et bien

./...

produit une relance de cette forme de "contrôle-greffé". Le rappel et le durcissement des normes légales a suscité un développement de normes et de régulations pragmatiques réinterprétant les premières mais créant d'autres régularités.

Ce qui peut être lu comme un détournement du droit peut être aussi analysé comme une forme typique du mode de règlement des conflits en affaires, qui opère plus avec des experts que des juges, oeuvrant par négociation plus que par prononcé du droit et visant davantage des résultats concrets que le maintien d'un ordre juridique abstrait. Une orientation du même type se retrouve dans le contrôle administratif.

./...

III - 3ème instance de régulation : le contrôle administratif

Une cinquantaine d'administrations et d'organismes para-publics, tels les U.R.S.S.A.F. et les commissions de contrôle (°), exercent domaine par domaine une surveillance approfondie sur la quasi-totalité des activités socio-économiques. A cette fin, leurs agents disposent de pouvoirs étendus pour assurer :

- la protection du patrimoine et des monopoles protégeant les intérêts des finances publiques (impôts, douane, forêts, chasse et pêche, postes et télécommunications, radio-télévision)

- le bon fonctionnement matériel et financier des services publics (services publics urbains, chemins de fer, équipement...)

- la sauvegarde de certains intérêts généraux et du respect des réglementations afférentes (inspecteurs du travail, de la pharmacie, des installations classées, vétérinaires, médecins-inspecteurs, agents des U.R.S.S.A.F....) (1 ).

C. BARBERGER recense ainsi plus de soixante dix sortes d'agents administratifs (inspecteurs, ingénieurs et fonctionnaires) dont les attributions sont réparties dans cinquante trois codes administratifs comportant tous des dispositions pénales. Leurs attributions et compétences sont exactement celles des agents de police judiciaire habituels : pouvoirs de dresser procès-verbal, obligations d'informer le parquet des infractions constatées, droits d'entrée, de communication, de prélèvement, de fouille, de perquisition et de saisie pour établir la preuve des faits infractionnels relevés.

Une telle présentation pourrait laisser croire à l'existence de pratiques policières tous azimuts menées par l'administration et ses organes périphériques, en vue de la régulation de l'essentiel des domaines d'activité sociale. Cette impression ne peut qu'être confortée par la lecture des multiples ouvrages de droit pénal spécial, en matière d'affaires, de travail, de publicité, de sécurité sociale, de banque et de crédit, d'environnement, de pharmacie, de consommation etc... ( 2). Ces ouvrages de droit positif énumèrent à longueur de pages les innombrables infractions contenues dans les textes (110 infractions en matière d'environnement, plus de 200 en matière de société commerciale, 1 200 dispositions sanctionnant les cinq groupes d'infractions du Code Général des Impôts...). Ces manuels sont aussi prolixes sur la théorie des éléments constitutifs des infractions qu'ils sont muets sur les pratiques de mise en oeuvre de ces textes.

./...

---

(°) Commission bancaire, de la concurrence et des prix, de l'usure, des marchés publics, des opérations de bourse.

La peur du gendarme administratif s'effondre vite dès que l'on manifeste un minimum de curiosité pour les activités de ces services. Le dépôt de plainte y apparaît comme une action exceptionnelle. En effet, quelque soit le domaine envisagé, les administrations ne transmettent leurs procès-verbaux ou ne portent plainte que dans une très faible proportion de cas. Le plus souvent ces plaintes ne représentent que de 1 à 5 % des situations irrégulières rencontrées. Ceci sera démontré, exemples à l'appui, dans la section suivante. D'où la question classique : mais que fait la police administrative ? Qu'advient-il des 95 % et plus de situations infractionnelles constatées ?

Nous avons précédemment exposé et critiqué les réponses habituelles à ces interrogations ( 3 ). Cet écart entre les orientations répressives des textes et l'état des pratiques administratives est généralement lu comme un phénomène de déjudiciarisation et de délégalisation. Ce type d'approche nous semble cependant très réducteur du rôle du droit dans la régulation des rapports sociaux. Nous avons au contraire rappelé la nécessité pour la sociologie juridique de dissocier le langage juridique formel, des opérations effectuées par les divers acteurs sociaux à partir de lui. La question n'est pas pour nous de mesurer jusqu'à quel point les agents administratifs se conforment ou non aux dispositions du droit positif. Elle est de décrire et d'analyser les différentes formes d'action menées par ces acteurs dans la mise en oeuvre du droit. Le droit n'est pas pour nous un guide autoritaire des comportements, mais une matrice d'actions légitimes que les acteurs sociaux mobilisent selon leurs intérêts et leur pouvoir social.

Comme nous avons précédemment analysé la positivité des régulations effectuées par les banques ou les commissaires aux comptes, nous nous proposons de dégager ici les spécificités du contrôle administratif. C'est-à-dire de mettre en évidence le système normatif produit par ces organismes de formulation et de traitement des situations conflictuelles dont ils ont connaissance. Pour ce faire nous rendrons compte de façon synthétique de différents travaux effectués sur des terrains administratifs spécifiques.

./...

## Section I : Le contrôle administratif : les différentes formes de la régulation-sanction

Si l'on prend les textes à la lettre tout rejet industriel non-autorisé, toute dissimulation de 10 % des revenus imposables, tout retard dans le versement des cotisations de sécurité sociale etc... sont constitutifs de faits de pollution, de fraude fiscale, de rétention de précompte et sont pénalement sanctionnables. Les administrations devraient alors consacrer une grande partie de leurs activités à effectuer des actions de police, constat des infractions, recueil des preuves, établissement de procès-verbal, transmission au parquet. Or il n'en est rien bien au contraire. Les formes du droit pénal administratif et l'idéologie de leur mise en oeuvre, conduisent à écarter ici le principe de stricte légalité au profit d'un principe d'opportunité. Le droit tel qu'il est mis en oeuvre par les administrations techniques ne vise pas la sanction de fautes mais l'obtention de résultats pragmatiques. Contrairement au droit pénal classique dominé par la formule légale : incrimination-poursuite-sanction, le droit pénal administratif organise un système de gestion-régulation radicalement différent du système répressif. Ces dispositions ne sont plus ici que l'annexe sanctionnatrice de règles d'organisation. Avant de préciser les caractéristiques essentielles de ce système de contrôle, nous montrerons par une série d'exemples la prégnance des objectifs pragmatiques dans ce système.

### A . La gestion pragmatique des incriminations : quelques exemples

Les administrations signalent peu de situations infractionnelles à la justice pénale, c'est un fait bien connu. Nous avons cependant pris la peine d'effectuer d'importantes études de terrain pour préciser ce constat aujourd'hui trivial. Nous nous réfèrerons aussi aux résultats d'autres travaux menés dans le même sens. Rappelons cependant que pour nous, un tel constat n'est que le point de départ pour la compréhension des actions normatives menées par les administrations hors du recours au judiciaire.

Les administrations ne forment pas un ensemble homogène. Les finalités de leurs actions diffèrent. Pour simplifier l'exposé nous en distinguerons deux types :

- celles où prévaut une logique financière
- celles où prévaut une intervention règlementaire

./...

## 1 - Les administrations où prévaut une logique financière

### a) L'administration fiscale

Quoique ses ministres successifs en disent et proclament, l'administration fiscale se soucie peu de la fraude. C'est très rarement en termes infractionnels que cette question est abordée par elle. Tout ce qui l'intéresse vraiment c'est la masse monétaire recouverte par les paiements volontaires et ceux obtenus à la suite de vérifications. L'essentiel des résultats du contrôle fiscal est ainsi présenté en unité monétaire. Et les chiffres publiés s'obstinent à rendre impossibles les comparaisons élémentaires suivantes : nombre de contribuables, nombre de vérifications, nombre de situations fiscales irrégulières, nombre de simples rappels, nombre de pénalités fiscales, nombre de plaintes pour fraude fiscale. Malgré la sophistication croissante des moyens informatiques dont dispose cette administration de tels chiffres ne peuvent pas être fournis !

Si ces chiffres ne sont pas produits ce n'est certainement pas pour de simples raisons de "mauvaise volonté" ou de secret. C'est parce qu'ils ne correspondent à aucune des catégories à travers laquelle la D.G.I. pense ses actions. A aucun moment n'intervient dans son mode d'opérer, le B-A-BA d'une pensée en termes de surveillance et sanction. Les notions élémentaires d'infractions constatées et infractions poursuivies n'ont pour elle aucun sens, aucune réalité concrète. Comme cela est bien significatif des orientations de ses pratiques ! Ce silence, dans les données décrivant ses activités, a également quelques bénéfices secondaires puisque on ne peut savoir, ainsi, la quantité de situations litigieuses que la D.G.I. autorégule directement par transaction et surtout à quels types de contribuables elles s'appliquent. On sait seulement de façon très globale qu'en 1982 pour 553 212 demandes il y a eu 70,9 % de remises et modérations accordées, 4,6 % de transactions et 23,5 % de refus des unes et des autres.

Les objectifs poursuivis par l'administration fiscale sont essentiellement d'ordre financier, ce sont eux qui guident principalement les actions de disciplinarisation fiscale. Il s'agit en toute priorité d'assurer les ressources financières de l'Etat. Dans ce sens le meilleur contrôle est celui qui produit le maximum de recettes avec le minimum d'investigations. Ainsi en 1981 malgré une baisse du nombre de vérifications de comptabilité et de situation fiscale d'ensemble (40 591 contre 43 710 en 1980), les résultats financiers ont progressé de 10 407 millions de F. en 1980 à 10 650 M.F. en 1981. D'où le commentaire officiel suivant : "l'amélioration du montant des redressements témoigne de

./...

l'effort d'orientation du contrôle fiscal vers le "haut de gamme" et vers la détection de la grande fraude" ( 4 ). La finalité du contrôle fiscal est d'abord de l'ordre de la rentabilité ; la recherche des infractions ne s'effectue que dans la mesure où cet objectif concorde avec le premier.

Nous avons cependant pu préciser les ordres de grandeur des activités de régulation en nous fondant sur deux bases : d'une part, l'existence d'un redressement (selon la D.G.I., 50 % d'entre eux s'effectuent sur des erreurs de bonne foi), d'autre par, le nombre de vérifications approfondies (sur place ou d'ensemble) qui sont celles à partir desquelles sont détectées les fraudes les plus importantes. La première estimation est donc trop large, la seconde trop étroite, mais elles fournissent une fourchette d'appréciation. Les plaintes déposées en matière fiscale représentent entre 0,3 % et 0,9 % des situations susceptibles d'être pénalement qualifiées.

| A - Base : nombre de redressements (impôts sur le revenu et sur les sociétés) | | | B - Base : nombre de vérifications sur place et de vérifications d'ensemble | |
|---|---|---|---|---|
| 144 000 | 100 % | | 47 989 | 100 % |
| 1 013 | 0,27 % | ← Nombre de dossiers traités par le service du contentieux de la D.G.I. (46,5 % de classement sans suite) → | 1 013 | 2,1 % |
| 440 | 0,3 % | ← Nombre de dossiers transmis à la C.I.F. (°) (4,6 % d'avis défavorables aux poursuites) → | 440 | 0,90 % |
| 420 | 0,29 % | ← Nombre de plaintes déposées → | 420 | 0,87 % |

(°) Commission des infractions fiscales

Tableau n° 3 : Pourcentage de plaintes selon le nombre de redressements et de vérifications fiscales (1982)

L'administration des douanes dispose officiellement de statistiques beaucoup plus transparentes que celles de la D.G.I.. Ainsi en 1982 ont été constatées 203 000 infractions ainsi réparties :

| | | |
|---|---|---|
| - Infractions de douane ou de change ayant données lieu à poursuites | | |
| . sur les échanges commerciaux | 32 500 | |
| . autres (voyageurs, contrebandes) | 65 700 | |
| | 98 200 | (48,4 %) |
| - Infractions n'ayant pas donné lieu à poursuites ("passé-outre" douanier ou classement sans suite) | 92 400 | (45,5 %) |
| - Infractions constatées en vertu de règlementations non douanières | 12 400 | ( 6,1 %) |

Sur les 98 200 infractions constatées et ayant donné lieu à poursuites :

- 96 700 (98,5 %) ont été réglées par transaction
- 1 436 ( 1,5 %) ont été transmises au judiciaire

On dispose d'informations supplémentaires concernant les infractions aux changes :

| | Nombre | Somme en jeu (en millions de francs) |
|---|---|---|
| 1 - Infractions constatées à l'encontre de particuliers | | |
| . saisies physiques de capitaux | 1 730 | 80 |
| . exportation ou détention d'avoirs à l'étranger | 1 650 | 550 |
| . autres : règlements irréguliers, non rapatriement de revenus... | 950 | 394 |
| | 4 330 | 1 024 |
| 2 - Infractions constatées à l'encontre d'entreprises | | |
| . constitution d'avoirs à l'étranger, règlements irréguliers à l'importation ou exportation, opérations d'investissement... | 540 | 2 980 |
| TOTAL | 4 870 | 4 004 |

On le voit, malgré l'importance des intérêts en jeu, le règlement par voie transactionnelle demeure ici la règle. La voie judiciaire restant plus particulièrement utilisée pour les affaires en matière de stupéfiants. Domaine où la pénalisation reste plus forte contrairement aux autres secteurs douaniers, indépendemment de la gravité des dommages causés (5).

c) Les organismes de sécurité sociale

Ce secteur para-administratif recourt lui aussi au judiciaire, son objectif principal demeurant le recouvrement des cotisations. A partir de 1959 où la rétention des pré-comptes de sécurité sociale par les employeurs fut incriminée comme contravention de 5° classe, les poursuites pénales connurent un essor considérable, passant de quelques centaines annuellement, à quelques milliers (1962 : 536 ; 1967 : 6 866 ; 1972 : 6 320 ; 1978 : 4 067). Bien que l'infraction soit légalement constituée dès le simple constat de défaut d'immatriculation ou le seul défaut de versement des cotisations dans les délais, les agents de la sécurité sociale se refusèrent à accomplir ici un travail de police.

La priorité resta d'assurer un fonctionnement financier et donc de compromettre le moins possible la bonne collaboration entre employeur et U.R.S.S.A.F. Les poursuites pénales s'adressèrent alors à trois types de débiteurs. Les fraudeurs, les réfractaires systématiques et les débiteurs que la condamnation pénale contraignait au remboursement des sommes dues sur leur patrimoine propre. Cette situation présentait un intérêt tout particulier dans les cas où il s'agissait d'entreprises en état de défaillance économique. Le dirigeant était alors tenu d'acquitter sur ses biens propres la dette sociale. Un revirement de jurisprudence en 1973 limita cette possibilité aux seuls employeurs personnes physiques et aux travailleurs indépendants. Les dirigeants de société n'étaient plus redevables que des pénalités financières.

L'article 151 du Code de Sécurité Sociale perdit alors son caractère de moyen de recouvrement des impayés en cas de défaillance économique des entreprises. Le nombre de plaintes s'effondra régulièrement à partir de cette période. Et ceci d'autant plus que l'équipement informatique des U.R.S.S.A.F. se développait considérablement, généralisant une gestion administrative de masse. L'essentiel du recouvrement est aujourd'hui assuré par des moyens administratifs (mise en demeure et contraintes).

Ce sont donc des considérations très pragmatiques qui dominent finalement le choix des modes de règlement à adopter. L'opportunité l'emporte grandement sur la légalité.

./...

Un retard de paiement ou même un défaut de paiement prolongé ne sont pas lus comme constituant d'abord une infraction. Ils sont abordés en tant que problème à résoudre, situation concrète à solutionner tant pour l'U.R.S.S.A.F. que pour l'employeur défaillant. La question traitée en priorité est celle des possibilités de recouvrement des sommes dues. Puis vient celle de la disciplinarisation du débiteur, afin que ses défaillances ne deviennent pas ou cessent d'être régulières. C'est là que le pénal prend place. Mais non pas au sens où il aurait valeur particulière, simplement comme un des registres de règlement possibles, un parmi d'autres (des sanctions administratives aux procédures civiles et commerciales). C'est une appréciation globale de la situation et des opportunités de solution pratique qui guide les choix (6).

d) Le ministère de l'agriculture : la sanction de la pollution des cours d'eau

L'ex-article 434-1 (aujourd'hui 407) du Code rural est toujours considéré comme le texte répressif le plus "efficace" en matière de pollution des rivières. Sa réforme récente ( 7 ) a été l'occasion de rappeler les différentes possibilités qu'il recouvre, partiellement du moins. En effet, même si on souhaite faire de ce texte un instrument de sanction de la pollution des cours d'eau, il faut reconnaître que la réalité concrète de sa mise en oeuvre est toute autre. L'analyse que nous en avons faite montre à quel point ce texte permet d'assurer en priorité, non une protection des cours d'eau mais une protection de la pêche voire du simple plaisir des pêcheurs.

En effet ce texte a une vocation indemnitaire supérieure à sa finalité répressive. Il aboutit en premier lieu à dédommager les associations de pêcheurs et à leur permettre de réempoissoner. Ce n'est que par effet indirect qu'il participe à la protection des cours d'eau. Les Fédérations de pêche reçoivent des sommes allant de 500 à 30 000 F. Quant à la suppresion de la cause des pollutions, elle relève souvent plus de la promesse que de la réalité. Le dédommagement et la transaction équivalent souvent au paiement d'un droit à polluer. Une telle présentation fait hurler les agents responsables de ce contrôle pour lesquels la "protection des cours d'eau" demeure la valeur principale. Il ne faut cependant pas oublier que ce dispositif ne fonctionne que dans les lieux où existe des associations et fédérations de pêche active, rémunérant (indirectement) les garde-pêches, et les mobilisant pour ce travail de contrôle.

Il est en effet significatif de relever que les autres textes, et en particulier la loi du 16 décembre 1964 d'application générale en matière d'eau sont très rarement utilisés en vue de la sanction des pollutions.

./...

L'article 434-1 (ou 407 nouveau) demeure organisateur d'un système plus restitutif que répressif. L'administration de l'agriculture dispose en effet d'un droit de transaction qu'elle utilise abondamment et qui fait obstacle à la mise en oeuvre de l'action publique. D'autre part, le constat des infractions et leur signalement repose massivement sur un service de surveillance semi-privée, assuré par les garde-pêches des associations de pêche et de pisciculture. Comme le décrit le schéma suivant, nous avons ici affaire à un système de régulation-contrôle orienté principalement vers des actions de type restitutif. Et ceci d'autant plus que la défense de l'intérêt public passe en très grande partie par l'action de groupes privés auxquels il est délégué localement. Les deux formes d'intérêt se mêlent alors dans les fondements de l'action.

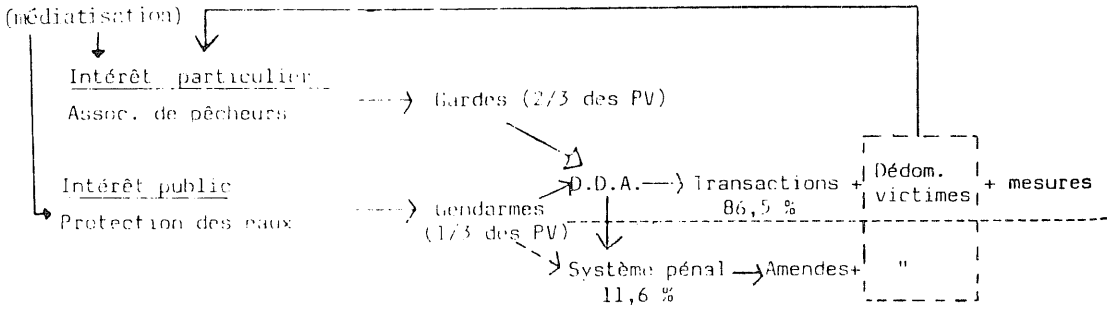



Figure n° 1

Ce qui assure donc peut-être le "succès apparent" du fonctionnement de l'ex a. 434-1 comme instrument de sanction de certaines pollutions des cours d'eau, c'est la greffe plus ou moins réussie de la défense d'un intérêt public nouveau (protection de la nature) sur un système pré-existant de défense d'intérêts particuliers (protection des pêcheurs). Greffe assurée tant bien que mal par l'évolution doctrinale et jurisprudentielle et aujourd'hui renforcée par un texte de loi confiant aux associations de pêcheurs la protection des cours d'eau qui les concernent, de ceux-là seulement. Car là où il n'y a ni pêche, ni associations, l'a. 434-1 demeure inopérant en particulier sur les grands fleuves. La protection de l'intérêt public passe donc bien ici par l'existence d'un intérêt "égoïste", condition nécessaire à toute action revendicatrice.

./...

## 2 - Les administrations où prévaut une logique règlementaire

On pourrait aussi dire qu'il s'agit d'administrations dont les actions visent des objectifs plus qualitatifs que quantitatifs. Nous en donnerons deux exemples qui montrent bien, à quel point les finalités pragmatiques débouchent sur la formulation d'autres régularités que celles qui sont organisées en apparence par les règles de droit.

### a) L'inspection du travail

Il s'agit principalement du contrôle exercé par les inspecteurs du travail. Là également on observe des écarts importants entre le nombre d'infractions constatées (974 847 en 1979), les procès-verbaux dressés (24 350 soit 2,5 %) et le nombre de jugement finalement prononcés (12 750 soit 1,3 %). Une enquête menée dans le ressort de la Cour d'Appel de Lyon a montré qu'on ne réservait même pas au judiciaire le traitement des affaires les plus graves. Ainsi, les tribunaux n'ont pas systématiquement connaissance des accidents du travail, même lorsqu'il s'agit d'accident ayant entraîné la mort. Ainsi durant la période étudiée sur 169 accidents mortels, seuls 36 ont été traités par la voie pénale. Si le résultat est surprenant, il met bien en valeur la prégnance aux côtés de la forme répressive, d'autres formes de règlement ayant des spécificités tout aussi fortes. Ce sont finalement moins des facteurs de stricte gravité que des facteurs circonstanciels (intervention ou non de la police) et le poids de la logique indemnitaire qui influent principalement sur le devenir des affaires.

Plus largement on retrouve chez les inspecteurs du travail une idéologie professionnelle de la conciliation, au service d'une "protection générale des salariés". Leur objectif n'est pas une défense stricte des principes du droit du travail qui en ferait des verbalisateurs intransigeants. Il est de participer à une "amélioration progressive" des conditions de travail, ce qui implique une négociation permanente entre des intérêts divergeants, ceux des employeurs et ceux des salariés. La dimension infractionnelle est ici tout à fait secondaire. La poursuite des situations délictueuses n'a de sens que resituée dans l'ensemble du processus de régulation où se confrontent employeur, salarié et inspecteur du travail (8).

Le meilleur indicateur de ce dispositif de contrôle est le mode d'utilisation du procès-verbal. En théorie, il s'agit d'un simple constat de situation pour information du parquet. En pratique, le P.V. est utilisé et fonctionne comme une sanction administrative et une présanction pénale. Il marque d'une part l'échec et la fin d'une phase de négociation-régulation. D'autre part, il sert de point de départ à une autre phase de négociation-menace, dans la mesure où tous les P.V. établis sont loin

./...

d'être transmis. En effet, il arrive fréquemment que le simple établissement du P.V. suffise à produire l'effet de mise en conformité attendu. La régularisation efface alors l'infraction de façon rétroactive et la transmission n'a pas lieu. Dans les cas où la situation infractionnelle a été temporaire ou accidentelle, il est de pratique courante de substituer au P.V. un simple avertissement verbal ou écrit. Si un constat a cependant été établi il peut très bien être retenu dans le dossier administratif à titre de menace dissuasive contre la récidive. L'opportunité compose ici amplement avec la légalité et définit au sein de cette dernière des formes d'action rarement explicités. On retrouve des pratiques du même ordre en matière d'installations classées.

| Réglementation à laquelle il a été contrevenu | Nombre d'infractions | | | Suites judiciaires — Nombre de : | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | total des constatations | suivies de mises en demeure | relevées par procès-verbal | ordonnance de non-lieu | jugement de relaxe | condamnations |
| 1. Déclaration des employeurs | 130 067 | - | 765 | 1 | 4 | 399 |
| 2. Réglementation du travail | 73 966 | - | 5 007 | 42 | 38 | 4 503 |
| 3. Salaires | 24 554 | - | 1 593 | 4 | 24 | 1 363 |
| 4. Congés payés | 15 092 | - | 452 | 1 | 12 | 137 |
| 5. Représentation du personnel | 13 611 | - | 505 | 9 | 33 | 100 |
| 6. Hygiène et sécurité | 605 835 | 30 801 | 11 174 | 35 | 152 | 4 446 |
| 7. Participation à l'investissement | 189 | 3 | - | - | - | - |
| 8. Emploi | 47 764 | - | 3 618 | 12 | 52 | 1 326 |
| 9. Etrangers | 31 716 | - | 752 | 9 | 26 | 337 |
| 10. Obstacles à fonction d'inspection du travail | 575 | - | 139 | 1 | 11 | 50 |
| 11. Divers | 370 008 | - | 342 | 5 | 8 | 89 |
| TOTAL | 974 847 | 30 804 | 24 350 | 118 | 361 | 12 750 (*) |

**Tableau n° 4— Constations, procès-verbaux et suites judiciaires en matière d'infraction à la législation du travail (1979)**
source : ministère du Travail.
(*) — certains experts estiment qu'il conviendrait de majorer ce chiffre de 6 000 condamnations environ non enregistrées car prononcées par un autre tribunal que celui du lieu de constatation.

./...

b) L'inspection des installations classées

L'action de l'inspection des installations classées est souvent perçue à tort, de l'extérieur, comme centrée sur le contrôle des pollutions industrielles. Il serait sans doute préférable de parler ici d'abord de contrôle de nuisances, ce terme ayant une signification délictuelle moindre. Mais c'est en fait en termes de "gestion des risques industriels" qu'il nous semble falloir aborder ce domaine.

En effet, depuis le décret impérial du 15 octobre 1810 relatif aux "manufactures et ateliers dangereux, insalubres ou incommodes", les services administratifs du ministère de l'Industrie où les agents missionnés (vétérinaires) pour intervenir en ce domaine ont toujours vu leur action marquée par une importante contradiction interne. Cette contradiction résulte de la triple fonction qui leur est attribuée pour gérer les risques :

1) - enregistrer les déclarations et instruire les demandes d'autorisation pour les établissements industriels ;

2) - assurer une surveillance régulière des activités de ces établissements ;

3) - sanctionner les inobservations et violations de normes.

C'est donc en fait le contrôle et la sanction de leurs propres décisions que sont amenés à pratiquer les agents responsables. En théorie en effet, meilleur est le contrôle, moindres sont les incidents et les infractions. C'est pourquoi tout accident signifie d'abord l'échec plus ou moins grand des actions de contrôle antérieures (9).

Leur position est d'autant plus inconfortable que les normes à partir desquelles ils travaillent sont extrêmement mouvantes malgré l'existence de normes nationales de rejet. Il n'y a pas de "pollution" en soi ; il n'y a que des tolérances plus ou moins grandes, selon les moments, les lieux et les partenaires en présence à telle ou telle nuisance. Comme l'indique un document officiel, on ne raisonne pas ici en termes de présence ou absence de pollution, mais en termes "d'arbitrage entre les problèmes industriels et les revendications d'une meilleure qualité de l'environnement". Les catégories opérationnelles en ce domaine relèvent davantage de la norme sans cesse négociée que d'un droit abstrait et d'application générale. C'est donc globalement un système de gestion des risques industriels qui a été édifié, plus orienté vers une prévention des accidents majeurs que vers une poursuite des infractions constatées, plus soucieux de négociation que de sanction.

./...

Une contradiction secondaire vient renforcer la première. Elle concerne les limites du pouvoir détenu par ces services pour assurer leur mission. On pourrait s'attendre en effet à voir les services des installations classées disposer d'importants pouvoirs autonomes de coercition et y recourir amplement. Paradoxalement, au-delà d'un certain seuil de résistance, l'administration se trouve contrainte d'introduire dans sa stratégie de régulation un autre acteur, l'appareil judiciaire. Les mises en demeure administratives ayant échoué, les services en sont réduits à recourir davantage à la technique du P.V. qu'à celle de la sanction administrative.

On peut alors synthétiser les pratiques de régulation-sanction en matière d'installations classées de la façon suivante :

- 450 000 établissements sous contrôle
- 1 500 à 2 000 mises en demeure
- 200 sanctions administratives
- 300 P.V.
  - . non transmis : 3 à 10 %
  - . classement sans suite judiciaire et relaxe : 25 %
- 200 condamnations
  - . 1/3 1 000 F.
  - amende . 1/3 10 000 F.
  - . 1/3 10 000 F.

+ quelques emprisonnements avec sursis

- Entreprises concernées par les poursuites :

  40 % : entreprise ouverte sans autorisation, sans déclaration, en non respect d'une interdiction ou faisant de l'obstacle à contrôle (type : ferrailleur, traitement de déchets) ;

  60 % : entreprise ne respectant pas une obligation ou se refusant à régulariser

- Le P.V. étant avant tout l'officialisation d'un échec dans l'action de régularisation administrative, on n'attend aucun changement réel de la poursuite pénale, sauf dans les cas où aucune négociation n'est possible, comme pour les entreprises marginales (type ferrailleur, traitement de déchets industriels et municipaux).

./...

- L'issue judiciaire semble aussi utilisée lorsqu'existent d'importantes pressions extérieures, essentiellement des municipalités. Une décharge porte atteinte à l'image de la commune, une entreprise même polluante garantit des emplois et des ressources etc... Autant dans le premier cas les autorités locales pousseront à des mesures répressives, autant dans le second elles seront favorables à une régulation en douceur.

On ne peut donc prétendre aborder l'analyse des pratiques des services des installations classées sous leur seul aspect de police industrielle ou en privilégiant celui-ci. En effet, la dimension répressive (P.V., dépôt de plainte) de leur action ne prend son sens véritable que si on la resitue dans le contexte plus large des stratégies de régulation-sanction qu'elles ont définies. C'est aussi le lieu où se noue l'ambiguïté de base de leur position, le même service, voire le même agent tenant successivement un rôle de gestion administrative (reçu des déclarations, préparation des déclarations) et de répression (P.V., travaux d'office...). Ce double registre d'attribution apparemment justifié au niveau pragmatique n'en est pas moins producteur de contradictions difficilement gérables.

Il est clair qu'un tel processus de régulation des risques industriels n'est que très secondairement orienté vers une "police de la pollution industrielle". La recherche et la poursuite des infractions n'ont aucune existence autonome, mais s'insèrent dans le dispositif d'ensemble de gestion des risques. Le P.V., transmis ou pas, ne prend son sens le plus souvent que comme appui d'une action administrative parallèle et néanmoins primordiale.

c) Les commissions techniques

Ces commissions constituent des instances de régulation proches des administrations à visée réglementaire quant à leurs objectifs, mais dépourvues de services extérieurs (direction départementale, corps d'inspecteurs...) et agissant donc de façon très centralisée. Il s'agit d'organismes ayant plus fonction d'expertise que de contrôle direct, gérant davantage des secteurs normatifs précis (bourse, concurrence, banque, marchés publics) qu'exerçant des fonctions de surveillance générale. Les commissions forment dans l'appareil d'Etat des lieux de formulation et de règlement des conflits à caractère économique et financier dont l'autorité est plus morale et technique que juridique. En effet, elles disposent rarement de pouvoirs de décision autonomes et constituent plutôt des services d'expertises pour les ministères de l'économie et de la Justice. Toutefois, la faiblesse des pouvoirs que leur accorde le droit contraste avec l'importance des attributions qu'elles ont su développer dans la pratique. L'analyse détaillée des formes d'action de la Commission des Opérations de Bourse montrera les caractéristiques principales de ce mode de production et de gestion technocratique des règles de droit (10).

./...

La commission de contrôle des banques crée en 1941 ( * ) assure la surveillance administrative et disciplinaire de la profession. Elle procède à des contrôles et tient un rôle de censeur. Elle dispose d'un pouvoir autonome en matière de poursuites des infractions qu'elle repère. Aucune action répressive ne peut en effet être engagée contre un établissement bancaire ou financier sans qu'il y ait plainte préalable de la commission. De 1941 à 1980, la C.C.B. a déposé 197 plaintes, soit aux environs de 3 par an depuis 1970. Toutefois, il faut relever que la quasi-totalité de ces dossiers concernent des faits d'exercice illégal de la profession. Il s'agit donc de dossiers concernant des affairistes individuels, des escrocs et non des systèmes de fraude ou de complicité reposant sur des organisations ou mettant en cause la profession elle-même. Dans ces derniers cas, la commission a toujours agi par adomestation interne sans rien laisser transparaître à l'extérieur des illégalismes régulés. Les pratiques de la C.C.B. se situent en continuité parfaite avec les formes d'auto-contrôle exercées par les banques elles-mêmes et exposées précédemment (11).

La commission technique des ententes et des positions dominantes crée en 1945 a été refondue en 1977 en devenant commission de la concurrence. Elle dispose d'importants pouvoirs de surveillance et d'enquête en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Son rôle est cependant consultatif et elle ne peut faire en principe que des propositions de sanctions administratives ou de poursuites pénales au ministère de l'économie qui en décide seul. Les dépôts de plainte sont en pratique très peu nombreux (une dizaine depuis la création). Ils sont nuls depuis cinq ans, l'essentiel des sanctions résidant dans des amendes administratives prononcées par le ministère et qui minimisent souvent les propositions de la commission.

### B . De la légalité à l'opportunité : les principes du contrôle administratif

#### 1 - L'ordre public éclaté

Les administrations et organismes para-publics disposant de pouvoirs de contrôle ne constituent pas un ensemble homogène. Nous avons vu que les intérêts qu'elles poursuivent sont au moins de trois types : intérêt fiscal, réglementaire, technique. Il faut compléter cette liste par les organismes qui disposent de pouvoirs assurant la protection de services publics (police des transports, protection des monopoles...). Le système de régulation développé par chacun de ces organismes est en relation directe avec le type d'intérêt défendu. La dimension de police administrative n'est donc que très secondaire dans ces dispositifs de règlement des contestations qui s'élèvent avec les particuliers ou les entreprises.

./...

(*) - "Commission bancaire" depuis 1984.

Dans la réalisation de ses objectifs, l'administration rencontre des situations-problèmes. Celles-ci ne sont à peu près jamais lue d'entrée en termes d'infractions commises ou de "délinquances". De telles qualifications ne seront introduites qu'éventuellement et postérieurement si le règlement du conflit s'oriente vers une pénalisation. Une telle reconstruction est cependant très exceptionnelle.

La défense d'un ordre public général s'efface ici au profit de la juxtaposition de défenses concomittantes d'intérêts pragmatiques. En matière économique et financière, la notion globale d'ordre public a éclaté pour laisser place à une série de sous-ordres publics techniques.

2 - Des pouvoirs dérogatoires

Les organes du contrôle administratif disposent de pouvoirs spécifiques qui conduisent à orienter de façon particulière l'exercice des pouvoirs de police dont disposent les agents. A travers les exemples exposés précédemment nous avons montré comment se trouve ici écarté le schéma policier classique : existence d'une incrimination-exercice d'une poursuite-application d'une sanction. On lui préfère dans la pratique un schéma gestionnaire où l'objectif de régulation l'emporte sur le dispositif légal. Cette substitution est tellement générale et prégnante dans la mise en oeuvre du contrôle administratif, qu'il est souvent même impossible de connaître le nombre de situations irrégulières enregistrées et la proportion de sanctions administratives et judiciaires qui en ont découlé. Pour les agents administratifs, locaux ou centraux, la question principale est bien évidemment ailleurs. La réinterprétation qu'ils opèrent de la pratique du procès-verbal est ici particulièrement éclairante. Le simple constat d'une situation irrégulière devient dans la pratique sanction administrative et pré-sanction pénale.

D'autre part, ces organismes disposent aussi de pouvoirs spécifiques qui font obstacle au déroulement habituel des poursuites. Il s'agit :

- soit de pouvoirs faisant obstacle au déclenchement de l'action publique (mise en demeure, avis ou plainte préalables aux poursuites)

- soit de pouvoirs éteignant l'action publique (essentiellement les diverses formes de transaction)

- soit, enfin, des pouvoirs de sanctions administratives (pénalités confiscations, travaux d'office, fermeture d'établissement).

Cet ensemble de pouvoirs dérogatoires au droit commun s'oppose donc à la lecture et à la construction des "situations problèmes" en infractions susceptibles d'être connues et jugées en tant que telles.

./...

### 3 - Les effets pervers du recours marginal au judiciaire

a) - Quels 1 % ? Nous avons vu que les administrations recouraient de façon très marginale au judiciaire pour assurer la réalisation de leurs objectifs. Il est alors frappant de relever à quel point il s'agit d'une clientèle stéréotypée et présentant à peu près toujours les mêmes profils, quelque soit le secteur que l'on envisage. Les infracteurs signalés au judiciaire relèvent des types suivants :

- il s'agit principalement de réfractaires à la discipline administrative. C'est à dire : de multi-récidivistes (pollueurs chroniques, mauvais payeurs systématiques, employeurs accumulant les P.V.) ; de négociateurs forcenés (c'est à dire d'infracteurs ayant compris les visées normalisatrices de l'administration et maintenant le contact avec elle par d'interminables palabres, éternelles promesses, demande de délais : le recours au judiciaire vient alors interrompre une manipulation qui a duré souvent de très nombreuses années) ; d'infracteurs "graves" (la gravité s'appréciant ici en général par l'écho public donné à l'affaire et/ou l'action de groupes extérieurs /syndicats, associations, élus.../ qui empêchent d'en rester au seul niveau du règlement par l'administration)

- on trouve aussi quelques irréductibles à toute régulation. C'est à dire des interlocuteurs que l'administration considère comme totalement rétifs à l'action normative. Faute de négociation envisageable, la "situation-problème" ne peut évoluer. Perdant son caractère de symptôme, il ne reste donc que son caractère infractionnel. Ces irréductibles sont en général signalés assez rapidement au judiciaire. Il s'agit le plus souvent d'acteurs sociaux travaillant à la marge des processus économiques (ferrailleurs, récupérateurs de déchets industriels, employeurs au noir, ...) ou de personnes soupçonnées d'immoralité professionnelle et, tel Al Caponne, impliquées pour des faits prétextes (hôteliers liés au proxénétisme, importateur de matériel pornographique...)

- enfin on relève quelques cas-symboliques :

* il peut s'agir de "boucs-émissaires" contre lesquels on mène une action à visée exemplaire vis-à-vis d'une profession ou d'une région. L'administration fiscale est spécialiste de cette pratique. L'inspection du travail y recourt aussi parfois pour stabiliser certains secteurs (emploi au noir) ou corriger certaines pratiques (hygiène et sécurité)

./...

* il peut aussi s'agir de cas-exemplaires où le contenu théorique du dossier, c'est à dire ses enjeux juridiques, l'emportent totalement sur la personnalité de l'infracteur. Il s'agit alors de demander au judiciaire de trancher en droit afin de préciser ou légitimer un pan de l'action administrative contesté ou nouveau. Ce qui est alors visé c'est une jurisprudence, c'est à dire l'élargissement ou la transformation d'une règle de droit.

b) - une attente d'exemplarité déçue : les administrations ne transmettent finalement au judiciaire que des affaires pour lesquelles elles escomptent un résultat exemplaire. Mais le judiciaire rechigne le plus souvent à n'être que le bras séculier d'organes de régulation qui explicitent peu ou mal leurs modes d'action. D'où un lamento très répétitif émanant des administrations sur les échecs fréquents des affaires transmises au pénal. Deux questions viennent en effet complexifier les relations entre ces deux types d'instances :

* tout d'abord se présente un problème de "mise au format pénal". En effet, la complémentarité apparente entre action administrative et sanction pénale est un mythe. Un dossier construit selon une logique de régulation ne peut soudainement se métamorphoser au dossier édifié selon une logique répressive. La démonstration des différents éléments constitutifs de l'infraction requiert une certaine lecture des faits que les agents administratifs ne maîtrisent pas toujours. D'où d'importants risques de classement sans suite, ou l'ouverture fréquente de longues procédures d'instructions destinées à effectuer la mise au format pénal ;

* d'autre part, il est évident que moins le judiciaire est familiarisé avec des dossiers d'origine administrative, moins il s'accoutume à leur spécificité. Les magistrats s'interrogent en premier lieu sur la spécificité du dossier qu'on leur envoie pour "sanction". Et ils se soumettent peu aux demandes d'exemplarité sans comprendre : "pourquoi celui-ci et pas un autre ?". D'où une tendance des administrations à calibrer les dossiers signalés sur les stéréotypes pénaux (un auteur identifié, une fraude intentionnelle, des dommages prouvés). D'où finalement un renforcement des risques d'échec dans les cas d'infraction grave (et donc souvent complexe) ou une sanction pénale ferme serait attendue. Nous verrons dans la section suivante comment se manifeste, et avec quels effets, ce calibrage restrictif des dossiers transmis au judiciaire.

4 - L'impact des formes juridictionelles

Toute l'argumentation qui précède conduit à une vision strictement négative des rapports entre administration et justice. Les pratiques sont cependant

plus complexes et il est possible de discerner sous différentes formes une présence du juridictionnel dans les actions de régulation administrative.

- La première forme à laquelle on pense est celle de la menace tant il est vrai que brandir l'arme pénale en dressant un P.V. ou déposant plainte permet souvent d'imposer une régulation jusqu'alors impossible. Mais il y a d'autres formes de présence qui pour être moins spectaculaires n'en sont pas moins déterminantes.

- Les formes juridictionnelles, telles qu'elles se manifestent pleinement au niveau judiciaire, offrent tout d'abord une grille de lecture, une terminologie et des arguments, pour nommer et décrire les éléments de la situation litigieuse. D'autre part, elles servent aussi à l'agencement des rapports entre parties pour la formulation de leurs prétentions respectives. Dans ce sens l'existence de précédents, voire de décisions jurisprudencielles antérieures, interviennent de façon régulière au cours des négociations.

- Le juridictionnel se manifeste également comme organisateur de procédures de règlement des conflits. Il fournit ainsi des modèles de référence tels l'arbitrage, ou la conciliation qui permettent de structurer des formes de règlement légitimes. Il en va de même pour la transaction qui est un mode de clôture des conflits aussi important dans le domaine juridictionnel que non-juridictionnel.

- enfin, cette présence d'éléments juridictionnels assure globalement une fonction de légitimation de l'action de surveillance administrative. Bien que menées selon une logique autre, les opérations de contrôle et de régulation administratives sont aussi situées dans un contexte où des notions de type juridictionnel comme celles de "recours au juge", de recherche "d'infractions" et de "preuves" tiennent pour les administrés une place décisive. Il y a, certes, une légalité et des définitions d'infraction purement administratives, mais leur visibilité est moindre par rapport à leur homologue judiciaire. Dans ce sens, on pourrait avancer qu'indépendamment de leur validité juridique intrinsèque, les dispositions répressives des codes administratifs et lois techniques puisent une part non négligeable de leur légitimité à la source du droit pénal. Un ordre juridique disciplinaire (où la dimension pénale est périphérique par rapport à la dimension réglementation) n'est sans doute viable qu'en appui sur un ordre répressif préexistant, même s'il est tenu soigneusement à distance.

En matière de contrôle administratif le principe d'appréciation de l'opportunité des poursuites se trouve transféré de fait du parquet à l'administration. Mais celle-ci ne peut pleinement déployer ses actions en opportunité que sur un fond de légalité juridictionnelle où elle puise une part de son autorité et de sa légitimité.

## Section II - LA COMMISSION DES OPERATIONS DE BOURSE : ENTRE MAGISTRATURE ECONOMIQUE ET GESTION DU DROIT DES AFFAIRES

L'intérêt d'une recherche sur un lieu comme la C.O.B. ou la S.E.C. (7) est qu'ils offrent un niveau d'observation des pratiques de régulation sociale, intermédiaire entre les instances purement professionnelles et les instances administratives. (Nous reviendrons plus loin sur l'ambiguité du statut juridique de cet organisme). C'est pourquoi l'étude de ses modes d'action révèle une combinaison des catégories juridiques classiques et de catégories pragmatiques. Le principe de légalité affronte sans cesse des principes d'opportunité (techniques, idéologiques, politiques...). Ceci se manifeste autant dans la formulation des conflits que dans leur traitement tel qu'ils sont pratiqués par la C.O.B.

### a) Plan des formulations

La C.O.B. est sans cesse amenée à prendre des décisions (visa, décision d'acceptation ou de retrait de l'inscription à la cote, émissions d'avis, d'instructions...) d'où l'intérêt qu'il y a à étudier son système de formulation, le type et surtout la forme des règles auxquelles elle se réfère et qu'elle produit pour fonder ses décisions. Prenons deux exemples :

- la plus grande fonction à travers laquelle on connait la C.O.B. est celle du contrôle des opérations d'initiés. Mais qu'est-ce qu'un "initié" dans un marché où la circulation d'information privilégiée n'est pas un parasitage, une anor-

./...

malité ou une délinquance, mais au contraire la base de toute action spéculative. La Bourse est largement un marché d'initiés, aussi bien informés de la vie courante des Sociétés que des événements et opérations exceptionnelles. Il s'agit là d'une question structurelle liée tout d'abord à la structure des milieux financiers français, à la forte interpénétration de la Bourse, des banques et des grandes entreprises. Lié également au mode de circulation institutionnelle des informations. Les représentants des banques et compagnies d'Assurances siègeant au Conseil d'administration d'une entreprise cotée sont à la source même de l'information privilégiée. Qu'est-ce alors qu'un "initié" punissable ?

- autre grande fonction : le contrôle de l'information donnée aux actionnaires et au public. Qu'est-ce par exemple qu'un faux bilan ? On le sait bien,il n'y a pas de comptabilité bonne ou mauvaise en soi. L'état d'un bilan s'apprécie autant par rapport au mode de calcul comptable adopté que par rapport à la situation économique d'ensemble d'une entreprise.

Dans ces deux domaines particulièrement flous et délicats, la C.O.B. a eu, nous le verrons, un rôle important de définitions et de transformation des règles applicables.

b) En ce qui concerne le traitement des contentieux, la situation de la C.O.B. est tout à fait paradoxale, à première vue. Sur ce plan, elle est celle des commissions administratives qui a le moins de pouvoir :

- elle ne peut en principe qu'informer le parquet ;
- celui-ci peut agir sans son accord préalable ;
- elle ne dispose d'aucun moyen de sanction propre.

Cependant elle est celle des commissions qui a le plus d'activités pré-contentieuses, elle instruit annuel-

./...

lement plusieurs centaines de plaintes qu'elle autorégule de façon à peu près totale. Elle effectue très peu d'incitation à la mise en oeuvre de procédures civiles. Il s'agit en théorie d'un organisme d'orientation mais, la C.O.B. a surtout développé, à partir des moyens qui lui étaient conférés, un pouvoir quasi-juridictionnel sur lequel nous reviendrons. La C.O.B. peut alors être saisie comme une forme de "magistrature économique", avec tous les guillemets que cette expression exige (9).

Elle fournit dans ce sens un terrain d'autant plus riche qu'elle semble cumuler en certains domaines des attributions relevant habituellement du législatif, de l'exécutif et du judiciaire. Ce cumul est d'autant plus remarquable que la C.O.B. est un organisme public ne disposant pas de la personnalité juridique. Elle est donc sans capacité théorique d'action autonome. La place d'un tel organisme dans l'appareil d'Etat est aussi difficile à cerner qu'il est difficile de qualifier juridiquement ses actes comme l'a montré J.J. SERRET (10). Son caractère hybride offre un terrain idéal au développement d'approches en termes de dépassement des cadres légaux,aux problématiques de l'échec qui interprètent les écarts constatés entre les formes juridiques et leur mise en oeuvre sociale en termes d'ineffectivité. Ineffectivité mesurée tant au niveau juridique (délégalisation) que judiciaire (déjudiciarisation).

A partir de la réflexion critique menée avec E. SERVERIN (11) nous avons essayé de nous démarquer de ces problématiques nostalgiques qui sous-entendent toujours l'existence, la possibilité ou l'aspiration à un droit effectif, à un ordre juridique pur. Problématiques qui n'en finissent pas de constater l'inaptitude du droit à gérer certaines réalités.

./...

Il nous a, au contraire, semblé plus profitable pour la recherche, de travailler sur un tel terrain sous l'angle de la positivité des actions relevées et des pratiques de mise en oeuvre du droit.

- la réflexion vise alors à saisir non les dysfonctionnements de l'ordre juridique mais les modes de production et de mise en oeuvre des règles ;

- mode de production et de mise en oeuvre que l'on ne pose pas a-priori selon un schéma évolutionniste comme étant en rupture avec les modes dominants mais que l'on pense plutôt en articulation avec eux, participant ainsi à un système plus complexe de définition et de règlement des conflits.

Il ne s'agit pas de ramener un organisme comme la C.O.B. à tel ou tel modèle, de le réduire à une étiquette, mais de chercher plutôt les formes de production et de mise en oeuvre des règles de droit auxquelles il participe, ainsi que l'étendue et les modalités de son registre d'action.

3. Méthodologie

Deux types de données ont été assemblés, des données documentaires et d'autres basées sur des entretiens. Nous caractériserons ces matériaux à grands traits ainsi que la perspective dans laquelle ils ont été constitués et travaillés.

a) données documentaires : elles ont été de trois sortes, correspondant à des niveaux d'activité différents de l'organisme étudié :

1. dépouillement des informations reçues par la C.O.B. qui sont essentiellement de deux types, des demandes d'information (émanant de particuliers, responsables de socié-

./...

tés ou professionnels tels que les commissaires aux comptes, agents de change), des plaintes (émanant d'actionnaires ou de clients d'agents de change, banque...).

2. des dossiers traités par les services juridiques, comptable ou de l'inspection du marché et correspondant soit à des informations reçues, soit à des interventions d'initiative (essentiellement des enquêtes sur des opérations comptables). /On trouvera dans les développements ci-après le détail quantifié de ces données 1 et 2/.

3. le dépouillement de l'ensemble des rapports d'activité (1968-1983) ainsi que des bulletins mensuels relatifs aux données relevées en 1 et 2. Enfin une série d'articles ou de communications publiés dans des revues spécialisées par les responsables de la C.O.B. (président, chef de service). Cet ensemble de documents peut être considéré comme constituant la formulation de la doctrine d'action. Sa confrontation aux autres données documentaires et aux matériaux recueillis dans les entretiens a été très profitable.

Nous avons alors moins raisonné à partir d'un produit fini (un dossier clos, une affaire transmise au judiciaire) qu'à partir de situations litigieuses en cours de formulation ou de règlement. Ceci afin de repérer les modes de qualification et de traitement appliqué à la situation-problème et les formes de recours au droit qui étaient opérés.

b) des entretiens avec des membres des différents services de la C.O.B. sont venus compléter les données précédentes dans un second temps. Il s'agissait d'entretiens informatifs basés sur l'analyse de dossiers actuels ou passés. Ils ne visaient pas à reconstruire une quelconque "stratégie des acteurs". Une telle approche a en général les plus grandes difficultés à démêler trois niveaux différents dans le discours :

- le niveau idéal (projet professionnel personnel et/ou institutionnel) ;

- le niveau de rationalisation (reconstruction légitimante des pratiques) ;
- le niveau des pratiques (description des actions concrètes et symboliques).

Ces entretiens visaient à saisir à partir de cas concrets, sur lesquels nous disposions parallèlement de données documentaires, les différentes formes d'actions menées et si possible le fondement des choix opérés.

Après avoir présenté les éléments de contexte généraux sur les activités de la C.O.B., nous détaillerons la question de la production et de l'application des règles par cet organisme.

./...

## I.- Eléments de contexte généraux : le projet de la C.O.B., du répressif au pragmatique

### A.- Contexte général d'intervention : relance du marché boursier et moralisation

La C.O.B. a été crée en 1967 dans un contexte de crise à deux dimensions :

- transformation des structures du capitalisme industriel et financier dans un double mouvement de concentration et d'internationalisation du capital.

- crise locale au niveau boursier français où se constatait une désaffection croissante des placements boursiers et la fréquence encore très forte dans notre tissu industriel de petites et moyennes entreprises de type familial.

La création de cet organisme correspondait à une double préoccupation d'élargissement de l'actionnariat.

- A l'intérieur du pays en le popularisant, c'est-à-dire rassurer l'opinion et attirer une nouvelle clientèle : "l'action doit redevenir un produit d'épargne loyal et marchand" (12). La création de la C.O.B. correspond à l'époque de l'institution de la participation des travailleurs aux fruits de l'expansion des entreprises, qui peut prendre la forme d'investissement en valeurs mobilières. Mais c'est surtout l'épargne des cadres qui semble alors visée dans le sens des recommandations du rapport Delouvrier. La large dissémination de la fortune mobilière est alors considérée comme un facteur d'équilibre à la fois financier et socio-politique. Vieux projet Saint-Simonien de faire de tout citoyen un actionnaire social.

- En faisant de Paris une place Financière Internationale ; c'est-à-dire ouvrir le marché français sur l'extérieur, attirer les investisseurs étrangers, renforcer ainsi l'assise financière des sociétés françaises cotées, afin d'assurer une croissance plus saine et rapide de l'Economie Française.

Ce double objectif avait un préalable, l'existence d'une "information aussi claire, sincère et complète que possible" sur la situation des sociétés, leurs résultats et l'évolution de leurs opérations.

A ces éléments de contexte socio-économique généraux s'ajoutent des raisons plus circonstancielles : le milieu des années 60 avait été marqué par des opérations de Bourse considérées comme relativement scandaleuses ou qui avaient été mal comprises par le public, des fusions en particulier. Le Premier Ministre G. Pompidou s'en était ému et avait donné l'instruction de mettre en place une institution qui "em-

./...

pêcherait le renouvellement de faits de ce genre". La sécurité des opérations et leur possibilité de développement passait en priorité par une moralisation apparente du marché boursier.

On trouve un souci de même type dans le projet de l'institution mère de la C.O.B., la "S.E.C.". Elle avait été créée en 1934 par Roosevelt à la suite de la crise des années 30 où étaient apparus la nocivité de combinaisons financières trop hardies et l'influence de la Bourse sur l'économie nationale.

En France, dans un premier temps, cette dimension moralisatrice provoqua d'importantes réactions négatives tant de la part des professionnels (agents de change, commissaires aux comptes) que de certains milieux d'actionnaires (crainte de révélation des informations au fisc).

Cette résistance n'était en rien nouvelle, elle manifestait simplement une réactualisation de la traditionnelle hostilité des milieux d'affaires à toute ingérence judiciaire et pénale en particulier. Représentants des secteurs professionnels et spécialistes du droit commercial se rejoignent presque systématiquement depuis le Second Empire pour dénoncer d'un seul choeur de telles ingérences et plaider pour une autonomisation maximale des règles commerciales. Le pouvoir de choisir son juge et sa règle est depuis le XIIè siècle un acquis corporatiste fermement défendu par les commerçants, et peu modifié par la législation napoléonienne. Le souci de protection de l'épargne publique contre les opérations spéculatives illicites fut parallèlement une constante d'une partie des pouvoirs publics tout au long du XIXè siècle. Les innombrables projets de réforme et les textes votés au sujet de la règlementation des opérations de bourse, du monopole des agents de change et de la gestion des sociétés commerciales en témoignent amplement (13). Le projet gouvernemental relatif à la C.O.B. n'était pas sans rappeler par certains côtés celui de la loi de 1867 : "La France est un pays de petite propriété, de petite épargne et de petits placements qui peut-être n'ont pas les lumières nécessaires pour discerner la valeur des offres qui leur sont faites"(14). La loi du 9 juillet 1902 réformant à l'initiative de M. Mitterand la loi sur les sociétés commerciales visait en priorité la protection de l'épargne populaire "le reproche le plus grave qu'on puisse adresser à la loi actuelle est son système défectueux de publicité" (15). Aux débuts des années 60 la question était une nouvelle fois d'actualité avec le projet fort discuté de réforme en ces matières. Une fois de plus les professionnels dénonçaient "la furie répressive" du texte (16). Ils rejoignaient les positions du célèbre commercialiste Escarra estimant que "les sociétés commerciales n'étaient pas faites uniquement pour alimenter la section financière du parquet de la Seine" (17).

./...

Dans un premier temps la C.O.B. fut généralement perçue comme un redoutable instrument de police administrative des sociétés commerciales risquant de réussir là où les parquets avaient jusqu'ici échoué le plus souvent. L'analyse des pratiques et de leurs résultats montre en fait que ce n'est pas par un usage systèmatique de ses possibilités répressives que la C.O.B. imposa son autorité. Son registre d'action se développa dans d'autres directions.

## B.- Activités de surveillance et suites judiciaires

La dimension répressive s'avéra vite limitée dans les pratiques de la C.O.B. Ceci est à attribuer autant à la faible quantité des dossiers transmis au pénal qu'aux échecs régulièrement rencontrés par ces mêmes dossiers lors de leur traitement judiciaire. Un aspect ne faisant bien sûr que renforcer l'autre. Ce phénomène apparaît autant en matière de surveillance des marchés boursiers que de surveillance comptable.

### 1. Surveillance des marchés boursiers

Cette activité donne lieu annuellement à l'examen de 500 à 800 dossiers. 150 à 200 d'entre eux donnent lieu à enquête approfondie pour rechercher l'existence éventuelle de manoeuvres en vue de faire monter le cours, de dommages ayant pu léser des opérateurs à l'occasion de transactions, de contrôle d'une animation particulière d'un cours précédant l'annonce d'informations importantes sur la situation économique ou financière de la société, et du contrôle du marché des actions ayant fait l'objet d'offres publiques d'achat ou de maintien de cours. Enfin de 30 à 80 dossiers particulièrement suspects donnent lieu au dépouillement intégral de toutes les transactions effectuées. Ces différentes enquêtes tentent de déceler l'existence de deux types d'opérations illicites : délit d'initié, manipulation des cours.

a) les délits d'initiés : en seize ans, 31 dossiers ont été transmis au parquet, soit une moyenne de 2 par an. Mais on note une nette irrégularité dans l'importance des signalements (chute en 74-76 et 80-82).

| Années | 72 | 73 | 77 | 78 | 79 | 80 | 81 | 82 | 83 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Dossiers transmis | 6 | 4 | 1 | 6 | 7 | 1 | 1 | 1 | 4 |

Tableau n°1 : Nombre de dossiers d'initiés transmis au judiciaire.

./...

Le résultat des procédures judiciaires est le suivant :

| | | |
|---|---|---|
| Affaires en cours | : | 3 |
| Classement | : | 5 |
| Non-lieu | : | 5 |
| Relaxe | : | 1 |
| Condamnations | : | 17 |

Les condamnations se répartissent ainsi selon la peine principale :

- emprisonnement avec sursis : 8 (3 à 10 mois)
- amende : 9 (de 5 à 150.000 F, en général le double du gain obtenu)

Il faut noter que depuis 1971 les tribunaux n'ont plus prononcé que des peines d'amende (à une exception près) et que l'essentiel des classements, non-lieux et relaxes a été prononcé durant cette seconde période. Il n'y a donc pas eu au niveau judiciaire intensification de la répression, bien au contraire.

Mais le plus important est sans doute l'analyse que l'on peut faire des types d'infracteurs sanctionnés. Nous avons évoqué précédemment la difficulté qu'il y a à donner un contenu à la notion "d'usage d'information privilégiée" dans un domaine qui connaît précisément une circulation structurelle de telles informations. On ne peut dire que la C.O.B. ait ici innové et produit de nouvelles normes en la matière. "L'initié" demeure presque exclusivement un affairiste individuel ou un boursicotteur maladroit qui tente sa chance. On sanctionne alors beaucoup plus la maladresse ou la grossièreté de la fraude qu'une gravité basée sur une organisation. Exemples-types : un administrateur vend massivement les actions de sa compagnie avant l'annonce de pertes importantes, d'autres achètent avant l'annonce de bénéfices importants, des membres de la direction d'une entreprise ou d'une banque achètent les actions d'une société juste avant son rachat par un grand groupe. Quand ils n'agissent pas directement ces "malinitiés" font opérer à leur place un de leurs proches tout aussi repérable. On trouve seulement deux cas où des initiés institutionnels ont été mis en cause : une société de gestion de porte-feuille et une banque étrangère (Suisse). Au-delà d'un certain niveau d'organisation, utilisant le relai d'opérateurs institutionnels, la spéculation boursière semble à l'abri des qualifications pénales. Les dossiers buttent alors sur les questions classiques de détermination des auteurs et des preuves. La C.O.B. n'a ici amorcé aucune innovation dans la pratique juridique relative à la responsabilité des personnes morales.

./...

Quant aux poursuites contre la banque Suisse "UNIG", elles se soldèrent par un non-lieu en 1980. Début 78, trois semaines avant l'annonce d'un dépôt de bilan, UNIG avait fait vendre 6.300 titres. La chute ultérieure du cours fit dégager à cette opération un bénéfice de 54.300 F. Pourtant la C.O.B. qui avait déjà repéré l'intervention de cette banque dans des opérations similaires avait particulièrement soigné la réalisation de l'enquête. Les éléments constitutifs de la complicité semblaient à peu près établis ainsi que la mauvaise foi du dirigeant qui après avoir opposé le secret bancaire se déroba à deux reprises aux convocations. Malgré une commission rogatoire internationale et la saisie de documents, l'information déboucha sur un non-lieu en raison de la protection particulière du secret bancaire suisse. La réalisation d'une inculpation aurait exigé la réunion des conditions suivantes : une double incrimination (la même dans les deux pays), une infraction fiscale ou douanière (et pas seulement financière), et une appréciation commune d'opportunité ("qu'aucun intérêt ne s'oppose à ce que les faits qui ressortent du dossier ne soient pas divulgués"). Réaliser la quadrature du cercle semble, en comparaison, jeu d'enfant.

b) la manipulation des cours : il s'agit du contrôle de la diffusion d'informations fausses ou trompeuses. Là encore, malgré le nombre important d'enquêtes ouvertes, très peu de dossiers débouchèrent sur des poursuites. Neuf au total pour des faits relativement minimes et proches de l'escroquerie individuelle dans sept cas. Deux affaires seulement portaient sur des sommes importantes (plus de 100.000 F.) : emprunt du Crédit National et émission d'obligations de Sud-Aviation. Respectivement les gains obtenus furent de 164.948 F. et 200.448 F. Le dernier dossier fut transmis au parquet la veille du délai de prescription. L'instruction est toujours en cours dix ans après les faits.

2. Surveillance comptable

Elle s'effectue à l'occasion de moments spécifiques de la vie d'une entreprise (entrée en bourse, augmentation de capital...) et de façon régulière sur les comptes publiés annuellement. Ce domaine d'action est bien plus important que le précédent puisqu'il permet de saisir, en théorie, l'état financier réel des sociétés faisant appel à l'épargne publique. La question de l'exactitude et de la sincérité des comptes est source de débats permanents. Le contrôle de la validité des informations données aux actionnaires, actuels ou potentiels, est une mission périlleuse que les pouvoirs publics de tous pays s'efforcent d'institutionnaliser depuis les grands kraks de la seconde partie du XIXè siècle. Le constat général des limites de l'action menée par les commissaires

./...

aux comptes (rémunérés par les entreprises dont ils vérifient les comptes) a, entre autre, fait de la C.O.B. un "super-commissariat aux comptes" public.

Il n'est pas question d'entrer ici dans le dédale argumentaire et très idéologique qui se déploie autour des mythes et vicissitudes de "la vérité comptable". La comptabilité n'a jamais prétendu être une science, elle est une technique de présentation d'opérations financières. Jusqu'à une période récente l'hétérogénéité des méthodes rendait difficile toute normalisation. La diffusion de diverses méthodes dont celle du "plan-comptable" et des "comptes consolidés" permet d'escompter une certaine homogénéisation. Quoiqu'il en soit deux obstacles principaux viennent régulièrement entraver ce projet, sinon de transparence, du moins de moindre opacité des comptes. L'un est relatif aux objectifs internes de l'entreprise l'autre à la pression fiscale :

- Le résultat d'un exercice financier est en quelque sorte l'image-synthèse de l'état commercial et financier d'une entreprise. Il est le document de référence à partir duquel se négocieront les prêts bancaires, les accords entre entreprises (prêt participatif, achat par un groupe...), les aides publiques, les appels à de nouveaux actionnaires, mais aussi la politique sociale (emploi, salaire...). Il sert aussi de base à la rémunération des actionnaires. Autant dire que le mode de présentation comptable retenu est très étroitement dépendant des enjeux prioritaires de l'entreprise définis par le groupe dirigeant. D'où un certaine nombre de manipulations comptables destinées moins à tromper qu'à obtenir (ou essayer de) tel ou tel résultat. Les changements de méthode comptable sont ici l'instrument le plus efficace de modulation des résultats financiers apparents. La détermination des annuités d'amortissement, la dotation des provisions règlementées ou l'évaluation des actifs immobiliers permettent ici d'importants glissements (18).

De plus on constate une tendance très générale chez les dirigeants "à lisser" les comptes, afin de limiter l'essentiel des variations (en hausse ou en baisse) d'un exercice à l'autre. La présentation de résultats en dents-de-scie semble aux antipodes de ce que ces professionnels considèrent comme étant une "bonne gestion". Ce lissage semble s'adresser en priorité aux actionnaires et aux autres partenaires financiers essentiellement bancaires, et tend principalement à assurer la crédibilité de l'entreprise. Cette esthétique comptable à visée stratégique ne va pas, bien sûr, dans le sens souhaité par la C.O.B. d'une clarification réelle des présentations comptables.

./...

- L'autre facteur de brouillage est externe à l'entreprise et provient du système fiscal. Le problème est d'ailleurs bien plus large, beaucoup d'auteurs s'accordent en effet pour reconnaître l'existence actuelle d'un "rapt du droit des sociétés et des contrats par le droit fiscal" (19). Il est notoire que le droit fiscal influe, en particulier, de façon déterminante sur l'utilisation des règles comptables. Deux dimensions convergent dans le même sens, le souci des dirigeants de dégager un minimum de bénéfice imposable et celui de l'Etat développant par exemple une politique économique d'aide aux investissements par des incitations fiscales. L'élaboration des comptes annuels d'une société est donc en priorité une démarche à visée fiscale, puis un instrument de stratégie financière, enfin un instrument d'information des actionnaires.

Quel sens donner alors à la notion de bilan "exact", de comptes "réguliers et sincères" ? Face à cette délicate question la C.O.B. n'a pas non plus fait prévaloir une politique répressive. Les obstacles qu'elle a rencontré dans ses quelques tentatives de recours au judiciaire n'ont pu que renforcer son orientation pragmatique. Seuls huit dossiers ont été transmis en cette matière au parquet, trois d'entre eux ont débouché sur des relaxes, quatre sont en cours d'instruction (dont un depuis plus de 10 ans), un a donné lieu à condamnation. Examinons quelques exemples :

a. Affaire ERICSSON : à la suite de la prise de contrôle par le groupe Thompson-Brandt de la Société Française des téléphones Ericsson (S.F.T.E.) le nouveau conseil d'administration constate une sur-évaluation des stocks. Ce qui avait permis de dégager pour l'exercice 75 un bénéfice net de 20,5 M. qui se révèlera dissimuler un déficit. L'exercice 76 (après prise de contrôle) fera alors apparaître 50,1 M. de pertes. Sur plainte, la C.O.B. ouvre une enquête sur la gestion passée et retient les éléments suivants :

- changement de méthode comptable non-conforme aux exigences légales (à deux reprises) non justifié ;

- existance d'éléments entachant la régularité et la sincérité des comptes, constitutifs du délit de bilan inexact ;

- une série de faits établissant une absence d'information réelle des actionnaires ;

- infraction de non-révélation par les commissaires aux comptes qui ont toujours tout avalisé.

Les motifs du jugement rendu le 24 novembre 1983 par le tribunal de Nanterre méritent quelque attention :

- le changement de méthode comptable est considéré comme n'ayant pas eu d'incidence sur le chiffre d'affaires et n'ayant entrainé aucune inexactitude des comptes, ni défiguration de la situation de la société ;

./...

- l'imprécision et les lacunes dans les éléments comptables sont justifiés par des éléments de faits (dispersion des stocks) et n'ont pas donné lieu à des estimations volontairement erronée ;

- le tribunal écarte l'abus de bien social faute d'intérêt personnel ("les intérêts de la filiale française s'inséraient dans ceux, plus vaste, du groupe") ;

- tout en rappelant l'obligation de vérité et le devoir de révélation des commissaires aux comptes, faute, ici, de faits délictueux reconnus, rien ne peut leur être reproché.

- relaxe du P.D.G. d'ERICSSON et du commissaire aux comptes.

Tous les arguments de la C.O.B. ont été balayés. Il en a été de même dans deux autres affaires :

b. Affaire SICLI. La C.O.B. signale au parquet en 1978 des faits relevant du faux bilan (insuffisance caractérisée de provisions) et non-information des actionnaires par un président craignant de se voir contester par un groupe actionnaire important (40% des parts). En 1983, renvoi en correctionnelle, le jugement reprend les arguments du réquisitoire définitif écartant l'intention frauduleuse : "les dirigeants ont été abusés par des informations optimistes leur permettant de conserver l'espoir de voir la situation de leur filiale se redresser". Relaxe du dirigeant et du commissaire aux comptes. Le parquet ayant fait appel, la Cour reçoit cet appel en juin 84 mais estime, cette fois, les faits prescripts au moment du départ de l'enquête préliminaire, à quinze jours près.

- une affaire similaire (publication de bilan inexact et distribution de dividendes fictifs) concernant les sociétés ROFFO et DUVANT a également débouché sur des relaxes.

c. Par contre l'affaire VOYER s'est achevée par une condamnation, mais la sanction pénale est ici venue doubler une sanction économique préalable. La publication de faux bilan et d'abus de biens sociaux ayant été découverts à l'occasion du règlement judiciaire de la société.

Comme on le voit, la supposée "furie répressive" de la C.O.B. n'a duré que le temps d'un bref fantasme chez ses adversaires des premières années.

## C.- Elaboration d'une philosophie pragmatique

1. Des griefs constants : il suffit de lire année après année les rapports d'activité de la C.O.B. pour constater à quel point les motifs de griefs ne manquent pas. Faute de moyens coercitifs, ces rapports dénoncent répétitivement les mêmes insuffisances en particulier en matière d'information des actionnaires et du public. Ainsi le rapport pour l'année 1982 estimait que pour 651 sociétés cotées en bourse, 31% des rapport présentés étaient insuffisants, 28 % de qualité

./...

moyenne et 12% publient en fin d'exercice des résultats non-qualifiés, c'est-à-dire non accompagnés de la mention brut ou net, avant ou après amortissement, provision et impôt. D'où une impossibilité de connaître la situation réelle de l'entreprise. De même malgré les très importantes pressions de la C.O.B. ces dernières années, 20% seulement des sociétés publient des comptes consolidés, c'est-à-dire tenant compte de l'ensemble des résultats obtenus par les filiales du groupe auquel appartient la société (*).

L'effort de disciplinarisation des pratiques d'information financière semble donc avoir encore des résultats limités. Les idées de l'entreprise "Maison de verre" à la gestion transparente et celle de comptes annuels, instrument utilisable par les actionnaires, sont deux mythes que la C.O.B alimente par ses recommandations sans pouvoir souvent leur donner un sens réel.

2. Une double distance vis-à-vis du pénal : la dimension répressive est très secondaire dans l'action de la C.O.B., toutefois la possibilité de signalement des infractions au parquet a certainement contribué à asseoir l'autorité de cet organisme, surtout dans ces premières années d'existence. De plus durant cette période, la C.O.B., en saisissant le judiciaire de dossiers qu'elle considérait comme exemplaires, a expérimenté très concrètement cette voie d'action, en matière de délit d'initié, de faux bilan et d'abus de biens sociaux. Les résultats obtenus l'ont cependant conduit à calibrer de façon très restrictive les dossiers retenus pour l'amorce de suites pénales. L'exemplarité n'est plus alors définie par l'importance des enjeux financiers ou théoriques d'une affaire, mais par son aptitude à se mouler dans la forme pénale classique : un auteur personnalisé et identifié, un dommage évaluable, des faits simples matériellement constatés. Ces stéréotypes pénaux garantissent en général une issue en forme de condamnation, ce qui est le résultat attendu. Ils ne peuvent donc s'appliquer dans la clientèle de la C.O.B., qu'au petit spéculateur, à l'initié maladroit ou au dirigeant utilisant explicitement les biens sociaux pour des fins personnelles. Par contre toute organisation complexe, tout système abstrait de fraude tel que le permet par exemple la structure d'un groupe échappera de fait à l'application de qualifications pénales. Les faits ne seront pas reconstruits en terme de délinquance et demeureront des illégalismes gérés de façon interne. L'issue des cinq enquêtes approfondies relatives aux affaires WILLOT en fournit l'exemple le plus explicite (20).

./...

---

(*) Autre grief constant, le retard systématique dans la tenue des assemblées générales annuelles : 18% seulement ont lieu dans les 3 mois suivants la clôture de l'exercice et 60% dans les 6 mois. Aux U.S.A., les assemblées ont lieu presque toujours dans le mois qui suit la clôture.

A cette distance, constituée par le faible recours quantitatif au pénal, s'ajoute celle provoquée en feed-back par l'insatisfaction générale des résultats des signalements judiciaires. Au-delà de la durée des procédures trois aspects nourrissent cette dimension : l'absence de collaboration technique (la C.O.B. est traitée comme un plaignant ordinaire, ses dossiers n'ont pas valeur d'expertise publique et sont en général repris en totalité par des agents peu spécialisés), la proportion assez marquante de non-lieu et relaxe (qui décrédibilise la C.O.B. dans le milieu professionnel et fournit des armes redoutables aux défenseurs dans les procès ultérieurs) et la faiblesse relative de la plupart des sanctions prononcées. Ces aspects sont d'autant plus mal compris que contrairement à d'autres administrations et commissions techniques, la C.O.B. a dans son personnel (Collège et services) plusieurs magistrats, spécialistes des affaires financières.

Il faut pour conclure sur ce point rappeler que les deux dimensions de cette distance se nourrissent directement l'un l'autre (21). Moins le judiciaire connaît de tels dossiers, moins il s'accoutume à leur traitement, plus il les traite avec circonspection et moins il répond à la demande initiale de "répression exemplaire". Le pénal ne tient pas sur commande un rôle de bras-séculier. Il résiste particulièrement aux mises en oeuvre dans lesquelles il sent la pratique du choix de l'opportunité des poursuites lui échapper au profit d'un autre système de régulation.

3. Une doctrine de fait : face aux insuffisances de l'impact sur les milieux professionnels et aux limites des recours au judiciaire on a vu se préciser, au sein de la C.O.B., à la fin des années 70 deux courants de doctrine. L'un peut être défini comme "normatif-légaliste", l'autre comme "normatif-pragmatique".

a) le courant "normatif-légaliste" estimait qu'après dix ans de définition et de pédagogie des règles du jeu, il y avait possibilité de changer explicitement de registre d'action. La période d'acclimatation des milieux financiers à la C.O.B. étant close et la légitimité de cette institution finalement bien assurée, il semblait souhaitable à certains de passer à une forme de surveillance plus active. Leur crainte étant une perte de crédibilité progressive, faute de moyens réels pour faire évoluer les pratiques des sociétés commerciales. Cette analyse débouchait sur la revendication de pouvoirs nouveaux, avec comme référence ceux dont disposent la S.E.C. américaine ou la Commission des valeurs mobilières québécoise (ces commissions ne recourent à peu près jamais au pénal, mais initient ou soutiennent beaucoup d'actions civiles et commerciales). Il s'agissait aussi de donner un cadre légal à toute une série de modes d'intervention élaborés empiriquement mais

./...

utilisés sur une base de fait et non de droits. Différentes attributions étaient susceptibles d'aller dans ce sens :

- un pouvoir de transaction : évitant d'avoir à faire la démonstration de l'intention frauduleuse et basé sur le simple constat d'une opération illicite (en comptabilité, abus de biens sociaux...). Il y aurait reversement ou rectification sans reconnaissance de culpabilité, simplement un constat par ordonnance du juge civil.

- un pouvoir d'injonction : à l'image de la S.E.C., la C.O.B. demanderait au juge civil de faire une injonction dans les cas de constat de situation illégale, avec demande de rectification sous astreinte (au montant très élevé) et dans un délai très court. Un pouvoir d'injonction directe aurait pu aussi être reconnu au Ministre des finances.

- un pouvoir d'expertise : il tendrait à soutenir l'action civile intentée par des actionnaires minoritaires. Aux U.S.A., le rapport de la S.E.C. valide la demande et évite la consignation de frais et la réalisation d'autres expertises.

- la reconnaissance de la capacité des associations d'actionnaires à se constituer partie civile sur le modèle de la "class-action" américaine.

La reconnaissance de tels pouvoirs aurait permis de clarifier quelque peu, aussi bien le cadre légal qui fonde les actions de la C.O.B. que les positions qu'elle a à tenir en particulier dans les conflits entre actionnaires et dirigeants ou entre actionnaires majoritaires et minoritaires. Doit-elle avoir un rôle de conseil, participer à la recherche de compromis, appuyer des actions estimées légitimes ? C'est le type de question auquel les "normatif-pragmatique" se refusent à répondre a-priori.

b) le courant "normatif-pragmatique" : c'est lui qui l'a emporté puisque aucun des projets précédents n'a finalement été retenu. Le terme "courant" est ici difficile à utiliser puisque le propre du pragmatisme est de se refuser à toute formalisation conceptuelle. La valeur pratique est le critère qui fonde ici la vérité. On privilégie les approches en termes d'efficacité sur les situations et les décisions d'opportunité. La prise de décision au cas par cas et selon des éléments particuliers de contexte est préférée à l'explicitation de règles générales contraignantes. Ce qui ne veut pas dire que l'on ait à faire à un arbitraire. Bien au contraire chaque bulletin, chaque rapport de la C.O.B. contient de nombreux rappels et définitions de normes "délibérées et arrêtées par le Collège (¥) et constituant la "doctrine".

./...

---

(¥) Le Collège est l'organe de décision de la C.O.B., composé de cinq membres désignés par les pouvoirs publics et ayant la responsabilité commune de l'action de l'organisme.

Cependant cette "doctrine" présente un double caractère. Il s'agit tout d'abord de normes internes, produites par l'organisme lui-même sans le contrôle et les procédures qui caractérisent la production habituelle des normes publiques. Le texte suivant est caractéristique de ce courant : "Alors que les textes impératifs ont le triple défaut de brider les initiatives, de paralyser les imaginations et de n'empêcher qu'imparfaitement les abus, une doctrine stimule les énergies et possède par elle-même, si elle est bien conçue, un puissant pouvoir d'entrainement"(22).

D'autre part, il s'agit d'une "doctrine" en partie négociée avec les milieux professionnels concernés. Ce n'est pas en soi une originalité, tout organisme administratif effectue des consultations de ce type. Mais ici il importe de relever que les professionnels (agents de change, expert-comptable, dirigeant d'entreprise) sont présents dans le personnel même de la C.O.B., soit en tant que membres désignés soit en tant que personnel contractuel. D'autre part, la multiplication des contacts personnels avec des responsables professionnels est une démarche constante et explicite des différents services de la C.O.B. (23). Ceci afin de garder le contact le plus étroit possible avec le milieu, recueillir des informations et diffuser la doctrine-maison à l'occasion de contrôle ou de conseil. Par ces contacts et les questions qu'ils introduisent sans cesse, on peut dire que cette doctrine est aussi en négociation constante. Elle évolue selon les besoins du moment et les cas d'espèce.

L'animation du milieu financier, la prévention par dissuasion et la régularisation des différents sont les maître-mots de cette doctrine pragmatique dont nous allons maintenant analyser plus en détail les différentes composantes.

## II.- Les effets du pragmatisme sur la production et l'application des normes

Ce qui frappe à l'analyse, c'est l'étendue du registre d'intervention que la C.O.B. s'est taillée dans le cadre assez général des textes définissant ses attributions et malgré le peu de pouvoir coercitif dont elle dispose. Nous nous sommes efforcés d'inventorier et de classer ces domaines d'intervention et nous les avons regroupé autour de deux axes d'action : la production de règles ou pouvoir normatif, l'application des règles et le règlement des conflits ou pouvoir para-juridictionnel. Pour chaque composante des axes nous donnerons un ou deux exemples significatifs des pratiques, ils pourraient être multipliés.

./...

A.- Le pouvoir normatif

La mission de départ était double : contrôle et règlementation du fonctionnement de la bourse, contrôle des informations fournies par les sociétés faisant appel à l'épargne publique. Ce domaine s'est trouvé amplement développé par la pratique en un contrôle des opérations financières menées par les sociétés commerciales importantes cotées et non cotées. Certes le risque est grand de faire ici du "Cobisme" en laissant entendre que toute décision concernant les activités des sociétés se ferait à son initiative. Elle se trouve bien évidemment au carrefour de pressions économiques, politiques et professionnelles. Si elle subit des pressions, elle maintient cependant une autonomie, comme l'atteste l'imposition récente contre l'avis dominant des milieux d'affaires du système des comptes consolidés et de la désignation d'experts de minorité. Sans prétendre donc en faire un acteur unique, on peut voir en elle un entrepreneur normatif particulièrement actif. Ceci se traduit de la façon suivante.

1. Incitation à la législation. La C.O.B. a un rôle de conseil des pouvoirs publics et dans ce sens elle a à différentes reprises incité à la production de textes législatifs ou à leur modification. Elle intervient régulièrement pour faire inclure dans des textes de loi des dispositions à caractère technique : loi de 1981 précisant le mode de calcul des majorités, loi de 1983 sur les conditions de vote par correspondance des actionnaires etc... Mais son action se manifeste aussi par la préparation et le suivi de textes orientant de façon décisive le domaine. Nous en citerons trois parmi les plus importants :

- Ce fut le cas à deux reprises depuis sa création pour l'extension de la législation répressive concernant la poursuite des initiés (loi du 23/12/1970 et du 24/10/1980 modifiant l'a.10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967).

- La C.O.B. est à l'origine de la loi du 3 janvier 1984 posant le principe de la publication obligatoire de comptes consolidés pour les sociétés cotées ayant des filiales ou des participations.

- La loi du 1er mars 1984 sur la prévention des entreprises en difficulté contient des dispositions formulées depuis longtemps par la C.O.B. sur l'exercice des droits des actionnaires minoritaires. Ceux-ci pourront se grouper en association pour demander une expertise. Ce droit est également étendu à d'autres personnes (commissaires aux comptes, ministère public, C.O.B.,...) dans certaines circonstances les honoraires peuvent être mis à la charge de la société.

./...

- La C.O.B. a également participé à partir de 1977 à l'élaboration d'un code de conduite européen sur l'information des actionnaires par les sociétés. Elle intervient donc aussi hors du seul cadre législatif (24).

2. Interprétation des règles législatives : la C.O.B. occupe un rôle très important d'interprétation des textes concernant la règlementation des sociétés commerciales. Elle cumule ici le rôle tenu habituellement en droit par la doctrine et la jurisprudence. Cette fonction s'exerce essentiellement à l'occasion des nombreuses demandes de renseignements qu'elle reçoit par courrier. Elle en traite annuellement un millier qui émanent à 40% de sociétés, 30% d'actionnaires et investisseurs particuliers, 20% de professionnels (comptables, conseils...) et 10% d'autres particuliers. Ces proportions sont très stables avec des variations de 5% d'une année à l'autre. Les interrogations portent principalement sur les points obscurs ou particulièrement complexes des lois de référence : celle 1968 sur les sociétés commerciales (ex : question de la distribution des accomptes sur dividende) ou celle de 1972 sur le démarchage financier (ex : possibilité pour les sociétés d'effectuer elle-même des démarches).

Par contre la "doctrine" interne conduit la C.O.B. à refuser toute consultation dès que le litige est porté devant un juge. Elle ne répond plus dès lors qu'aux demandes du parquet. Elle pratique donc plus un complément jurisprudenciel qu'elle ne constitue une concurrence directe. Cependant la rapidité de ses interventions et le secret qui les accompagne en font une voie souvent privilégiée par les milieux d'affaires.

3. Production d'une règlementation propre

La C.O.B. dispose par ses attributions officielles d'un pouvoir normatif autonome. Il faut cependant distinguer entre les différentes formes de ce pouvoir.

- le pouvoir d'instruction s'exerce dans les matières où la C.O.B. détient un pouvoir de décision propre, essentiellement l'organisation du marché boursier et des informations publiées. Elle formule alors ses exigences et fait connaître les critères de ses décisions futures. C'est le cas par exemple pour l'admission des titres à la cote, l'organisation récente d'un "deuxième marché", ou bien le contenu des notes d'information devant recevoir un visa de la C.O.B. (émission d'actions, d'obligations, O.P.A., aux environs de 200 opérations annuelles). Dans ce registre, cet organisme tient un rôle équivalent à celui d'une direction ministérielle (25).

- le pouvoir de recommandation s'exerce dans les matières où la C.O.B. n'intervient qu'a posteriori, comme complément du pouvoir règlementaire ou législatif (présentation des bilans, rôle des commissaires aux comptes...). C'est un domaine qui a pris en pratique une place considérable. C'est aussi celui

./...

où le pragmatisme exerce sa plus grande influence produisant des normes au fondement légal peu assuré, peu contraignantes en théorie, très prégnantes en fait, élaborées selon un système purement interne de négociations et de décisions et toujours susceptibles de modifications ou de dérogations.

Deux domaines sont, entre autres, des lieux privilégiés d'exercice de ce pouvoir, celui de l'organisation de la profession de commissaire aux comptes et celui des réformes comptables. Chacun de ces sujets nécessiterait à lui seul une étude, nous n'en donnerons ici que quelques lignes faisant sentir l'importance des pratiques concernées :

- en matière de surveillance comptable la C.O.B. s'est totalement appuyée sur la propension des commissaires aux comptes (C.C.). Le service comptable de cet organisme ne comporte en effet que 3 à 4 personnes auxquelles il appartiendrait de surveiller la comptabilité des 650 sociétés cotées. Tâche impossible. De plus les C.C. ont une obligation légale de révélation des faits délictueux qu'ils constatent. Ils ne l'utilisent presque jamais mais elle autorise une pression sur eux. La C.O.B. s'est ici substituée aux parquets dans la gestion de cette obligation pour les sociétés cotées en bourse. En effet, au schéma théorique suivant :

1. constat d'une situation infractionnelle par le C.C. → signalement au parquet → appréciation d'opportunité → classement / poursuite

La C.O.B. a développé le dispositif suivant :

2. constat d'une situation problématique par la C.O.B. ou par le C.C. → discussion entre la C.O.B. et le C.C. → négociation avec le dirigeant → rectification

L'objectif pragmatique de réalisation d'une amélioration comptable l'emporte amplement sur l'approche strictement légaliste du constat d'infraction et de l'obligation de révéler (26).

D'autre part, sans qu'il y ait eu réforme officielle, la C.O.B. a largement contribué à la transformation radicale de la profession des C.C. Certes la C.O.B. n'a pas

./...

ici joué seule. L'internationalisation des circuits financiers et la généralisation des structures de groupes ont imposé en France dès la fin des années soixante les pratiques d'audit élaborées par les cabinets anglo-saxons. Cependant de son côté, la C.O.B. a contribué à restructurer cette profession qui en quelques années est passée de pratiques artisanales à des méthodes très modernes. Ce qui a conduit à la création de gros cabinets utilisant amplement les méthodes informatiques (27).

Le seul élément de pression légal est un texte de 1976 autorisant la C.O.B. à émettre un avis défavorable au renouvellement du mandat de C.C. des sociétés cotées. De 1977 à 1980 elle a émis annuellement dix avis défavorables et elle effectue une soixantaine d'enquêtes annuelles approfondies sur les activités des C.C. Cet avis donné sur les renouvellements a permis une double pression :

- sur les sociétés tout d'abord, craignant d'avoir ultérieurement des difficultés avec la C.O.B. si elles ne suivaient pas son avis (refus de visa, mise en cause des bilans annuels...),

- sur la profession du C.C. d'autre part en vue de transformer ses pratiques (limitation du nombre de mandats exercés, approfondissement du travail, modernisation des méthodes...).

Les craintes et malaises suscités par les initiatives de la C.O.B. dans les premières années se sont retournés en une assez forte adhésion des professionnels. En effet leur domaine d'intervention a acquis une plus grande importance aux yeux des sociétés. De plus l'accroissement des exigences de la C.O.B. signifie pour eux également un accroissement de leurs tâches et de leur rémunération. La restructuration de la profession du C.C. est en effet inséparable de celle des méthodes comptables.

La C.O.B. s'est attelée très tôt à la question des réformes comptables en relation étroite avec les organismes professionnels concernés. En particulier, elle s'est efforcée de promouvoir des normes susceptibles de contre-carrer la "pollution fiscale" de cette matière. Pragmatiquement elle n'a jamais repris la notion à haut-risque de "comptabilité exacte" et lui a toujours préféré celle de "comptabilité sincère et régulière". Et dans la même perspective pratique elle s'est toujours efforcée de traduire en termes de "label de qualité", "d'image de marque" ou en "technique de gestion" ce que les sociétés percevaient au départ comme des moyens de contrôles accrus. La promotion longtemps informelle des comptes consolidés, avant leur imposition légale, est tout-à-fait révélatrice de cette démarche.

Les appréciations en termes d'opportunité et la mobilité qui caractérise ce système de production pragmatique de règles, se retrouve dans les formes de leur mise en oeuvre.

./...

B.- Pouvoir de règlement des conflits

On retrouve ici la même étendue de domaine d'intervention qu'en matière de production normative. Cependant autant ce dernier point était une extension de pouvoirs réglementaires fondés sur des dispositions légales, autant nous avons affaire ici à une forme de compétence développée sur des bases totalement empiriques. Certes les textes accordent à la C.O.B. un certain nombre d'instruments procéduraux, injonction à procéder à des publications rectificatives (a.3 de l'Ord. de 1967), pouvoir de convocation et d'audition de certaines personnes (a.5), droit d'entrée dans les sociétés contrôlées (a.5), publication de communiqués etc... Il est alors particulièrement intéressant d'analyser le type de mise en oeuvre de ces dispositions, dans un système largement gouverné par des règles d'opportunité et d'efficacité pragmatique. Les dénominations données l'ont été par nous. Il n'y a guère de discours structuré à la C.O.B. sur ces pratiques et aucune "doctrine" officielle.

C'est en fait un pouvoir quasi-juridictionnel que cet organisme a su développer. Il participe ainsi au règlement de conflits opposant aussi bien des partenaires économiques privés que concernant l'ordre public financier. Ses interventions se fondent autant sur des actions d'initiative que sur des saisines extérieures.

1. Les régulations d'initiative

Les actions systématiques de surveillance des opérations comptables d'information financière et boursière, conduisent les services de la C.O.B. à repérer un certain nombre de situations irrégulières. Ces situations-problèmes seraient toutes susceptibles de donner lieu à un litige c'est-à-dire à procès (civil ou pénal). L'action régulatrice de la C.O.B. évite en pratique le recours au judiciaire, mais par quelles voies ? Il est intéressant de noter que toute opération, même mineure, peut déclencher un processus de contrôle approfondi et l'imposition de mesures. Ainsi en 1981, la société "Moteurs Duvant", déposa une note d'information sur sa situation financière en vue de l'émission d'actions. La C.O.B. saisit l'occasion pour examiner la situation comptable de cette société. La jugeant insatisfaisante elle refusa l'octroi du visa tant qu'une révision générale des comptes ne serait pas réalisée.

Ces régulations d'initiative peuvent prendre différentes formes, nous en distinguerons trois principales sans prétendre être exhaustif.

./...

a) L'admonestation

Le point de départ est toujours le constat de la violation d'une norme interne ou même d'une règle légale. Toutefois, soit la faible gravité des faits, soit le caractère de l'auteur (infracteur primaire ou plaidant sa 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'admonestation se présente alors comme une mesure éducative se substituant à une sanction due.

Le domaine le plus flagrant est sans doute celui de la disciplinarisation des commissaires aux comptes qui eut lieu tout au long des années 70. la C.O.B. ne suscita qu'un nombre minime de poursuites pénales pour non-dénonciation ou défaut de diligence /6/ et guère plus de poursuites disciplinaires (une dizaine ayant donné lieu à quelques avertissements et une suspension). L'essentiel du contrôle se fit par voie professionnelle (convocation, avis défavorable au renouvellement, avis de remontrance pour diligence insuffisante, imposition d'un plan de travail, etc...). Le même type de procédure est utilisé pour les agents de change. Elle peut également s'appliquer aux dirigeants de société quand la pression sur le C.C. semble insuffisante.

Autre domaine, celui des opérations financières menées par les sociétés :

- deux filiales s'achetaient mutuellement des actions pour faire grimper le cours de leurs titres. La C.O.B. intervint par admonestation pour faire cesser cette pratique de "cours soufflé".

- en 81 une grande société étrangère émis sur le marché français des actions et obligations sans brochure d'information et sans visa C.O.B. Prévenue tardivement de l'opération, la C.O.B. ne put l'empêcher mais fit un rappel au règlement et obtint l'engagement du respect pour le futur des procédures françaises.

b) L'imposition des rectifications

Ce pouvoir s'appuie sur celui d'information donné par les textes et s'adresse aux sociétés réticentes afin de la contraindre à publier des informations rectificatives. La C.O.B. l'utilise de façon extensive en se substituant totalement à la société quand celle-ci retarde délibérément la diffusion d'informations. Elle peut agir aussi en complément lorsqu'elle estime que la société ne fournit que des éléments partiels ou contradictoires. Ex: en 1983, mise au point par la C.O.B. sur un conflit entre Elf-Aquitaine et la Générale Occidentale qui ne parvenaient pas à élaborer une information concordante.

./...

c) L'occultation-menace

Il est des cas où le caractère infractionnel de la situation irrégulière repérée semble explicite. Plus exactement, il s'agit de situations où une qualification pénale pourrait être éventuellement appliquée en raison d'éléments matériels et intentionnels caractérisés. Toutefois des éléments d'opportunité conduiront finalement à une non-qualification pénale des faits et à leur reconstruction en illégalisme relevant d'une action administrative. Cette appréciation se fonde d'abord sur des critères économiques et politiques. Mais elle peut aussi correspondre à un refus ou une crainte du pénal s'agissant de dossiers complexes ne correspondant pas ou peu aux stéréotypes attendus par les juges correctionnels. Au risque, symboliquement coûteux, d'un non-lieu ou d'une relaxe, ou préférera une "occultation-menace", c'est-à-dire une admonestation agravée.

- Ainsi en 1969, la société St Gobain effectua une augmentation de capital sans fournir d'éléments d'information valables. En particulier le bilan du dernier exercice, qui était déficitaire, n'avait pas été publié. Bien que la faute soit caractérisée, la C.O.B. passa outre estimant, officiellement, que la société n'avait pas volontairement retardé la publication des comptes. On retint donc en apparence la bonne foi du dirigeant et du C.C. - il y eut cependant admonestation - Le prestige de cette "vieille maison" et l'absence d'antécédents fondèrent en fait ce classement sans suite, sous condition, bien sûr qu'il n'y ait pas récidive.

- C'est un processus contraire qui déboucha en 1980 sur l'occultation-menace d'une nième "affaire Willot". En 1971 la C.O.B. avait ouvert une enquête sur les conditions du rapprochement entre la Belle Jardinière et le Bon Marché. Les plaintes d'actionnaires avaient entrainé l'inculpation des frères Willot et leur condamnation en 1974. Depuis d'autres procédures avaient été engagées contre eux à diverses reprises. Les comptes de l'exercice 78-79 de la société Boussac-Saint-Frères (autre filiale du groupe Agache-Willot) suscitèrent des réserves des C.C. La C.O.B. ouvrit une enquête et le fit savoir. Il s'en suivit une série de rencontres, de négociations et de communiqués. La C.O.B. envoya un observateur à l'assemblée générale de la société. Elle fit ensuite savoir que les régularisations apportées lui semblaient encore insuffisantes. Le tout s'acheva en surface par un communiqué-sermon (dans le désert ?) où la C.O.B. "souligne la nécessité d'un abandon des pratiques utilisées... ces remarques doivent être prises en considération". Certes, mais sous peine de quoi ?

Il semble en fait qu'à l'occasion du plan de restructuration de l'industrie textile française, dont Agache-Willot fut le promoteur et qui fut soutenu par les pouvoirs

./...

publics (28), une trève pénale ait été conclue. Il y eut ainsi un non-lieu pour fraude fiscale en 79 et le classement de diverses infractions aux lois sur les sociétés. Mais on peut aussi soutenir que seule une appréciation technique fit écarter le signalement au parquet. En effet la jurisprudence actuelle considère que l'intérêt du groupe l'emporte sur celui d'une société particulière. Cette position autorisa divers non-lieu et relaxes. Agache-Willot n'avait pas besoin d'une absolution supplémentaire (29).

2. Les régulations sur demande

La mise en oeuvre de ces régulations repose sur les informations et plaintes que la C.O.B. reçoit émanant d'actionnaires ou d'associés. Il est frappant de voir à quel point la C.O.B. s'est forgée dans les milieux concernés une image de quasi-juridiction aux pouvoirs étendus à laquelle on fait recours pour obtenir informations, conseils, conciliation ou arbitrage. Là encore nous mettrons en évidence certaines formes sans prétendre faire le tour de ce mode de régulation.

a) Soutien dans des conflits

Bien que, contrairement à la S.E.C., ne disposant pas d'un tel pouvoir officiel la C.O.B. prend partie dans certains conflits et apporte son soutien à l'une des parties :

- c'est le cas dans les conflits classiques entre actionnaires minoritaires et dirigeants, en particulier pour l'obtention d'informations ou la tenue d'assemblée générale. La C.O.B. soutint ainsi un actionnaire qui ne parvenait pas à faire inscrire à l'ordre du jour d'une assemblée un projet de résolution très critique. Elle le fit publier au B.A.L.O. (30).

- c'est aussi le cas fréquemment dans les conflits opposant un commissaire aux comptes à un dirigeant sur l'étendue des contrôles nécessaires et le montant des honoraires. Les C.C. s'appuient sur la C.O.B. pour obtenir un accord et l'emportent le plus souvent.

b) Imposition de rectifications dans des opérations financières

Le point de départ est ici le constat d'un abus de droit. Les fusions entre société et la constitution de groupes ont ainsi provoqué à diverses reprises des situations dommageables. La C.O.B. intervient alors pour assurer le dédommagement des actionnaires lésés. Elle imposa ainsi à deux reprises (société Cora en 75 et la Mure en 78) la réalisation d'O.P.A. au bénéfice d'actionnaires minoritaires lésés (31). La C.O.B. participa bien sûr activement à la fixation du prix de rachat des actions dévaluées. Dans ces deux cas le signalement au parquet a été mis en balance avec la réalisation de l'opération financière.

./...

c) Imposition de dédommagements

Sans aller jusqu'à des opérations de l'envergure d'une O.P.A., la C.O.B. intervient aussi pour l'organisation de dédommagements divers. C'est le cas par exemple pour des plaintes émanant d'opérateurs s'estimant lésés par des agents de change à propos de l'exécution d'ordres boursiers. Une instruction à charge et à décharge est faite. Puis après consultation des différents services, s'il n'y a pas de contestation, la C.O.B. propose la réalisation d'une transaction entre les parties. Le règlement s'opère à peu près dans un délai de six mois et à un coût minimal pour les parties. Si un procès civil était mis en oeuvre le délai serait de 5 à 6 ans, avec une expertise coûteuse.

De même la C.O.B. organisa à diverses reprises le dédommagement d'obligataires. En matière de sociétés, elle imposa le reversement de salaires excessifs aux fonds sociaux d'une entreprise par des dirigeants. Un signalement pour abus de bien social était alors en balance.

On pourrait ainsi multiplier les exemples mais nous pensons avoir fait l'inventaire des principales directions dans lesquelles la C.O.B. déploit son autonomie normative et régulatrice. Avant de conclure on peut rappeler les principales caractéristiques des modes de règlement des conflits développés. Tout d'abord la C.O.B. est chargée de mettre en oeuvre et de sanctionner des normes dont elle est le plus souvent l'auteur. D'autre part, c'est elle qui décide en opportunité de la qualification à porter à une situation-problème et de son issue procédurale (rectification/plainte pénale, dédommagement des parties lésées/procédure civile). Enfin c'est elle qui tout à la fois instruit, juge et fait exécuter ses décisions. La technique du communiqué équivaut largement à la publication d'un jugement. Bien que demeurant dans le seul milieu des affaires ces communiqués sont cependant déterminants, car le bulletin de la C.O.B. et son rapport annuel sont un peu le J.O. (33) des sociétés. Tous les partenaires financiers et commerciaux s'y réfèrent. C'est pourquoi la C.O.B. y signale systématiquement toutes ses opérations importantes : recommandation, interprétation de textes, ouverture et conclusion d'une enquête, imposition d'une O.P.A. ou d'une rectification etc... Voir sa société signalée au bulletin de la C.O.B. pour des faits simplement problématiques, c'est un peu siéger au banc d'infamie et subir, parfois, une sérieuse atteinte au crédit de l'entreprise.

Pour la C.O.B., ces communiqués sont aussi l'occasion de formuler et rappeler sa doctrine, tout en faisant savoir qu'à l'occasion, ses pressions peuvent devenir contraignantes. Le pragmatisme inclut une bonne part de menace et le judiciaire demeure en filigranne un référent non-négligeable. C'est donc des glissements et des interpénétrations profonds dans les catégories et acteurs juridiques que révèle l'analyse concrète des activités de cet organisme.

./...

## CONCLUSION : La C.O.B. et le renouvellement de la normativité

Tour à tour arbitre, expert, conseil, organe règlementaire, agent de police administrative ou imposant des dédommagements, la C.O.B. apparaît comme :

- une entité juridique profondément hybride

- regroupant et mêlant des pouvoirs relevant du législatif, de l'exécutif et du judiciaire

- en vue de la recherche d'une opérationalité et d'une efficacité dont les finalités sont en mouvement de redéfinition constant. Les déplacements des catégories juridiques classiques et leur entremêlement avec les catégories pragmatiques, qui caractérisent ce lieu particulier de l'appareil d'Etat peuvent conduire à y voir un exemple idéal de formes nouvelles de gouvernement et de mutation de la normativité.

Face à un tel espace de production et d'application de normes on peut être tenté de se référer à des expressions globalisantes : un espace de légitimité technocratique (33), un pouvoir de judicature (34), un lieu d'objectivation du droit (35), une magistrature économique et sociale (36). Mais agrafer à un objet une étiquette plus ou moins théorique fait peu progresser la connaissance. Un tel organisme nous apparaît plutôt à cerner comme un lieu où se repère et s'opèrent des transformations de l'ordre juridique et de la rationalité qui le sous-tend au nom d'une efficacité sociale. C'est davantage l'analyse de l'aspect qualitatif que quantitatif de ses formes de régulation qui nous semble devoir retenir l'attention et être pensé moins en concurrence qu'en articulation avec les formes normatives classiques.

Et ceci dans la mesure où trois types de facteurs mettent ici en question la structure interne de notre système juridique. Ceci se traduit par :

1. l'introduction de nouveaux acteurs sur la scène juridique. Les catégories juridiques classiques centrées sur la personne s'effacent ici au profit de notion-cadres, de catégories fonctionnelles où s'appréhende la défense d'un intérêt public éclaté : l'entreprise, le groupe (de sociétés), les actionnaires ou les épargnants (comme association), le marché boursier,...

De plus, ces catégories sont traitées non comme des parties engagées dans un litige mais comme les partenaires d'une discussion collective en négociation constante. La notion de conflit, d'infraction disparaît dans la réalisation concrète d'objectifs communs (37).

2. des changements de terrain : dans quel espace vont alors être discutés les droits ? Le prétoire laisse ici à peu près complètement sa place au cabinet administratif.

./...

- le débat y porte moins sur des règles que sur des situations ; on s'occupe plus de problèmes que l'on ne tranche des litiges. La sanction ou la résolution d'un conflit de droits né dans un passé, importe moins que le traitement curatif de faits en vue d'un futur.

- quant aux échanges, même si leur forme plagie parfois le juridictionnel, elle s'apparente beaucoup plus à des débats d'experts et des négociations de planification . La méthode de travail adapte souvent à un organisme administratif des techniques importées du modèle industriel comme par exemple la "gestion par objectifs" (38).

3. changement de système normatif :

- il y a tout d'abord changement dans la forme des règles de droit produites et mises en oeuvre. A la norme traditionnelle, abstraite, générale et d'orientation on substitue des normes administratives, pragmatiques, particulières et injonctives. On se situe alors dans un système de règles techniques sous la surveillance d'un appareil exécutif agissant avec un très large pouvoir d'appréciation de l'opportunité et sans grande possibilité de recours.

- d'autre part la finalité de ce système normatif est moins la défense d'un ordre public général que celle des fragments techniques d'un ordre public éclaté.

- enfin l'appréciation de la validité du système de règles ne se fait plus par référence à sa source et sa cohérence interne mais à ses effets mesurables. La valeur de la règle s'apprécie selon sa capacité à réguler tel ou tel aspect de l'activité financière, à obtenir certains résultats concrets. Tout échec, toute nouvelle donnée peut susciter la production de nouvelles règles. Le droit est ainsi soumis à une évaluation permanente et son mode de production et de transformation est indissociable des procédures constantes de négociation entre groupes représentatifs de l'Etat (commissions) et des groupes représentatifs des intérêts privés.

Cette grille de lecture nous semble pouvoir être reprise pour l'analyse d'autres lieux administratifs de production et d'application de règles. Les transformations qu'elle met en évidence dans la source et la structure du système légal est aussi à mettre en relation avec les besoins croissants de mobilité générale imposés par l'état des rapports socio-économique et technique du capitalisme et de ses restructuration contemporaines.

## IV - 4ème instance de contrôle : l'institution judiciaire

Pas plus que les organismes professionnels ne se contentent de régler des questions de technique en affaires, pas plus que les administrations ne se contentent d'administrer, les magistrats ne font pas que juger. Nous avons montré précédemment comment les milieux d'affaires et leurs organisations (banques, chambres professionnelles d'arbitrage, cabinets conseils, code de conduite des sociétés transnationales) avaient produit et développé des systèmes spécifiques de règles et de règlement des conflits. Nous avons également mis en évidence l'importance des règles secondaires crées par les organes publics (administrations, commissions) et semi-publics (commissaires aux comptes) pour l'interprétation et la mise en oeuvre du droit.

Les uns comme les autres ne se contentent donc pas de gérer ou d'administrer mais agissent aussi comme des créateurs de règles. Le droit ne fonctionne pas à leur égard comme un impératif. Il intervient beaucoup plus comme un lexique (pour nommer des situations) et une grammaire (pour articuler des relations) mobilisables selon le jeu des intérêts entre protagonistes. Gestionnaires et administrateurs de la vie des affaires n'entretiennent pas un rapport passif avec le cadre légal. Au contraire, ils agissent comme des acteurs dotés d'une certaine autonomie qui les conduit à créer de nouveaux agencements de règles, à décider de l'opportunité des poursuites, à proposer ou imposer des indemnisations et des sanctions. Leurs actions se rapprochant alors de celles des juges.

En sens inverse, les magistrats ne se contentent pas, contrairement à un lieu commun prégnant, de décider ou de juger selon le droit. Egalement, ils administrent des situations qu'ils traitent différemment d'un litige (civil) ou d'une infraction (pénale). C'est ce que nous allons nous efforcer de démontrer dans ce chapitre. Ce phénomène n'est pas spécifique au droit des affaires et se retrouve dans d'autres matières comme le droit de la famille ou des mineurs. D'autre part si cette forme de pratique est particulièrement nette chez les parquetiers elle se rencontre aussi chez les juges du siège qui disposent aujourd'hui de pouvoirs restitutifs croissants (imposition de plans d'hygiène et sécurité ou de transformations d'installations dans les entreprises, décision de démolition ou destruction etc...).

On le voit, l'analyse de la multiplicité des formes d'action dans la mise en oeuvre du droit et de son interpénétration, conduit à être très circonspect vis-à-vis des "théories du jour" qui traquent tous azimuts la "délégalisation" et "l'informalisation" du système juridique. La nouveauté, s'il y en a une, réside plus dans la transformation actuelle de la connaissance sur les modes de présence du droit dans les rapports sociaux. Le droit se révèle

./...

être aujourd'hui plus un ensemble de propositions que de contraintes, plus un réservoir de formes légitimes qu'un système d'impératifs. Par analogie avec la linguistique, on peut dire que le droit organise une compétence théorique à partir de laquelle les acteurs sociaux élaborent leurs performances juridiques c'est-à-dire opérent une série de mobilisation et d'agencement des catégories juridiques selon leurs intérêts et leur capacité à les défendre.

Au concept de délégalisation on préférera alors la distinction proposée par M. WEBER entre rationalité formelle et rationalité matérielle. La première est de type abstrait et sa cohérence s'apprécie au sein du système juridique lui-même, c'est la raison abstraite des juristes. La seconde fait intervenir "des impératifs éthiques, utilitaires ou des règles d'opportunité ou encore des maximes politiques qui rompent... le formalisme de l'abstraction logique" ( 1 ). Le droit des affaires comme le droit du travail offrent des exemples privilégiés de prééminence de la rationalité matérielle sur la rationalité formelle ( 2 ). La question n'est pas de mesurer la plus ou moins grande présence (ou absence) du droit ou du recours au judiciaire, mais de caractériser les formes de reconstruction effectuées par le droit (et leur rationalité sous-jacente) pour le règlement des conflits. Dans ce sens la question récurrente de la marginalité/centralité du judiciaire est une fausse question.

En aucune façon on ne peut se contenter d'évaluer la présence du judiciaire dans les rapports sociaux en dénombrant les seuls jugements rendus. Les renvois, les désistements en matière civile, les classements sans suite, les non-lieux en matière pénale sont des formes apparentes qui recouvrent des actions, des interventions souvent décisives du judiciaire dans le règlement des conflits. S'il est clair en matière civile que les parties ont prises sur l'instance et conservent jusqu'au bout un pouvoir d'orientation, il est plus paradoxal de relever ceci en matière pénale.

Pourtant, et nous reviendrons là-dessus, il est fréquent en matière d'affaires que se reconstitue avec le juge pénal, le triangle caractérisant le règlement juridictionnel du litige civil. Ce juge, en effet, a fréquemment à statuer face aux exigences contraires de deux protagonistes : un plaignant (administration, association de défense ou particulier), un défenseur (particulier, responsable d'une entreprise). Cependant cette médiation par le juge peut s'opérer aussi bien au moment de l'audience ou en-dehors d'elle, lors d'une intervention du parquet avant poursuite, au cours de l'instruction, avant le renvoi devant le tribunal, au cours du procès et même dans certains cas lors de la phase d'exécution de la décision. Dans ces différents cas de figure et quel qu'en soit le moment, l'intervention judiciaire aura permis une négociation entre les parties, soit que celle-ci n'ait pas encore eu lieu, soit, le plus souvent, qu'une première négociation (ou une première série de) ait échoué.

./...

La réalisation d'un accord se manifestera alors (comme au plan civil) par la réalisation d'une transaction et elle s'accompagnera d'un retrait de plainte. Qu'il s'agisse d'un différend entre actionnaires et dirigeants, ou opposant une entreprise à une administration, la menace mais surtout l'amorce d'une procédure judiciaire sont souvent des instruments décisifs pour obtenir la résolution d'un conflit, jusque là bloqué. Saisir la présence du judiciaire dans le règlement des rapports d'affaires exige alors, de s'intéresser autant (si ce n'est plus) aux litiges qui ne débouchent pas sur le prononcé d'un jugement qu'à ceux qui connaissent une telle issue.

Pour préciser et argumenter ces différentes propositions nous procéderons en deux temps. Tout d'abord, reprenant de façon transversale les différents modes de présence et de recours au judiciaire rencontrés dans les trois types d'instance de contrôle analysés précédemment, nous dégagerons les figures sous-lesquelles se manifeste le judiciaire dans le règlement des conflits en affaires. Puis dans un deuxième temps nous examinerons d'un point de vue interne à l'institution judiciaire comment le droit pénal des affaires s'est développé comme champ professionnel et lieu de pratiques diversifiées. Ce sera l'occasion de reprendre la réflexion sur les impacts de la rationalité juridique matérielle dans la mise en oeuvre du droit.

## I - Les interfaces régulation-professionnelle, administrative et judiciaire : quatre figures du pénal

Quelle est donc la place du pénal dans ces systèmes de régulation-sanction mis en oeuvre par les instances professionnelles et administratives dans leurs domaines d'intervention propres ? La première conclusion qui ressort de cette recherche est l'impossibilité de traiter cette question au singulier. Il n'y a pas une place du pénal, mais des places. Car le pénal n'a pas ici de rôle autonome. Il n'apparaît que comme participant sous des formes diverses à la régulation de situations conflictuelles qui ne sont à peu près jamais posées au départ en termes infractionnels. Le pénal n'est dans ce sens ni un premier, ni un dernier ressort. Il intervient sous diverses figures dans des systèmes de régulation des conflits qui sont plus structurés sur le mode de la discipline que sur celui de la sanction. La plainte est l'exception, on lui préfère massivement la régulation ou la sanction administrative. L'application du principe de légalité et la poursuite systématique des actes incriminés par un texte s'effacent devant une mise en oeuvre très étendue du principe d'opportunité. Appréciation qui s'effectue totalement à l'intérieur du champ professionnel et administratif et selon leurs besoins propres, sans contrôle extérieur et sans voies de recours.

./...

Pour synthétiser les observations effectuées à l'occasion de l'analyse de nos terrains d'enquête, nous recenserons d'abord les différentes figures de recours au pénal telles que nous avons pu les relever. Puis, nous proposerons à titre d'hypothèse conclusive une organisation de ces différentes figures entre elles sous la forme d'un schéma de règlement différentiel des illégalismes.

## A . Quatre figures du pénal

L'analyse des données a bien montré qu'il n'était pas possible d'opposer simplement un droit pénal de sanction (basé sur le recours au tribunal) et un droit pénal de discipline (basé sur des actions administratives). Bien que très minoritaires quantitativement, et sans doute qualitativement, nous avons rencontré des procédures judiciaires pénales dans les actions de contrôle effectuées par les différentes instances étudiées. L'éclatement de la notion d'ordre public général et son démembrement au profit d'une série d'ordres publics techniques (celui des secteurs bancaire, boursier, industriels, de la sécurité sociale, etc...) n'a pas provoqué un abandon pur et simple de la forme pénale. On constate plutôt la redéfinition d'une "économie répressive", c'est-à-dire la mise en place de modalités diversifiées de dénomination et de traitement des comportements infractionnels.

Le droit pénal et les systèmes institutionnels qui en assurent la mise en oeuvre apparaissent donc beaucoup moins hétérogènes que pluriformes. En effet, le droit de sanction ne s'oppose pas, terme à terme, avec le droit de discipline. Ils sont au contraire très articulés l'un avec l'autre. De plus, entre leurs formes extrêmes existent des formes intermédiaires combinant des dimensions de l'un et de l'autre. Dans ce sens, la typologie présentée plus haut (3) et inspirée de la distinction de Durkheim entre droit répressif et droit restitutif (avec ses deux modalités intermédiaires) semble résister à l'épreuve des faits. La mise en oeuvre du pénal (actuelle ou potentielle) peut se faire selon différentes figures. Sa compétence, au sens linguistique du terme, est en fait plus grande que ce que l'on suppose souvent. Quelles formes d'actualisation de la compétence pénale avons-nous rencontrées ?

1) - Figure d'auto-contrôle : mode de privatisation du règlement. Différents types de cas sont envisageables dans ce contexte où les protagonistes ont la maîtrise du règlement :

a) soit la justice pénale n'a aucune compétence légale directe pour le règlement du conflit en cause et son traitement devrait s'effectuer sur un plan civil, commercial ou de façon purement interne à un milieu professionnel. Mais on sait à quel point tout est question de qualification On peut placer ici tous les cas où le recours au judiciaire (ou la menace de) n'est qu'un élément de pouvoir dans une

./...

stratégie de régulation autre. L'enjeu principal peut être un arbitrage, un procès civil. Le recours au pénal fonctionne alors comme une arme oblique, risque de discrédit pour l'adversaire, atout dans le jeu du plaignant. Les exemples abondent de ces utilisations obliques du judiciaire (civil, commercial mais aussi pénal).

- certaines O.P.A. ont donné lieu à de violents affrontements entre groupes financiers pour le maintien ou la prise du contrôle sur une société. Le conflit s'est souvent traduit par une série de procédures, surtout civile et commerciale, tendant à déstabiliser le rival.

- à l'occasion de conflits commerciaux ou financiers entre deux entreprises on a assisté à des dépôts de plainte visant en fait à renverser un arbitrage que le plaignant craignait ou préjugeait défavorable. La tactique était la suivante : la société qui se sentait menacée achetait en bourse quelques actions de l'autre société. Puis en tant qu'actionnaire elle dénonçait au parquet des abus de biens sociaux de la part des dirigeants. L'ouverture d'une enquête et la crainte de ses retombées (entre autres fiscales) provoquait alors une réaction des dirigeants menacés dans le sens d'une atténuation de leurs demandes dans le conflit initial. Une fois l'arbitrage (modifié) rendu et l'accord réalisé. Le parquet recevait un retrait de plainte sans commentaire. Il se contentait alors de classer sans suite.

- un processus du même type peut également être enclenché par un conflit entre associés au sein d'une même entreprise. Un dirigeant évincé, un actionnaire minoritaire, un cadre s'estimant mal traité ont parfois dénoncé au parquet ou à la C.O.B. des faits délictueux. Il s'agissait en général de véritables dossiers d'accusation constitués minutieusement au fil des ans et soudain livrés aux autorités. La vengeance ou le souhait de rétablir une position amoindrie fondent en général de tels signalements. Le plus célèbre exemple est l'affaire ayant opposé G. ARANDA et M. DASSAULT ( 4 );

- enfin, le transfert d'un conflit au judiciaire peut être le moyen de retarder le paiement d'une créance. C'est dans ce sens que A. SAYAG ( 5 ) interprète la croissance actuelle des conflits reconstruits en litiges judiciaires. En période de crise, tout délai financier est bon à prendre. La remise d'une échéance est (vu le taux du crédit) toujours rentable, elle est parfois vitale.

b) soit la justice pénale n'a plus compétence à la suite d'un changement de règles. La déjudiciarisation de certains règlements a contribué à alimenter cette forme.

./...

- La loi de 1975 sur les chèques et le transfert aux banques de la régulation en ce domaine en constitue le meilleur exemple. Mais la déjudiciarisation peut être aussi, non de droit, mais de fait. C'est le cas aussi bien pour les "codes de conduite" des sociétés transnationales que pour les pouvoirs de régulation délégués aux commissaires aux comptes. Le pénal appuie et légitime alors en arrière-fond les actions normatives de ces instances privées ou semi-publiques.

c) soit enfin la justice pénale est évitée. Un texte lui donne compétence mais différents intérêts se conjuguent pour l'écarter, soit que les parties s'accordent directement, soit qu'elles recourent à un médiateur de leur choix. C'est certainement la forme la plus intéressante, mais aussi la plus difficile à analyser. En effet, ici, contrairement aux deux formes précédentes, il n'y a pas de référence directe ou indirecte au judiciaire. Toutefois, l'observation des interactions entre protagonistes, montre l'intervention de notions pénales dans le déroulement de la négociation, mêlées à des notions civiles et renforçant ces dernières. Le demandeur tentera d'établir une faute intentionnelle, une fraude ou une négligence coupable pour mieux asseoir sa demande en dédommagement. Son adversaire répondra en termes de défense, tentant d'établir sa bonne foi, invoquant des témoins de moralité, et des précédents etc... Bref, bien que l'on se situe hors de tout cadre judiciaire, on n'en relève pas moins l'évocation de notions juridique et juridictionnelle décisives. La référence au pénal comme menace est sans doute secondaire par rapport aux éléments qu'il apporte pour nommer les situations litigieuses, fonder les demandes des protagonistes, agencer leur rapport et organiser des formes de règlement valides.
La présence du judiciaire dans les figures d'auto-contrôle, c'est-à-dire celles où les parties conservent la maîtrise totale de la formulation et du règlement de leur différend, ne se fait donc pas seulement, ni principalement, sur le mode du chantage au procès ou au dépôt de plainte. Plus importante est sans doute la mobilisation effectuée par les parties de catégories juridiques abstraites. Elles offrent tout à la fois, un langage et une grammaire pour dire et résoudre le conflit.

2) - Figure de régulation : elle s'inscrit dans un mode de surveillance administratif. Le conflit est appréhendé par un organisme régulateur public spécialisé. Il est traité selon des dispositifs de régulation et non de sanction. La résolution du conflit, c'est d'abord ici la recherche d'un résultat, évalué dans une perspective pragmatique. Un accident du travail ou une pollution chimique renvoient en priorité à la nécessité d'une surveillance industrielle, à une modification des équipements et non à une infraction à poursuivre. La rétention des pré-comptes en matière de sécurité sociale tout comme la fraude fiscale sont d'abord des problèmes de recouvrement des cotisations ou des impôts, etc.

./...

Cependant, lorsque l'autorité ou la légitimité administrative se trouvent menacées par de trop fortes résistances, une des armes dans la négociation réside dans la menace d'un transfert du conflit à l'espace judiciaire. La menace suffit le plus souvent et nous avons vu, dans les différents domaines, la proportion importante de conflits qui se règlent avant l'audience. La transmission d'un P.V., le dépôt d'une plainte suivis de retrait sont une "performance" souvent négligée de l'action pénale. Paradoxalement, on peut dire ici que le pénal a été d'autant plus présent et opérant qu'on n'est pas allé jusqu'à la phase du jugement. Le pénal, même lorsqu'il est peu mis en oeuvre quantitativement, n'en demeure pas moins une ligne d'appui décivise pour bien des stratégies de négociation administratives. Mais là également, il ne faut pas réduire la présence du judiciaire à un instrument de chantage. Tout comme dans la figure précédente, le juridique se manifeste aussi à travers les différents codes mobilisables pour la dénomination et le règlement des conflits.

Enfin, ce n'est pas parce que le recours au pénal est le plus souvent quantitativement faible et tardif qu'il est sans impact sur les opérations de régulation antérieures. Au contraire, la sanction plus ou moins bruyante de quelques rétifs à la discipline ou de quelques boucs-émissaires (relais par la figure 4) renforce le dispositif. Mais c'est surtout une prise d'appui plus ou moins explicite sur le fonctionnement judiciaire par transfert de facto de l'appréciation de l'opportunité des poursuites du parquet aux agences administratives ou assimilées et l'octroi de pouvoirs d'enquête et de sanction propres qui assurent l'autorité et la légitimité de ce mode de régulation très articulé à la figure 3.

3) - Figure de contrôle : elle passe cette fois par la mise en oeuvre d'actions juridictionnelles classiques. Mais ici, l'objectif principal n'est pas la sanction mais le contrôle. Le contrôle, c'est plutôt la phase ultime de l'inspection, de la vérification. L'administration recherche alors dans la décision du juge pénal un aval, une légitimation et un renforcement de ses propres décisions. Ce sera en particulier le cas lorsqu'une procédure est déclenchée afin d'obtenir une jurisprudence. Ce qui est alors visé, c'est l'élargissement ou la transformation d'une règle de droit. Une seule décision du juge va assurer ou infléchir tout un pan de l'action de régulation administrative parce qu'elle donne ou retire des pouvoirs, élargit ou restreint le champ d'intervention, construit ou renforce une légitimité.

On peut aussi parler de figure de contrôle lorsque la procédure pénale vise à obtenir un résultat du même ordre que ceux qui découlent des actions administratives habituelles. Ainsi, en matière de recouvrement des cotisations de sécurité sociale, nous avons vu comment, durant toute une période, la mise en oeuvre du pénal visait d'abord à engager la responsabilité personnelle du dirigeant.

./...

Ce n'était pas une action en sanction d'un comportement, mais en recouvrement d'une créance. Il s'agissait d'une procédure pénale typiquement restitutive et très secondairement répressive. De même, en matière d'installations classées, le recours au juge pénal vise parfois autant la réalisation de travaux, la mise en conformité avec les exigences administratives que la sanction en tant que telle. Il est intéressant dans ce sens de noter le développement des pouvoirs restitutifs donnés depuis quelques années au juge pénal (plan hygiène et sécurité, plan de travaux sous astreinte, destruction...). C'est toute une dimension pro-active du pouvoir judiciaire qui se déploie ainsi.

On entend par dimension pro-active, toutes les actions menées par le juge et dépassant la seule application syllogistique des règles de droit. Le juge tend alors à se comporter comme un administrateur, ordonnant les mesures qu'il estime appropriées aux circonstances de fait et de droit. L'action pro-active est une action en opportunité qui rejoint et parfois prolonge le pragmatisme administratif. Le conflit est alors saisi dans une dimension sociale plus large, le judiciaire intervenant selon des modalités autres que le simple prononcé de jugement : soit que le parquet agisse d'initiative (présence au Tribunal de Commerce, contacts avec d'autres administrations...), soit que l'autorité judiciaire soit saisie pour aider à l'efficacité d'une décision pré-existante en raison de sa force exécutoire ou de l'autorité des mesures qu'il peut prononcer. L'action judiciaire se rapproche alors des modalités administratives de gestion-régulation des conflits caractérisant la 2ème figure. On retrouve ici l'image du juge-entraîneur décrit par OST (6).

Si cette figure concerne surtout l'action des parquets, elle tend à se diffuser aux autres secteurs de l'activité judiciaire. Nous développerons ceci à la section suivante.

4) - Figure de sanction : mode judiciaire-passif. Le conflit est ici amené sur la scène judiciaire par une des parties, en général la victime, la police ou une administration. Le procès vise le prononcé d'une sentence-tarif ou la déclaration d'une responsabilité délictuelle. C'est le mode de recours classique au judiciaire pénal. Sa mise en oeuvre s'effectue sous la forme d'une plainte ou de la transmission d'un procès-verbal. Le pénal, c'est ici la peine. Une peine renforcée par une publicité, une mise en visibilité sociale.

- Si la plainte émane d'un particulier, la demande vis-à-vis du pénal est de l'ordre d'une dévaluation d'un adversaire ; il s'agit de porter atteinte à son crédit, de cantonner ses ambitions voire de l'éliminer d'un marché. Ce peut être inversement l'expression d'une vengeance émanant d'un partenaire évincé. Cette dévaluation des positions d'un concurrent ou partenaire devenu antagoniste peut aussi

./...

se rapprocher d'une intimidation. La condamnation(ou la crainte de) peut conduire l'adversaire à accepter un arbitrage ou une transaction qu'il estimait au préalable désavantageuse ou inopportune.

- Si la plainte ou le signalement émanent d'une administration ce recours au pénal est toujours à resituer dans la stratégie globale de régulation-sanction menée par elle. C'est un moment où les administrations exercent pleinement leurs pouvoirs de police judiciaire, relevant et signalant des infractions. Mais on peut aussi considérer qu'elles interviennent en tant que victimes organisées. Dans ce sens, elles se rapprochent d'organismes privés comme les banques et les services de police des grands magasins. Si les unes et les autres se distinguent par la qualité des intérêts défendus (public/privé), ils se ressemblent fort par leurs pratiques (contrôle d'un secteur particulier très délimité, pouvoirs de contrôle propres, recherches d'appuis extérieurs pour asseoir l'autorité de leur discipline).

La demande de sanction s'effectue alors à l'égard des opposants à la discipline qui peuvent être de trois sortes :

- des réfractaires se refusant à intégrer les règles du jeu, dont l'archétype est le multi-récidiviste : pollueur répétitif, personne accumulant les retards de paiement... Le réfractaire peut apparaître aussi sous le jour d'un trop habile négociateur qui joue à fond le jeu de la négociation permanente avec l'administration pour mieux retarder la régularisation demandée. Le P.V. ou la plainte sont alors un coup d'arrêt destiné à rétablir l'autorité administrative. En matière d'installations classées ou d'hygiène et sécurité, de conditions de travail, un P.V. peut signifier l'échec de plusieurs années de négociation et de pression administrative.

- des irréductibles avec lesquels toute négociation est a priori vouée à l'échec. Les entreprises travaillant à la marge du processus socio-économique (ferrailleurs, traitement de déchets, employeurs au noir) sont ici directement visées dans la mesure où elles travaillent sans autorisation légale, s'opposent au contrôle, etc. Dans ces cas-là, ce qui est recherché, c'est une sanction si possible exemplaire. Attente le plus souvent déçue, et les avis convergent pour estimer qu'il y a en fait risque d'exemplarité à rebours. D'où une tendance nette à privilégier la menace du recours au pénal sur sa mise en oeuvre effective. Il doit rester l'ultima ratio, la moins actualisée possible.

- quelques boucs-émissaires, c'est-à-dire des personnalités choisies pour leur représentativité dans un secteur professionnel ou géographique. L'administration fiscale a

./...

ainsi opéré des opérations spectaculaires en assignant en correctionnelle quelques chanteurs de variétés, médecins ou avocats. L'effet de disciplinarisation semble avoir été en partie atteint, des secteurs professionnels entiers étant allé négocier un moratoire des poursuites contre une révision générale des déclarations. Mais il y a célébrité et célébrité. Une affaire récente a montré que le capital symbolique des stars françaises du football était pour l'instant supérieur à beaucoup d'autres. Nul, au plus haut niveau ne veut prendre le risque de devenir "le fossoyeur du football français". On ne couvre pas d'infâmie les dieux du stade : "Panem et circenses". Quant aux hommes politiques, une règle semble en voie de stabilisation qui veut que le renvoi en correctionnelle de deux députés par siècle suffise à la gestion ordinaire de leurs illégalismes (Panama, La Garantie Foncière).

- Enfin, si la plainte émane d'une association de défense (environnement, consommation...) son objectif peut être classiquement l'obtention d'une condamnation et d'un dédommagement. Mais, le recours au pénal peut s'inscrire aussi dans des stratégies locales de définition ou de renforcement de l'image du groupement associatif. Un parallèle peut être fait avec le type d'utilisation du pénal effectué dans les années 70 par la C.F.D.T. en matière de droit du travail pour se démarquer de la C.G.T. . Le recours au pénal se donne alors comme signe de non-compromission et de légalisme strict afin d'assurer une image, une autorité qui distingue d'autres partenaires.

### B . La place du pénal dans le règlement différentiel des conflits

Les visages du pénal sont multiples et les quatre figures de règlement des conflits se réfèrent à des degrés divers au pénal, proposant seulement quelques positions-types. Plutôt que de mener l'analyse en termes de mutations (d'une figure à une autre) ou en termes de concurrence (entre figures), il nous semble utile de proposer une analyse en termes de règlement différentiel des conflits. En effet, l'étude empirique des modes de régulation des conflits tend plus souvent à mettre en évidence des systèmes complexes qu'à proposer ou confirmer la prégnance d'un modèle dominant unique. Parler de règlement différentiel des conflits, c'est donc prendre en compte l'ensemble des formes juridiques contentieuses et pré-contentieuses existantes, les situer les unes par rapport aux autres dans leurs spécificités et tenter de les articuler entre elles. C'est aussi écarter la tentation évolutionniste pour penser le problème plus en termes de superposition que de concurrence, d'étendue de registre que d'effacement, de stratégies de régulation que de modèle unique.

S'il est un domaine où la dépossession du judiciaire au profit d'autres instances de règlement des conflits a été depuis longtemps soulignée, c'est bien celui du pénal. Submergée par les petits contentieux et idéologiquement accaparée par la protection de la propriété privée, la justice pénale apparaît le plus souvent comme à l'écart des enjeux sociaux de l'époque.

./...

Mais, dans le même temps, les règlementations sanctionnées par des dispositions pénales ont proliféré, ainsi que les agents chargés de les mettre en oeuvre et disposant à cette fin de pouvoir de police. Les constats sur l'hétérogénéité actuelle du droit pénal sont multiples et diverses approches sont en cours pour analyser les formes de ce droit pénal administratif sanctionnant les règles d'organisation dans des matières aussi diverses que : la consommation, l'environnement, la sécurité sociale, la fiscalité, la concurrence...

Nous nous proposons de revenir ici non pas sur la question des formes juridiques elles-mêmes, mais sur la dimension processuelle des modes de résolution des conflits qu'elles organisent. Il nous semble en effet trop simple de dire que le judiciaire se trouve "dépossédé" au profit d'instances de régulation administrative et que le juge est cantonné à un "rôle symbolique". Nous présenterons à titre d'hypothèse un schéma des modes de règlement différentiel des conflits se référant au pénal basé sur les analyses de terrains effectuées. Après en avoir exposé les principales caractéristiques, nous essayerons de montrer comment il permet d'ordonner aussi bien les pratiques contentieuses d'acteurs différents que les différentes pratiques d'un même acteur.

Le schéma suivant s'organise autour de trois dimensions décrivant quatre formes de règlement des conflits :

- 1ère dimension (A) "Régulation par la puissance publique". C'est le degré d'intervention de l'Etat qui est ici décrit. Il va des formes libérales de "moindre gouvernement" aux formes post-industrielles où c'est en termes d'efficacité mesurable que s'évalue l'action de l'autorité publique.

- 2ème dimension (B) "Action répressive". Elle se réfère aux systèmes de punitivité discernables dans une formation sociale. Si le système rétributif (application d'un tarif par une instance étatique) est le plus visible, il coexiste avec des systèmes d'élimination-épuration internes à de nombreux secteurs sociaux (milieu des affaires, milieu politique...).

- 3ème dimension (C) "Appareil judiciaire". Elle sépare la zone de règlement des conflits où le juge apparaît en figure centrale, de celle où il n'intervient pas directement. Mais la non-intervention directe du juge ne signifie pas qu'il y ait absence de référence au judiciaire. Il serait plus juste de parler de zone "péri-judiciaire" ou zone de "judiciarité" non formelle dans la mesure où le recours aux formes étatiques de règlement demeure toujours un enjeu dans les stratégies conflictuelles des acteurs. Mais aussi dans la mesure où le "procès" demeure, même hors du cadre institutionnel, un modèle pour la structuration des rapports conflictuels entre acteurs (définition de prétentions, référence à des précédents...).

./...

On peut préciser cette séparation en disant que les règlements de conflits centrés sur le judiciaire se réfèrent au principe de légalité, les autres se réfèrent plutôt au principe d'opportunité.

Il est alors possible de distinguer quatre figures de règlements des conflits déterminant quatre modes de rapport au judiciaire :

Il peut être tentant de vouloir utiliser un tel schéma pour clarifier domaine par domaine le mode de régulation utilisé. On pourrait ainsi illustrer ce schéma de la façon suivante :

- les victimes individuelles pour les atteintes aux biens et les atteintes physiques hors du cadre familial tendent à privilégier le mode 1. l'assurancialisation généralisée brouille aujourd'hui ce mode, la gestion indemnitaire (mode 4) devenant prévalente.

- les victimes organisées, type grands magasins, associations de défense agiraient plutôt selon le mode 2, négociant les poursuites avec le parquet et lui demandant parfois d'intervenir en régulation au-delà de la fonction juridictionnelle.

- les administrations agiraient selon le mode 3, les organisations professionnelles selon le mode 4...

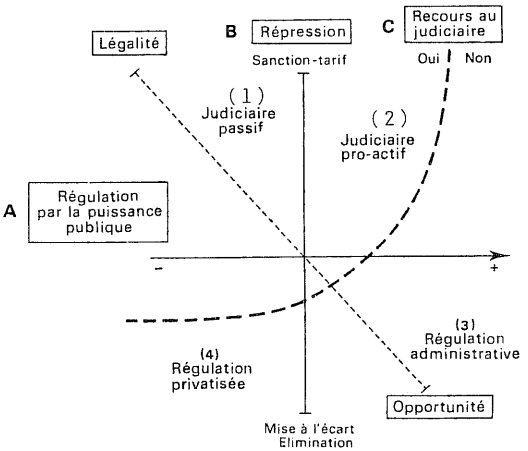
Cependant, c'est beaucoup plus en termes de registre, au sens de tessiture, qu'il peut être utile de penser un tel dispositif. Il recouvre l'ensemble des modalités de règlement des conflits disponibles. Mais parler de règlement différentiel des conflits, c'est mettre l'accent sur les différentes stratégies de mise en oeuvre du registre : quel mode sera utilisé par qui et pour qui ?

En fait, les quatre modes dégagés sont presque toujours disponibles et l'analyse détaillée d'un ensemble de conflits apparemment du même type, comme l'accident du travail ou la pollution, révèle bien cette gestion différentielle qui va de la réduction du problème à une question de discipline interne (mode 1) au recours au juge pénal comme bras séculier (mode 4), en passant par une action sur la modification des installations (mode 2 ou 3). Cette gestion différentielle peut aussi bien provenir du recours à des intervenants différents (chacun ayant souvent son mode de règlement privilégié) que de l'utilisation par un même opérateur des différentes ressources du registre, selon ses intérêts et les enjeux en cause.

On atteint alors une question sociologiquement centrale. Considérer le choix du mode de règlement comme un enjeu, c'est resituer les formes juridiques apparentes dans le champ des rapports de pouvoir marquant toute interaction conflictuelle (entre particuliers, particuliers-

./...

MODALITS DE REGLEMENT DIFFERENTIEL DES CONFLITS



instance publique ou assimilée). Certes, chaque mode de règlement va recourir à certaines formes juridiques aux implications majeures tant sur le plan procédural (durée, publicité, voie de recours...) que sur le plan de leurs conséquences sociales (règlement amiable, transaction, contact avec le judiciaire, condamnation...). Mais encore faut-il préciser deux facteurs ainsi résumables : qui a le pouvoir d'imposer à qui tel mode de règlement ? Question qui renvoie à deux niveaux de matérialisation du pouvoir social. Il serait trop simple de considérer mécaniquement que plus la "victime" (privée ou publique" est puissante et l'"accusé" dominé, plus on tendrait vers le recours au mode 4 et inversement. Les contre-exemples affluent :

- pour l'organisation bancaire, la sanction la plus forte pour les débiteurs chroniques n'est pas la condamnation pénale mais la suppression du chéquier et de tout moyen de crédit ;

- pour les administrations fiscales et douanières, le paiement effectif d'une pénalité financière est de loin préférable à une action pénale. Quant aux inspecteurs des installations classées, ils disposent avec l'imposition de travaux d'office ou la fermeture d'établissement de moyens coercitifs considérables... et cependant les dirigeants de la banque Paribas sont passés par le box. Le conflit économico-politique surles nationalisations suffit-il à rendre compte ici du choix de la voie pénale ? Plusieurs stratégies se sont, semble-t-il, heurtées et renforcées : celle d'un nouveau gouvernement à la légitimité encore sans faille, celle d'une administration désireuse de frapper un grand coup et celle d'un groupe financier résistant en toute légalité aux nouvelles dispositions économiques mais se faisant interpeller à un autre niveau. Puis après le grand coup médiatique on a vu l'administration rétracter systématiquement ses positions, proposant des transactions jusqu'aux audiences d'appel y compris aux deux membres de la banque. La justice ayant montré quelques réticences face à cette volte-face, le blanchissage général n'eut pas lieu mais les peines réduites au minimum. L'opération régulatrice à masque répressif a cependant atteint son résultat, car la filiale suisse (cause initiale du litige) a regagné depuis 85 le patrimoine de la banque, depuis nationalisée... Seul le contexte socio-politique rend compte des modalités de ces déplacement-résolutions du conflit observé. Autant dire qu'en matière de gestion différentielle des conflits, seules des études de terrain peuvent permettre de dépasser en les complexifiant les théorisations globales, schématiques par nécessité.

C'est dans ce sens qu'il nous semble aussi possible de progresser dans l'appréhension des différents niveaux de "juridicité". En effet, même si les modes 2 et 1 ne font qu'appuyer leur autorité et leur légitimité sur les possibilités d'un recours au pénal, on n'en trouve pas moins dans les interactions qu'ils organisent entre partenaires des références concrètes au "judiciaire". Judiciaire entendu non au sens institutionnel, mais dans sa dimension processuelle, technique de règlement des conflits articulant selon certaines formes les relations entre acteurs.

./...

La référence au procès en dehors du cadre judiciaire fournit au-delà des simples analogies :

- une grille de lecture des situations conflictuelles et un langage pour en nommer les éléments ;

- un agencement des rapports entre parties pour la formation de leurs prétentions respectives ;

- l'organisation des procédures plus ou moins nettement contradictoires ;

- ainsi que des modèles pour la résolution du conflit.

Il y a là des lieux d'observation du fonctionnement des structures du droit étatique hors de leur champ d'application attendu et qui n'en présentent donc que plus d'intérêt.

## II - Magistrats et délits d'affaires : enjeux professionnels et enjeux juridiques

En une quinzaine d'années le traitement judiciaire des délits d'affaires a acquis une visibilité particulière. Discours de presse, de réforme ou discours scientifique lui accordent une place dans leurs analyses et leurs projets. Dans le même temps les pratiques globales ne se sont pas modifiées très sensiblement et les contentieux économiques et financiers ont conservé une place très modeste dans l'ensemble des contentieux pénaux. Les changements semblent avoir été plus qualitatifs que quantitatifs, mais la question est trop complexe pour être traitée directement.

Comment les magistrats ont-ils réagi à la constitution de ce domaine comme champ porteur d'enjeux sociaux, économiques et politiques marqués ? Le champ des délits d'affaires est-il devenu et comment un champ d'investissement professionnel ? A l'intérieur de l'institution qu'a provoqué en termes de compétence et d'autorité cette nouvelle spécialisation ? Quelles en ont été enfin les retombées en termes de légitimité pour les acteurs concernés et pour l'institution dans son ensemble ?

D'autre part, quelles conséquences ont eu ces modifications du système de valeur interne sur les pratiques judiciaires en la matière ? Les acteurs concernés sont-ils un groupe homogène aux pratiques unifiées ou bien se différencient-ils selon des pratiques contrastées ? N'est-ce pas aussi et peut-être surtout une analyse de leur rapport au droit qu'il faut inclure dans la caractérisation de leurs pratiques ?

./...

Des différents types de données assemblées pour cette recherche, nous avons moins cherché à cerner une "culture professionnelle" dégagée des clivages sociaux qu'à saisir dans quelle mesure les enjeux socio-politiques spécifiques au domaine se réfractaient dans le champ professionnel ( 7 ). Puis nous avons essayé de préciser dans quelle mesure également ces enjeux se retrouvaient dans les stratégies de carrière, mais aussi les pratiques juridiques. C'est pourquoi nous avons nettement distingué dans cette analyse d'un sous-groupe professionnel deux niveaux que l'on s'efforcera d'articuler entre eux :

- celui des finalités poursuivies de façon implicite et/ou explicite tant au plan idéologique général qu'à celui de l'Institution ;

- celui des formes et des lieux d'expression de ces finalités, c'est-à-dire un certain niveau de lecture des pratiques professionnelles en termes de carrière et d'application du droit.

## A . Les magistrats "financiers" : naissance d'une spécialisation

Nous avons présenté plus haut les grands enjeux sociaux et politiques qui sous-tendent les différentes formes d'intérêt qui se sont cristallisés autour des infractions d'affaires et de leur contrôle.

- l'une, met l'accent sur les retombées des luttes sociales des années soixante-dix dans la mise en question des formes de pouvoir. La classe dominante connait des illégalismes spécifiques et l'action patronale ne s'accomplit pas seulement selon une rationalité purement technique. Dénoncer moralement le mythe de la compétence désintéressée ou objectiver scientifiquement les modes illicites d'accumulation du profit serait contribuer à un mouvement général de critique sociale ;

- l'autre, inspirée de P. BOURDIEU, voit dans cette critique aux accents radicaux "une dénonciation faite de ressentiment converti en indignation éthique". Dénoncer les "200 familles" les "magnats de l'industrie et des finances" n'est-ce pas en fait s'indigner de ne pas avoir reçu "les profits et privilèges" auxquels les désignaient une qualification scolaire et une compétence intellectuelle et morale équivalente voire supérieure ? Cette forme de critique, sous-tendue par le ressentiment, opèrerait donc à partir des mêmes valeurs et croyances, renforçant ainsi les bases de la domination qu'elle croit ébranler et s'en faisant complice en toute ignorance.

N'est-ce pas en effet certains membres de la nouvelle petite bourgeoisie qui ont fait souvent de la dénonciation et du contrôle des infractions en affaires un enjeu professionnel ? La diversification de la base sociale de

./...

recrutement du haut et moyen fonctionnariat a contribué à introduire dans les pratiques administratives de nouvelles orientations, ou plutôt à en amplifier certaines, anciennes, mais jusque là très minoritaires. D'autre part, investir dans ce secteur a permis, sous diverses formes, à de nouveaux professionnels d'assurer leur reconnaissance en rompant avec des positions anciennes et en assurant la promotion de nouvelles valeurs. Le champ du savoir et des pratiques professionnelles peut être vu en effet comme un champ de forces où la hiérarchie des objets d'action est sujette à changement ( ). Ceci est sensible aussi bien dans le domaine de la doctrine juridique que chez les magistrats et fonctionnaires spécialisés. Mais au-delà de la promotion de certains groupes, l'intérêt porté aux infractions d'affaires a contribué aussi à la modernisation et à la relégitimation du droit et de la justice pénale.

1) - L'émergeance de nouvelles valeurs

Bien que très minoritaires, certains magistrats s'inquiètèrent tôt de ce que le Compte général de la justice criminelle dénoncera en 1880 dans son commentaire comme "Des finesses de citadins", tout aussi préjudiciables à l'ordre public que la délinquance banale contre les biens. Dans la première partie du XIXº siècle, les mises en accusation de l'agiotage et des jeux boursiers ne furent cependant que feux de paille moralistes face aux nouvelles formes d'accumulation basées sur un capital spéculatif et non plus foncier. Les représentants de l'aristocratie foncière et de la grande bourgeoisie de vieille souche, en nombre important dans la magistrature d'alors, percevaient avec mépris, mais surtout inquiétude, la montée en puissance de tous ces bourgeois affairistes dépourvus de véritable patrimoine personnel et se constituant un capital financier spéculatif avec "l'argent des autres". En 1844, SEGUIER, premier président de la Cour royale de Paris n'hésitait pas "à engager le public à se défier des sociétés qu'elles qu'elles fussent" ( 9 ). Les positions d'un aristocrate comme O. de VALLEE, avocat général à la cour impériale, sont également symptomatiques de ce courant. Dès 1857, il publie divers articles et ouvrages dénonçant "les manieurs d'argent". Dans ces réquisitoires contre la spéculation sauvage, il relève déjà l'ineffectivité du droit répressif : "Je demande que nous (les magistrats) ne soyons pas condamnés, nous ses ministres (de la loi), à la tenir en nos mains frémissantes, inappliquée, vaincue !" (10). Il proposait même l'organisation d'une "ligue de l'honneur public" qui aurait pour but de "faire par l'opinion, autour de ceux qui ne s'enrichissent pas honnêtement et qui recourent à des moyens illicites et usuaires, comme un cercle de disgrâce morale".

On retrouve dans les premiers ouvrages de droit pénal financier (J. TCHERNOFF-1931 et M. ROUSSELET et M. PATIN-1938) un souci comparable, mais moins militant, de contrôle des pratiques spéculatives (11).

./...

Ce n'est que dans les années trente, que l'institution judiciaire accorda une attention plus spécifique et soutenue à ce domaine. C'est sans doute à l'occasion du scandale de la Gazette du Franc de Marthe HANAU que POINCARE (président du Conseil) demandera à Louis BARTHOU (Ministre de la Justice) de spécialiser quelques magistrats parisiens (du parquet de l'instruction) en matière financière. Le portrait reconstitué par D. DESANTI (12) de Isidore GLARD, juge d'instruction "fanatique" chargé du dossier HANAU, dans son hostilité à l'égard des "gros" et des "mondains", illustre jusqu'à la caricature la radicalisme du ressentiment décrit par BOURDIEU (13).

La tradition de ces fortes personnalités incorruptibles, grands moralistes et travailleurs acharnés, aussi fins stratèges que fins techniciens, devait se poursuivre dans la magistrature financière. On pense par exemple au Conseiller PRINCE, décrit par L. RETAIL, premier expert-comptable auprès du parquet de Paris. PRINCE fut entre autres chargé du dossier STAVISKY (encore un affairiste) et mourut en tombant d'un train avant de clôturer le dossier. L'hypothèse du meurtre alimenta une des premières images d'un "juge-shériff". Pour la période récente on pense aussi à un personnage comme Jean COSSON (14), publiciste et technicien, promoteur à lui seul, ou presque, de la loi de juillet 1975 officialisant et généralisant les sections financières des parquets. Très influencé par le modèle allemand, il ne parvint pas à faire adopter la totalité de ses propositions et continua à préconiser d'autres réformes dans un relatif isolement.

Cette tradition de personnages animés par un moralisme intransigeant, qui n'est pas sans rappeler les fondements idéologiques des travaux de SUTHERLAND (15), fut relayée et transformée dans les années soixante-dix par les analyses et actions du Syndicat de la Magistrature.

Très vite, le champ des délinquances économiques et financières va apparaître comme un des secteurs dans lesquels le syndicat veut impulser de nouvelles pratiques. Deux congrès successifs accorderont à ce thème une place toute particulière : celui de 1971 "La Justice et Argent", et dans une moindre mesure celui de 1972 "Justice et propriété". Le chapitre de leur ouvrage (16) intitulé "les audiences des cols dorés" récapitule leur doctrine qui s'articule ainsi :

- Constat de la très grande faiblesse des poursuites pénales en ce domaine et critique des choix effectués depuis des décennies en matière de politique de poursuites, malgré l'importance de nombreux textes répressifs utilisables.

- Dénonciation des pratiques de classe ainsi mises à jour et du "deux poids, deux mesures" dont témoignent particulièrement les audiences correctionnelles des chambres spécialisées en matière "astucieuse".

./...

- Propositions d'actions centrées d'abord sur une modification des pratiques du parquet responsable de la mise en oeuvre de l'action publique. L'article 41 du C.P.P. donne un très large pouvoir d'initiative aux procureurs et substituts, il s'agit de l'utiliser pour aller chercher les informations relatives à ce secteur de la délinquance bénéficiant de trop d'ombres complices. La police n'est pas ici l'interlocuteur le mieux placé pour le repérage des infractions. Le parquet doit se trouver d'autres informateurs, surtout les administrations et des agents spécialisés comme les commissaires aux comptes. Il s'agit de nouer avec eux des relations, afin de créer d'autres circuits d'approvisionnement que ceux qui ont jusqu'ici le monopole de fait de sélection des contentieux transmis au judiciaire.

Ce projet repose donc plus sur des modifications dans la mise en oeuvre des procédures (redéfinition et extension du rôle du parquet) que sur des réformes du droit de fond. D'autre part, il est inséparable d'une revendication plus générale de revalorisation du pouvoir judiciaire qui se doit d'être présent dans tous les lieux où se règlent les conflits sociaux majeurs.

Il est peut-être symptomatique de relever que le deuxième président du syndicat (F.V. COLCOMBET) fut un des initiateurs du parquet financier lyonnais. Rompant avec les pratiques dites "parisiennes" plus centrées sur l'instruction, il opérationnalisa dans le Rhône la doctrine de son syndicat. Le second secrétaire général (J.P. MICHEL) fut pendant de nombreuses années chargé des législations économiques et financières à la Chancellerie. A diverses reprises, des conflits importants entre la hiérarchie institutionnelle et le syndicat eurent pour point de départ les pratiques d'un syndiqué en ce domaine : CECCALDI en 1973 (ententes illicites en matière pétrolière), PASCAL en 1974 (Houillères du Bassin du Nord), CHARETTE en 1975 (accident du travail mortel).

Le domaine du droit pénal du travail fut un de leurs secteurs d'action privilégié. Ces magistrats furent souvent proches des juristes qui investirent dans le droit social, tant par leur trajectoire personnelle que par leur sensibilité idéologique, tels que P. CAM les analyse (17). Moralistes chrétiens et/ou sympathisants, voire membres actifs du syndicat de la magistrature, ces parquetiers, malgré leur position minoritaire, ont su imposer de nouveaux modes d'action et parfois prendre en compte des contentieux jusqu'ici délaissés. Avant de nous interroger sur les implications de ces choix professionnels en termes de carrière, il faut envisager le développement de ce champ par rapport à la crise de légitimité de l'institution judiciaire pénale, question qui concerne aussi les finalités de l'action syndicale.

C'est de façon délibérée que nous employons l'expression "magistrats financiers" pour la distinguer de la notion de "magistrature économique". Le "financier" est une spécialisation professionnelle du corps peu ou pas problématisée dans sa globalité et témoignant d'un état de la division interne du travail. La "magistrature économique" renvoie à

une fonction sociale de l'appareil judiciaire, à un projet d'élargissement et de renouvellement des formes d'intervention judiciaire dans la vie économique. L'idée d'une magistrature économique est attribuée à un juriste belge G. JANSSEN qui la formula dans les années 30. Il s'agirait moins de créer une nouvelle juridiction que de promouvoir des formes nouvelles ou étendues de règlement des conflits sociaux et économiques, allant des conflits du travail à ceux de la consommation en passant par le domaine financier et bancaire (18).

Cette perspective fut reprise en France par F. BLOCH-LAINE (19) puis VASSEUR (20) qui préconisèrent une évolution de la magistrature française vers une "régulation de l'économie contractuelle". Il s'agirait moins de trancher des conflits que d'exercer une fonction médiatrice productrice d'avis, d'expertise de conciliation, et d'arbitrage. Ses interventions seraient davantage guidées par l'opportunité économique que par le seul cadre légal et certains ont pu craindre une dégénérescence du judiciaire en simple autorité morale délégalisée (21).

2) - Restaurer une légitimité menacée ?

Un des nombreux paradoxes de ce domaine est l'écart qui existe entre la réalité des pratiques, toujours très minoritaires et très constantes dans le temps, et l'importance relative des discours officiels récents en la matière. Contrairement à ce que l'on croit souvent et répète beaucoup, la justice pénale ne s'occupe pas davantage aujourd'hui des contentieux économiques et financiers qu'il y a un siècle. Une reconstitution historique l'a montré. Ce qui n'empêche pas les discours de fleurir souvent comme des formules rhétoriques (cf. tableau, page

a) - Une place doublement modeste

Nous nous contenterons de présenter les principaux résultats du processus d'incrimination des comportements en affaires, tel qu'il s'exprime au niveau des condamnations pénales. Sans connaître de bouleversements majeurs, ce type de contentieux s'est progressivement élargi et diversifié en un siècle et demi. On peut, à grands traits, dessiner une évolution en quatre étapes.

1. - Depuis la Révolution et jusqu'aux débuts du Second Empire (1948) - Dans un contexte pénal dominé par les délits ruraux (jusqu'en 1840) puis par les vols (commis de plus en plus dans le cadre urbain) (22) l'essentiel des dossiers jugés en notre matière est alors constitué par des délits "astucieux" (escroquerie, abus de confiance) et quelques crimes (faux en écriture privée et de commerce, abus de confiance qualifié). Ces différentes formes de délinquance individuelle contre les biens représente alors une très faible part des activités de la justice pénale : 2,5 % des condamnations prononcées. Ceci n'autorise nullement

./...

à conclure que la "délinquance des affaires était durant le demi-siècle qui suivit la Révolution un phénomène inexistant. On peut dire tout au plus qu'il n'avait alors ni la même forme, ni surtout la visibilité sociale qu'on lui connaîtra ultérieurement.

Le scandale de la Compagnie des Indes en octobre 1793 puis les multiples crises financières provoquées par la proliférations des faux assignats et la spéculation sur ces titres marquèrent la période de la Convention et du Directoire. Au-delà des proclamations sur l'intérêt public et le désintéressement républicain, les historiens de la Révolution ont bien montré (23) les multiples garanties et avantages que les financiers et affairistes avaient su tirer d'une époque si troublée. La période du Consulat connaîtra également d'importantes crises financières et spéculatrices malgré la création, le 6 janvier 1800 de la Banque de France, et la première grande réforme de la profession d'agent de change (14 juillet 1809). La Restauration et la Monarchie de Juillet seront les périodes du règne absolu du négociant et de l'industriel, tous deux s'appuyant sur la banque (24). Cette phase de développement industriel intense s'accompagnera de profondes vagues spéculatrices sur les terrains à bâtir puis sur les immeubles de rapport et les valeurs immobilières. "Gogos" et affairistes prolifèrent.

2. - Durant la deuxième partie du XIX° siècle et plus précisément à partir des débuts du Second Empire (1848) on constate deux phénomènes marquants - Tout d'abord la croissance importante des condamnations pour délits "astucieux". A partir de 1860 l'ensemble "escroqueries, jeux d'écriture, trafics d'influence, agiotage, abus de confiance" distancie même le vol. M. PERROT (25) y voit les "fruits subtils de la ruse des affaires". Et dans son commentaire (p. LXIII) le Compte général de 1880 les nomme "finesses des citadins" et les attribue à "la diffusion de la richesse et de l'esprit de convoitise". Le voleur et peut-être plus encore l'escroc, apparaissent comme les grandes figures délinquantes de cette période d'accumulation capitaliste.

Mais c'est aussi durant cette période dite du libéralisme que s'amorcent les grandes lignes de la règlementation de la vie économique. Il n'y a là qu'un paradoxe apparent. En effet, si cette période est souvent perçue comme le moment privilégié du "libéralisme" économique et politique, on aurait tort d'assimiler libéralisme et non-interventionnisme d'Etat. On peut soutenir à l'inverse que la loi et le droit ont été un des problèmes centraux de cette période de l'Etat libéral. Une question revenait dans tous les secteurs de la vie publique, comment concilier l'idéal de "moindre gouvernement" avec les exigences prégnantes d'organisation de la vie économique et sociale. Le droit est alors un problème organisationnel. L'Etat est finalement considéré comme l'instance qui doit fournir un certain nombre de cadres minima en vue d'assurer le bien public. D'où une importante production législative à visée organisatrice comportant des dispositions pénales (26).

./...

| | 1850 | 1900 | 1950 | 1978 |
|---|---|---|---|---|
| Escroquerie, abus de confiance, faux | 3 038<br>51,9 % | 6 774<br>54,6 % | 12 844<br>54,5 % | 12 107<br>36,4 % |
| Banqueroute simple, frauduleuse, abus de biens sociaux | 289<br>5 % | 720<br>5,8 % | 633<br>2,7 % | 3 148<br>9,5 % |
| Infraction économique | 87<br>1,5 % | 2 931<br>23,6 % | 6 135<br>26,0 % | 5 214<br>15,7 % |
| Fiscales et douanières | 2 439<br>41,6 % | 1 547<br>12,5 % | 2 335<br>9,9 % | 1 003<br>3 % |
| Droit pénal du travail | -<br>- | 439<br>3,5 % | 638<br>2,7 % | 7 677<br>23 % |
| Sécurité Sociale | -<br>- | -<br>- | 989<br>4,2 % | 4 118<br>12,4 % |
| T O T A L | 5 853<br>100 % | 12 411<br>100 % | 23 574<br>100 % | 33 267<br>100 % |
| Ensemble des condamnations pénales (crimes, délits et contraventions de 5° classe) | 230 270 | 189 272 | 247 246 | 434 606 |
| Sous-ensemble astucieux économique et financier | 5 853<br>2,5 % | 12 411<br>6,5 % | 23 574<br>9,5 % | 33 267<br>7,6 % |

C'est au cours de cette période que ces contentieux astucieux, économiques et financiers prennent au sein de l'ensemble des contentieux pénaux, la place qui est encore aujourd'hui la leur. Ils représentent alors 6 à 7 % des condamnations prononcées. Cependant au niveau qualitatif et autant qu'il est possible d'en juger d'après des sources statistiques, il apparaît qu'en notre matière, les cibles privilégiées par les poursuites pénales furent massivement des "affairistes individuels". Les organisations commerciales et financières (les entreprises) restaient très peu concernées par les poursuites pénales.

L'objectif principal de ces diverses formes de contrôle législatif et judiciaire est en fait moins la moralisation en soi de la vie des affaires que l'assainissement du climat financier, en vue d'un renforcement ou d'une relance (crise des années 1855-1860) des investissements. La nécessité de soutenir la concurrence de l'économie anglaise consuidra le milieu des affaires, soutenu par un certain nombre de juristes, à revendiquer des modes d'organisation nouveaux "susceptibles de redresser l'esprit d'entreprise". Le modèle des sociétés anglaises reposant sur l'anonymat finira par s'impsoer. Les lois de 1863 puis surtout de 1867 rompront définitivement avec la défiance qui pesait depuis l'Ordonnance de Colbert sur les sociétés commerciales à responsabilité limitée et les plaçait jusqu'alors sous un contrôle étatique relativement fort.

3. - De 1900 à la deuxième guerre mondiale - La montée en puissance de ce type de contentieux se poursuivra avec netteté durant la première moitié du XX° siècle avec une période d'apogée dans les années 30-40. En 1935, le total des condamnations prononcées en notre matière atteignait le chiffre de 27 000. La part des contentieux astucieux, économiques et financiers connut alors son niveau maximal dans l'ensemble des condamnations pénales, elle représentait entre 12 et 14 % des jugements prononcés.

C'est également le moment où l'on constate la progression des poursuites concernant des faits liés aux activités des entreprises. La délinquance commise au sein des sociétés commerciales ou par elles acquiert une visibilité nouvelle. Ainsi cette période a été celle où l'on a constaté le nombre le plus élevé de condamnations en matière d'infractions à la législation sur les sociétés commerciales.

A diverses reprises le cadre très libéral de la loi de 1867 avait été mis en question à l'occasion de désastres financiers, en particulier en 1882. Une cascade de textes législatifs est venu compléter ou modifier la législation en vigueur entre 1867 et 1940. Ils révèlent cependant une orientation plus organisatrice que répressive. Ce sont toujours les questions des règles de constitution des sociétés commerciales, de circulation des titres et de privilèges des parts de fondateurs qui retiennent l'attention. Avec bien évidemment des aménagements constants des pouvoirs des assemblées d'actionnaires, traitées comme l'organe privilégié de

./...

contrôle interne des sociétés ; organisme toujours vanté dans le discours pour ses vertus démocratiques et toujours contourné ou manipulé dans la pratique financière.

La poursuite de l'effort législatif durant le début de la guerre témoigne de la force de ce mouvement de normalisation. La loi du 18 septembre 1940 introduisit une dimension radicalement nouvelle en consacrant le rôle du président directeur général et en faisant de lui le pivot de cette organisation. Le principe de l'unité de direction est affirmé et la responsabilité personnelle duprésident engagée en cas de faillite. Bien qu'atténuées deux mois plus tard (16 novembre 1940) les dispositions de ce texte ont défini une orientation qui se maintiendra.

De façon globale l'ensemble des tendances caractérisant cette période se maintiendra dans l'après-guerre jusqu'au début des années soixante. Lapériode de l'immédiat après-guerre se caractérise seulement par l'accumulation des poursuites concernant les infractions à la législation économique : ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix (publicité, prix illicites) et aux règles de ravitaillement.

4. - Pour la période contemporaine (à partir de 1960) (°) on constate certaines évolutions particulières qui, cependant, ne remettent pas fondamentalement en cause les lignes d'orientation majeures de la période antérieure, mais la diversifient.

Le fait marquant est cependant une nette tendance au repli de ce type de contentieux par rapport à la période précédente. Il ne représente plus que 6 à 8 % des condamnations prononcées, retrouvant ainsi une place équivalente à celle qui était la sienne dans la seconde partie du XIXº siècle. Pour apprécier cette baisse en pourcentage on doit la mettre en relation avec l'augmentation massive de l'ensemble des contentieux pénaux. Cependant sur un plan strictement quantitatif on peut toutefois relever une croissance plus lente des contentieux économiques et financiers. Notons également que les efforts de politique criminelle développés depuis 1970 ne se traduisent guère à ce niveau. Une éventuelle modification qualitative de ces contentieux reste à prouver. On affirme parfois que la justice poursuivrait surtout les cas exemplaires, les "gros dossiers", les "grands fraudeurs". L'analyse statistique des personnes condamnées ne permet pas de le confirmer. Les "passereaux" l'emportent largement sur les "rapaces" des affaires (27).

L'autre fait marquant pour cette période est la montée très nette des contentieux de droit pénal social (infractions à la législation du travail et de la sécurité sociale). Ces contentieux passent en quelques années de moins de 10 % des condamnations de notre sous-ensemble en 1950, au quart de celui dix ans après et au tiers vingt ans plus tard.

./...

---

(°) - 1978 est la dernière année pour laquelle nous disposons des données statistiques complètes du Compte Général. Les données actuellement disponibles pour les années ultérieures ne révèlent aucun changement significatif.

Cette amplification peut être attribuée à trois phénomènes parallèles :

- d'une part des innovations législatives, essentiellement par l'effet des textes de janvier 1959 qui reformulent ou introduisent de nouveaux chefs d'inculpation et surtout la création de contraventions de 5° classe. En effet l'essentiel du contentieux en matière de droit pénal social est constitué par des contraventions de ce type. La qualification délit, n'intervenant le plus souvent que dans les cas de récidive.

- enfin en matière de droit pénal du travail il faut aussi tenir compte du changement intervenu au cours des années 70 dans l'attitude des organisations syndicales à l'égard de la justice pénale. Jusqu'alors relativement réticents au déclenchement de procédure répressive, les syndicats encouragés par un certain nombre de juristes, se murent à utiliser de façon plus systématique les possibilités de recours au pénal, ouvertes par les législations récentes, afin de faire progresser une certaine effectivité du droit social.

On demeure finalement frappé par la stabilité d'ensemble de ce type de contentieux à partir du dernier tiers du XIX° siècle. Deux grandes exceptions sont à relever ; celle constituée par la prise d'ampleur du droit pénal social ces quinze dernières années et la poussée soudaine suivie d'un repli, des condamnations relatives aux législations économiques de la période 1945.

Quant aux secteurs auxquels on pense immédiatement quand il est question de "délinquance d'affaires" (infractions commises dans le cadre de société commerciale, infractions fiscales et douanières) elles tiennent une place très modeste et stable. Cette remarque peut surprendre quelque peu dans la mesure où l'on aurait pu s'attendre à un impact plus net des efforts de politique criminelle menés depuis 15 ans en notre matière. D'autre part, il faut également relever que les condamnations qui dominent dans cet ensemble :

- portent sur des domaines où l'on trouve surtout des infractions contraventionnelles (contraventions en matière du droit du travail et de la sécurité sociale : près de 40 % de l'ensemble).

- et font une place massive aux condamnations pour escroquerie, abus de confiance et faux en écriture privée : secteur terriblement ambigu parce qu'il mêle de façon inextricable des délits mineurs occasionnés par des individus isolés ou de petits affairistes et des grandes fraudes organisées. Il est de plus notoire qu'en cette matière les fraudes de faible ou moyenne importante l'emportent très largement sur les grandes escroqueries.

./...

Il faut relever également la faiblesse constante des poursuites en matière d'infractions à la législation sur les sociétés commerciales et la nette diminution des poursuites en matière fiscale et douanière depuis 15 ans. Quant aux banqueroutes, c'est le seul secteur d'une certaine importance, son évolution restant très liée à celle de la conjoncture économique. S'agissant en fait le plus souvent d'une pénalisation d'échecs économiques et non d'entreprises à visée délictuelle, on comprend pourquoi les poursuites pour banqueroute simple (délit quasi-formel) prédominent :

- si l'on compare, enfin, l'ensemble de ces condamnations au total des condamnations prononcées en matière pénale générale (crime, délit et contravention de 5° classe), on constate :

  * que les infractions astucieuses et d'affaires ne représentent que 7,6 % de l'ensemble des condamnations prononcées

  * et que les infractions financières (affaires de société commerciale, fraudes fiscales et douanières) représentent moins de 1 % du même ensemble.

Le fossé apparaît donc immense entre la vigueur apparente de certains propos et la réalité des pratiques répressives. L'abondance des textes et la multiplicité des agents de contrôle produisent peu de sanction pénale. Toutefois, la place faite au traitement judiciaire des infractions d'affaires a connu quelques changements significatifs depuis quinze ans. Ces changements ne se comprennent que situés dans la crise de légitimité que la justice pénale a connu durant cette période.

b) - Restaurer l'autorité judiciaire : un projet de papier

On peut se demander si l'investissement réel pour les uns et symbolique pour les autres, fait en cette matière, ne peut être lu, aussi, comme une des tentatives développées pour redonner quelque crédibilité à cette justice pénale que tout le monde s'accorde à voir en état de crise. On entend habituellement par là, d'une part des problèmes de fonctionnement (lenteur, coût, manque de moyens...) mais aussi des problèmes plus complexes de mise en cause de la légitimité de cette institution. Une des critiques majeures adressée au système de justice, tant en son sein que dans son environnement social, a souvent porté sur les questions de partialité, "d'injustice". Depuis une dizaine d'années, en effet, le système de justice criminelle a perdu une très grande partie du consensus qui jusqu'alors, apparemment, confortait cette institution dans sa majesté et son secret (28). Elle a, d'autre part, été submergée par une série de contentieux de masse (chèque, circulation) où la majesté du juge se perd dans une gestion bureaucratique peu valorisée, et quantitativement accaparante d'infractions banales.

./...

Les délits d'affaires ont aussi fourni de multiples exemples du traitement, privilégié par sa douceur, réservé fréquemment à ce type d'infraction et à leurs auteurs. Au niveau des pouvoirs publics, on a alors tenté d'attirer l'attention sur les problèmes de délinquance astucieuse et d'affaires, de promouvoir une politique criminelle en ce secteur, de donner une visibilité plus grande à de tels dossiers dans l'opinion publique. Ceci afin de contrebalancer, volontairement ou non, les critiques démystifiant la soi-disant "neutralité" du droit et de l'appareil judiciaire et démontrant leur participation active aux structures de domination sociale. Il s'agissait de restaurer l'autorité judiciaire et de démontrer sa capacité à traiter tous les contentieux.

Cette question de la légitimité a pris un accent particulier avec l'évolution du recrutement dans la magistrature. L'arrivée de couches sociales jusque là peu représentées a introduit de nouvelles sensibilités et une certaine évolution des pratiques. Elle a aussi donné une urgence particulière à la réhabilitation de la justice pénale. Ces nouveaux professionnels ont suscité des projets différents de ceux de leurs prédécesseurs afin de revaloriser leur fonction, par exemple dans l'évolution de la "justice quotidienne" par les juges d'instance, très souvent membres du Syndicat de la Magistrature. La mise en oeuvre judiciaire du droit pénal des affaires a sans doute aussi contribué de son côté à ces tentatives de relégitimation d'un secteur en crise.

Le contrôle des délinquances d'affaires connut une reconnaissance institutionnelle progressive avec :

- dès 1969, la scission du bureau de l'action publique de la Direction des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la Justice en deux secteurs : un pour les affaires pénales générales, l'autre pour les affaires économiques et financières ;

- puis, avec la loi de 1975 généralisant en principe les sections financières des parquets ;

- enfin avec des efforts constants depuis 1972 pour la définition et la stimulation d'une politique pénale spécifique, essentiellement par voie de circulaires, et l'organisation de sessions de formation permanente.

D'autre part, il n'est pas un projet de réforme de la justice pénale qui ne fasse apparemment la part belle à ce domaine. Depuis le rapport ARPAILLANGE, constats et propositions se répètent souvent à l'identique. M. PEYREFITTE dans son rapport sur la violence ne put négliger totalement la délinquance des affaires. Et en plein débat sur la loi "Sécurité et Liberté" il annonça que si le texte présenté concernait peu les délinquants d'affaires, "ils ne perdent rien pour attendre". Attendent-ils toujours ? A l'automne 1981 R. BADINTER diffusa sous forme de circulaire (21 octobre) ses "orientations nouvelles de politique criminelle". Celles-ci

./...

étaient au nombre de trois. La troisième proposait des voies d'action pour "combattre plus efficacement la délinquance économique et financière".

"Or il s'agit là d'une délinquance qui compromet des intérêts collectifs essentiels et dont les conséquences, sur le plan économique et social, sont considérables.

Il faut noter en outre que la plupart des poursuites concernent des entreprises de taille modeste ; qu'elles sont souvent engagées trop tardivement, après la cessation des paiements ; qu'elles se prolongent habituellement sur plusieurs années et qu'elles débouchent fréquemment sur des condamnations sans portée, dont certaines font double emploi avec celles prononcées par les tribunaux de commerce en application du droit de la faillite.

Un tel état de choses contribue évidemment au discrédit de la justice, qui apparaît plus habile à poursuivre le petit voleur qu'à combattre efficacement les auteurs de grandes fraudes. Il en résulte également que le juge pénal ne remplit pas son rôle de régulateur social dans un domaine où les transformations en cours rendraient son intervention plus nécessaires que jamais.

Ainsi s'explique la tendance à exclure les tribunaux de ce contentieux au profit d'autorités administratives ou de commissions diverses, avec tous les risques que cette évolution comporte pour les libertés".

Si le constat était juste, on ne peut dire qu'il s'accompagnait de modes d'actions originaux. Tout au plus il reprenait et rappelait les propositions formulées au début des années soixante-dix : contacts systématiques avec les organes de pré-sélection, choix de cibles prioritaires (infractions macro-économiques comme les ententes et atteintes au droit des sociétés-doit pénal social, fiscal et douanier), accélération des procédures (limitation des mises à l'instruction et des expertises).

Mais là encore et malgré la sincérité du propos, on peut considérer qu'il s'agissait surtout d'un affichage, d'un discours emblématique. La proclamation légitimante l'a une fois encore emportéesur les mises en oeuvre réelle. La conclusion de la circulaire est ici presque explicite :

"A la vérité, les progrès qui pourront être accomplis en ce sens dépendent autant de la compétence technique des magistrats et de leurs collaborateurs que de leur sensibilité à la gravité de la criminalité d'affaires et de leur volonté de restaurer la crédibilité de la justice dans un domaine aussi essentiel".

La politique pénale en matière de délits d'affaires serait plus une question de "sensibilité" et de "motivation" qu'une question de technique juridique et de moyens.

./...

Peut-être, mais il reste vrai qu'au delà des "affichages" qui se sont succédés depuis 15 ans, les moyens n'ont jamais été dégagés pour rendre opérationnalisable les objectifs proclamés. La formation initiale et permanente est et reste en ce domaine minimale. Quant à la gestion des tribunaux et l'affectation des personnels, ils s'effectuent selon de toutes autres priorités.

Dépourvue de moyens matériels, la magistrature financière n'a guère été soutenue davantage au plan symbolique. Le ministère de la Justice est et demeure, malgré les grands énoncés sur l'Etat de droit, un ministère faible. Face à celui de l'économie ou des finances, son autorité n'a jamais été posée de façon équivalente. En matière de prix, d'ententes, de fiscalité, de change et de douanes ce sont les ministères précédents qui "font la loi". Plus exactement, c'est à eux qu'appartient le choix des modalités de mise en oeuvre de la loi. Quand un premier ministre socialiste refuse les poursuites pénales contre des footballeurs de renom (Saint Etienne) et accepte que s'opèrent des transactions jusqu'à la veille des audiences d'appel (Paris-Bas) où est l'Etat de droit, qu'en est-il de la restauration de l'autorité judiciaire ? Comme l'indique un magistrat : "l'exemplarité ne peut être partielle".

Il serait cependant abusif de conclure de cette stabilité dans l'insignifiance statistique (moins de 1 % des condamnations) et dans les politiques d'affichage que le développement de ce secteur n'a eu aucun impact sur l'institution judiciaire. Nous allons voir qu'il n'en est rien en observant les répercussions de l'investissement actuel en ce domaine sur les représentations et les pratiques professionnelles.

### B . Le traitement des infractions d'affaires, un lieu de clivage et de valorisation professionnelle

Comme l'énonce J. COMMAILLE (29) à propos des juges aux affaires matrimoniales, l'articulation entre système de valeurs et carrières peut se lire à trois niveaux : niveau des représentations de la spécialité professionnelle, niveau des conséquences générales sur la carrière, niveau des stratégies personnelles en termes de gestion de carrière.

Le domaine économique et financier apparait dans la magistrature comme constituant un lieu de clivage idéologique important mais aussi un terrain de valorisation.

#### 1) - Un lieu de clivage

Les attitudes à l'égard de la répression des délits économiques et financiers constituent une des lignes principales de clivage du corps professionnel des magistrats. C'est ce qui ressort très nettement d'une recherche menée sur un échantillon stratifié de magistrats (30) :

- c'est surtout un critère d'âge et d'ancienneté dans la profession qui sépare les magistrats en ce qui concerne les comportements relatifs au mode de vie et au droit de disposer de soi-même (avortement, usage de drogue, vie sexuelle...).

- c'est par contre un critère d'orientation politique et syndicale qui distingue les magistrats selon qu'ils sont ou non favorables à la répression de la délinquance économique. C'est aussi le domaine où se marque le plus nettement un dissensus professionnel. Ce sont les nouvelles générations recrutées depuis 1968 dans des catégories sociales plus diversifiées (arrivée importante d'enfants de la petite bourgeoisie salariée) et socialisées dans le cadre de l'E.N.M. (31) qui sont le plus favorables à cette orientation de la politique pénale. A contrario, les magistrats au recrutement plus ancien et occupant de fait des postes plus importants dans la hiérarchie y sont beaucoup moins favorables.

Ce niveau de contradiction de type idéologique à l'intérieur de la profession se double pour nous d'une contradiction secondaire. En effet, il n'y a pas de similitude directe entre les magistrats qui, dans l'enquête ci-dessus, se sont déclarés favorables à la répression des délits d'affaires et ceux qui sont sur le terrain réel, les magistrats financiers. Ce sont ces derniers que nous avons rencontrés. Cette population étudiée ne peut être considérée comme représentative, mais simplement indicative. Il apparaît que seule la moitié de celle-ci correspond au sous-groupe des professionnels (supposés) plus favorables, à savoir de jeunes recrutés, formés à l'E.N.M., souvent des femmes et proches des positions du Syndicat de la Magistrature. La seconde moitié de notre population est exclusivement masculine, plus âgée (35-50 ans) et moins syndiquée. Il serait tout à fait erroné d'en déduire par exemple une opposition entre magistrats financiers "répressifs" et "conservateurs". L'intérêt du domaine est que la répartition des magistrats dans ce champ est beaucoup plus complexe.

La question qui se pose alors est plutôt celle des répercussions de ces systèmes de valeur et de leurs clivages sur les stratégies de carrière et les pratiques professionnelles en termes de rapport au droit. Nous envisagerons tour à tour ces deux questions. On pourrait poser comme hypothèse que la mise en oeuvre de valeurs en partie contraires à celles qui dominent chez les détenteurs du pouvoir institutionnel est défavorable à la notation et donc à l'avancement et à la répartition des places. Nous allons voir que la situation est plus complexe : il en va de même pour les pratiques.

2) - Un terrain de valorisation

a) - Une marginalité noble

Les entretiens effectués font valoir ce que l'on pourrait appeler une marginalité noble, opposée par exemple à la marginalité humble des magistrats sociaux (juges des enfants, J.A.M., J.A.P...). Cette marginalité est présentée comme ayant une double source. La spécialité "affaires financières" est une spécialité à double risque :

- Une spécialité à risques internes dans la mesure où elle exige un engagement personnel et technique très important. Les dossiers à traiter sont lourds et complexes,

./...

c'est-à-dire longs à traiter et nécessitant des investissements techniques beaucoup plus diversifiés que les autres domaines. Excepté Paris où existe une spécialisation très poussée (32), en province les magistrats chargés des affaires économiques et financières ont à couvrir un champ très vaste allant du droit pénal du travail à celui des sociétés commerciales, en passant par la consommation, le fiscal, le douanier et l'environnement etc... Si, par rapport à d'autres, ce domaine est peu répétitif, il présente par contre le grave défaut d'offrir des possibilités multiples de difficultés, d'erreurs, et donc de sanctions professionnelles. "Sanctions" étant à entendre ici, non au sens disciplinaire, mais au sens de difficulté à conclure, d'échec d'un dossier d'accusation, de mauvaise instruction, d'erreur de droit relevée en appel ou cassation...

- C'est aussi une spécialité à risques externes dans la mesure où les implications sociales, économiques et parfois politiques de ces dossiers sont bien connues. Le magistrat se trouve alors confronté à des interlocuteurs, plaignants ou défenseurs, d'une nature autre que ceux avec lesquels il est amené le plus souvent à traiter. La défense de l'ordre public et de l'intérêt général se heurte ici souvent au particularisme des intérêts en cause, à la complexité technique des conflits concernés et au poids de certains acteurs. Le juge tend à être attiré sur des terrains économiques, politiques et techniques qui ne sont pas, en principe, les siens Ses décisions tendent alors à être fondées davantage sur des critères d'opportunité que sur des critères de légalité. D'où d'autres risques de sanction professionnelle du type de ceux mentionnés précédemment, mais aussi de type disciplinaire. Les affaires CECCALDI, CHARETTE, PASCAL mentionnées plus haut en témoignent. Dans tous les cas, des décisions juridiquement fondées ont été contestées par la hiérarchie comme révélatrices d'un dépassement du rôle attendu, d'une politisation de la justice.

Dans le parcours d'une carrière, une spécialité à risques, souvent perçue comme un handicap dans une institution ritualiste comme la justice, peut aussi être un lieu de promotion. La dimension "prise de risque" revient souvent dans les entretiens. Fort peu de magistrats déclarent s'être orientés volontairement vers une telle spécialité. La plupart -et surtout les jeunes substituts- ont plutôt saisi une opportunité ou ont été obligés de se "jeter à l'eau" parce que personne d'autre ne voulait prendre en charge des dossiers de ce type. Puis un fonctionnement analogique les a confirmés dans ce qui ne correspondait pas, pour eux, à une spécialisation, ou un projet pré-existant. La formation sur le tas et au coup par coup apparaît comme une constante. Un certain nombre ont alors, à leur initiative, acquis des savoirs complémentaires tels que la comptabilité ou se sont formés par eux-mêmes à des matières spécifiques (droit de l'environnement, de la consommation...). Les risques professionnels se trouvent alors en grande partie compensés par l'apport au fonctionnement institutionnel d'une implication de ce type. Apport d'autant plus apprécié par la hiérarchie que les candidats à ces postes sont peu nombreux et que la façon de les occuper est discrète c'est-à-dire limitant les répercussions venues de l'extérieur. Mais d'autres facteurs ont un effet valorisant.

./...

b) - Les facteurs de valorisation

Ils sont de trois sortes : les enjeux juridiques, la nature des conflits traités, les retombées pour l'institution et contribuent de façon spécifique à la légitimité dans la fonction :

- les enjeux juridiques : le rapport au savoir juridique est un élément central du système de reconnaissance de la compétence à l'intérieur du corps (33). Certes la discipline reine, celle qui fonctionne comme référence, demeure le droit civil, surtout en matière de propriété et de responsabilité. Le droit des affaires, par sa dimension pluridisciplinaire (droit commercial, droit financier, droit fiscal, droit de la consommation...) est également perçu comme de haute technicité, ne serait-ce qu'en raison de son amplitude. La dimension pénale semble souvent secondaire par rapport aux autres aspects du droit mis en oeuvre. Ainsi fonder une poursuite pour abus de biens sociaux c'est d'abord maîtriser la situation comptable d'une entreprise. La construction des preuves et leur assemblage est en ces matières un processus beaucoup plus complexe que pour le pénal habituel où la construction policière suffit le plus souvent ;

- les enjeux socio-économiques des conflits traités : tout comme il existe une hiérarchie des objets juridiques, il existe une hiérarchie des conflits. Une étude de sociologie professionnelle effectuée par D. RUESCHEMEYER (34) a montré les liens qui existent entre les différenciations internes chez les juristes et le statut social de leurs clients. Au-delà des questions de technique juridique, les conflits en matière économique et financière mettent l'appareil judiciaire en présence d'autres justiciables que ceux qui défilent en correctionnelle pour les autres types de délit. Ce sont surtout ici des membres de la petite bourgeoisie non-salariée, des cadres supérieurs et quelques membres de la bourgeoisie qui sont concernés. La proximité dans la position de classe entre le professionnel et son client joue institutionnellement en faveur du premier ; tout comme elle joue sans doute en sens inverse pour le second en matière de peine ;

- les retombées institutionnelles : la spécialité économique et financière nous semble enfin jouer favorablement à un troisième niveau, celui de la valorisation d'ensemble de l'institution. En effet les différents modes d'intervention des magistrats dans le règlement des conflits de type économique et financier tendent vers une restauration de pouvoir de l'ensemble de l'institution judiciaire. Les actions entreprises tant au plan national que local, tant ministériel que syndical sont allées vers la réaffirmation du pouvoir judiciaire dans des domaines où il était, soit tenu à distance, soit sans prise concrète.

./...

Une stratégie délibérée a tout d'abord conduit à l'extension des territoires d'intervention et ceci de deux façons :

- soit en négociant ou renégociant les attributions de pouvoir, comme ce fut le cas avec l'administration fiscale ou avec les commissaires aux comptes en rappelant leurs obligations de révéler les infractions constatées et au moins d'informer le parquet des situations litigieuses,

- soit en judiciarisant certains secteurs, soit sous forme indirecte (échange d'information avec les C.I.A.S.I. pour les entreprises en difficultés, participation à la Commission d'Opération de bourse), soit sous forme directe (présence d'une représentant du parquet aux audiences du tribunal de commerce ).

L'appareil judiciaire s'est ainsi affirmé comme interlocuteur face à des acteurs individuels ou collectifs qui tendaient à réguler seuls leurs domaines spécifiques. Dans cette tentative de relégaliser des secteurs fonctionnant plus à la norme qu'à la loi, le projet syndical du S.M. rejoint parfaitement les besoins généraux d'une institution que globalement ses nouveaux membres souhaitaient voir sortir de sa marginalité en ce domaine majeur. Cette tendance à la légalisation s'est accompagnée d'une tendance à la judiciarisation, en tentant de récupérer, en tout ou partie, le pouvoir d'appréciation d'opportunité des poursuites que les administrations détiennent au détriment du parquet. Ce double mouvement a ainsi produit les éléments d'une identité renouvelée pour l'institution judiciaire en rappelant sa spécificité de gardienne des libertés et des lois. Il n'a fait que renforcer la légitimité professionnelle des magistrats financiers à l'intérieur du corps.

On ne peut généraliser quelques trajectoires individuelles, remarquons toutefois qu'excepté quelques pionniers ayant oeuvré avant la période 70 en ce domaine, aucun magistrat n'a estimé que sa spécialisation en matière financière n'avait porté atteinte à sa carrière. La section financière du parquet de Paris demeure toujours une des plus valorisées et quelques trajectoires personnelles suggéraient presque l'hypothèse inverse. A savoir qu'il s'agit d'un domaine privilégié d'affirmation de compétence professionnelle. Ainsi, un des créateurs du parquet financier de Lyon, principal auteur de la doctrine du S.M. en notre domaine, après une période de promotion-purgatoire à la Cour de Cassation est aujourd'hui directeur de l'Education Surveillée depuis 1983. Un de ses successeurs, au même parquet de Lyon, longtemps sous-directeur en matière économique et financière est depuis juin 1983 directeur des Affaires Criminelles et des Grâces. Un autre "grand financier" qui consacra une grande partie de sa carrière au domaine est actuellement procureur général à Paris.

./...

## C . Un lieu de pratiques diversifiées

Analyser les systèmes et conflits de valeurs dans une profession informe peu sur la réalité des pratiques. C'est très abusivement que beaucoup de travaux sociologiques dans la lignée de PARSONS ( 35) ont extrapolé de l'un à l'autre. Comment les enjeux socio-politiques globaux et les enjeux strictement professionnels se réfractent-ils dans les pratiques, telle est la question à laquelle peu de travaux ont répondu de façon satisfaisante. Nous n'aurons pas non plus la prétention de le faire. Nous présenterons plutôt une ébauche, l'amorce d'une analyse qui demande à être affinée.

Nous avons tout d'abord écarté la solution la plus souvent reprise qui consiste à établir une apparente typologie des pratiques : il y aurait les légalistes, les techniciens et les politiques, ou bien les conformistes répressifs, les ritualistes et les réformateurs... De telles typologies, en admettant que les données qui les fondent, justifient vraiment ces découpages, reviennent en général à une typologie de "personnalité", définie par des structures d'attitudes. La limite principale d'une telle approche nous semble moins se situer au niveau de l'anticipation sur la constante des pratiques que sur une très dommageable réduction de ces dernières à quelques cas de figure bien visibles. S'il paraît légitime de considérer un assemblage d'attitude comme structurant les conduites en un projet, plus ou moins conscient, mais relativement stable, il paraît au contraire abusif de limiter une pratique professionnelle à un ou deux registres d'action. Dans une même unité de temps, l'espace des modes d'intervention possibles pour un sujet (sa compétence) est souvent plus large et plus contrasté qu'on ne veut bien le voir.

Ceci est d'une importance toute particulière en matière judiciaire, où c'est toujours à tort que l'on fait du juge l'acteur principal. Il a certes un pouvoir de décision, mais il intervient dans un procès au sens plein du terme. Et ce procès de règlement d'un conflit entre intérêts privés, ou entre un intérêt privé et un intérêt public, il n'est pas le seul à en choisir les éléments et les formes. Privilégier le rôle de cet acteur particulier, le placer, au centre de la scène, l'isoler, c'est reconstruire de façon très partielle une situation autrement plus diversifiée. En matière d'infractions économiques et financières, le juge est encore moins qu'ailleurs le principal définisseur de la situation litigieuse qu'il va avoir à trancher. C'est une série d'interventions spécifiques antérieures et un jeu contradictoire de qualifications préalables qui vont conduire (ou faire échapper) un comportement infractionnel sur la scène pénale. Partenaires socio-économiques et agents de contrôle administratifs sont ici les opérateurs principaux. Le juge ne traitera qu'une matière totalement pré-construite par eux sans connaître le plus souvent les critères des opérateurs qui l'ont précédé. Ses interventions se trouvent donc profondément surdéterminées.

./...

Certes le juge dispose d'une marge d'autonomie non-négligeable dans la décision finale, mais aussi pour effectuer une éventuelle requalification des faits. Cependant, cette "liberté" du juge s'exerce à l'intérieur du cadre délimité par les parties, et la décision doit obligatoirement se situer par rapport aux éléments juridiques posés par le "débat" (36). Cette analyse élaborée pour la matière civile nous semble avoir aussi une pertinence en matière pénale et tout particulièrement en notre domaine où se retrouve le triangle : demandeur (administration et assimilé) défendeur (l'infracteur) et juge.

En réintégrant ainsi la décision du juge dans une série (d'ailleurs non continue) d'opérations de règlement du conflit, nous retrouvons une perspective de travail sur "les formes d'application du droit" (37). L'application de la loi n'est pas une simple procédure de déduction des effets juridiques d'une règle, c'est au contraire une procédure dynamique de qualification. Il s'agit selon les auteurs précités "d'un processus de connaissance et non d'autorité". Par là même, ils réintroduisent aux côtés du juge d'autres intervenants au rôle non-secondaire.

D'autre part, une orientation de ce type évite aussi les risques d'un certain évolutionnisme. Typologiser les pratiques pour en cerner les changements, c'est souvent sous-entendre un mouvement de lente substitution d'un modèle dominant à un autre.

Ainsi dans un travail récent, centré sur l'analyse des modifications du pouvoir judiciaire ainsi que des multiples phénomènes de substitution au judiciaire de nouvelles instances de règlement des conflits, F. OST (38) propose "trois modèles de justice". Il aurait peut-être été plus juste de parler d'idéaux du juge type car c'est pour l'essentiel autour des modes d'opérer du juge que sont définis les indicateurs caractérisant chacun des modèles. Il distingue : un modèle de justice coutumière (propre aux sociétés rurales essentiellement agricoles et structurées sur la base de clans : un modèle de justice légaliste libérale propre aux sociétés capitalistes concurrentielles où l'Etat est censé incarner l'intérêt général : un modèle de justice normative-technocratique propre aux sociétés "post-industrielles" où l'Etat fortement interventionniste se trouve confronté à une corporatisation des intérêts.

Le développement socio-historique de nos sociétés aurait donc vu se succéder un modèle de "juge pacificateur" tranchant dans l'immédiateté, un "juge arbitre" dit de "judicature" décidant par le droit et un "juge-entraîneur" dit de "magistrature" exerçant une compétence élargie de règlement, de tutelle, de protection et de conservation de certains intérêts. La généralisation en Europe occidentale des juges des enfants, juge de la famille ou de système de prévention des faillites tout comme les dépassements du cadre légal par le pouvoir judiciaire nord-américain pour la défense de certaines causes (égalité raciale, protection de l'environnement) four-

nissent l'essentiel des exemples utilisés. La recherche croissante d'une efficacité sociale mesurable conduirait donc à une mutation, voire à un débordement du judiciaire.

On peut aussi rapprocher l'analyse de OST de travaux insistant sur la "dépossession croissante" du judiciaire, son "dépérissement" et la dénonciation de "circuits de dérivation" ou "d'évitement" du judiciaire.

Si ces différentes approches ont eu le mérite d'éclairer de façon spécifique telle ou telle dimension des processus de changement dans l'espace juridico-judiciaire, on peut cependant globalement leur reprocher un certain évolutionnisme dont témoigne souvent le vocabulaire utilisé ("naissance, croissance, apogée, décadence, mort..."). PLutôt que de mener l'analyse en termes de mutation, de substitution d'un modèle à l'autre ou en termes de concurrence ou de conflits entre modes de règlement des litiges, il semble possible aujourd'hui de proposer une grille de lecture plus complexe. Car où se situe le véritable changement dans l'apparition de formes nouvelles de règlements des conflits ou dans leur acutelle mise en visibilité ?

C'est alors vers l'analyse des formes de règlement différentiel des conflits qu'il semble nécessaire de s'orienter. En effet l'étude empirique des modes de régulation des conflits tend plus souvent à mettre en évidence des systèmes complexes qu'à proposer ou confirmer la prégnance d'un modèle dominant unique.

Le point le plus délicat et qui reste à approfondir est le lien qu'il est possible d'établir entre positions professionnelles et application du droit. Est-il possible de discerner des formes d'application préférentielles à l'intérieur d'un champ de compétence donné ? Nous en donnerons pour finir un exemple concernant les procédures de poursuite en matière de droit pénal des affaires. Il semble possible de distinguer quatre formes de mise en oeuvre des poursuites.

a) <u>Une forme répressive de l'action parquetière</u> qui développe son action selon les informations qu'elle reçoit, les instruit en détail en utilisant beaucoup la mise à l'instruction et le recours fréquent aux expertises. C'est une forme d'action qui vise à la sanction "de délinquants" ayant commis des comportements infractionnels dits "très graves" en raison de leur forte intentionnalité ou des dommages causés. Cette gravité est considérée comme ayant motivé le signalement au judiciaire et ayant été réévaluée par l'instruction. Ce mode de définition et de traitement est assez proche de celui réservé aux affaires criminelles. La complexité des situations et des enjeux conduirait alors à traiter des délits comme des crimes, moins pour aggraver la réaction judiciaire que pour l'entourer d'un maximum de garantie. Cette conception a longtemps prévalu au parquet de Paris et se retrouve dans les

./...

parquets provinciaux peu accoutumés à traiter ces contentieux. Elle est souvent le fait de magistrats recrutés avant la fin des années soixante et distants des positions du Syndicat de la Magistrature.

b) Une forme pro-active de l'action parquetière inspirée du courant dit "lyonnais". Dans cette ville au début des années soixante-dix, bénéficiant d'une situation hiérarchique favorable, un jeune substitut et un procureur organisèrent à Lyon une section financière du parquet qui visait à agir spécifiquement sur des formes de délinquances jugées "particulières". La principale originalité de leur mode d'action fut de donner un sens plein à l'article 41 du code de procédure pénale. Ils s'efforcèrent d'élargir les activités habituelles du parquetier dans la recherche des infractions et pour cela établirent systématiquement des contacts avec tous les informateurs concernés par la vie économique et sociale (inspecteurs du travail, des impôts, des douanes, commissaires aux comptes...). Ils essayèrent aussi de rappeler aux responsables des autres administrations que l'article 40 du C.P.P. leur fait obligation de signaler aux autorités judiciaires les infractions dont ils ont connaissance. Tout comme les initiateurs du droit pénal des affaires ils se référaient à la notion d'entreprise et non plus à des notions individualisantes (délinquants) pour structurer leurs interventions. N'hésitant pas à sortir du palais et ouvrant largement leurs cabinets, ils furent les promoteurs d'une conception pro-active de la mise en oeuvre de l'action publique. Leur action avait quatre objectifs principaux :

- une réaffirmation de l'autorité judiciaire dans des secteurs où elle n'avait pas grand rôle,

- une socialisation de son fonctionnement par l'établissement de contacts systématiques avec de nouveaux partenaires collectifs comme les syndicats et les associations,

- une sanction de comportements illicites jusque là en grande partie délaissés qui tendait à donner une visibilité nouvelle aux "délinquances d'affaires", c'est-à-dire aux formes de délinquances spécifiques à la bourgeoisie,

- une accélération des poursuites par une limitation des mises à l'instruction et des expertises et une réflexion sur les systèmes de qualification (réutilisation des qualifications de droit commun), pour assurer la sanction finale.

Le moralisme-légaliste semble avoir été ici aussi important que les orientations politiques, chez ces jeunes magistrats, membres ou sympathisants du S.M.

c) Une forme négociatrice de l'action parquetière. Cette forme d'action découle de la précédente, elle en retient et maximise l'idée d'un parquet centralisateur d'informations venues des horizons les plus diversifiés et la référence à la notion d'entreprise. Cependant au souci répressif du modèle

./...

précédent, se substitue une dimension pragmatique très liée aux modifications de la situation socio-économique générale. En période de crise les objectifs sociaux prédominent et "la sanction du patronat n'est plus d'actualité". Il s'agit plus de gérer des situations de conflits que de repérer des infractions. Le maintien de l'activité des entreprises est l'objectif majeur auquel le judiciaire doit contribuer. Le parquetier se doit de prendre quelques distances avec la rigidité du code et d'user de façon stratégique de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites. De son cabinet ou à l'occasion de participation à des réunions extérieures il agit de préférence en tant que négociateur à la recherche de certains résultats concrets (fin d'un conflit du travail, redressement d'une entreprise en difficulté, amélioration des installations, rectification d'un bilan). La référence au pénal n'est plus qu'une ligne d'appui pour assurer l'autorité de ces interventions pragmatiques. La sanction n'étant pas exclue cependant pour les récidivistes, les réfractaires à toute concertation et les infracteurs de mauvaise foi.

d) Une forme d'expertise : la prédominence des objectifs pragmatiques qui s'annonçait dans la forme de négociation devient ici centrale. Toute dimension infractionnelle est alors écartée, le juge n'est plus saisi d'une violation de la loi mais d'une situation à traiter, d'un problème à résoudre. Mais le trait spécifique d'une telle forme d'action est sans doute plutôt la perte d'autonomie totale du judiciaire. L'intervention du juge va se faire non plus au nom de l'institution judiciaire, mais plus anonymement au sein d'un réseau ou d'un groupe de décideurs. La participation de magistrats à des commissions techniques comme celle des ententes ou des opérations de bourse ou dans les CIRI et le CIASI (39) en fournit de parfaits exemples.

Le juge n'émet plus de point de vue juridictionnel, il ne tranche pas en droit. Il émet un point de vue parmi d'autres et participe à l'élaboration d'une décision collective. Il agit en tant qu'expert juridique, comme d'autres s'expriment en tant qu'experts financier, commercial ou politique.

Les magistrats ayant eu des responsabilités en matière financière depuis la fin des années soixante-dix ont beaucoup développé ces deux derniers registres. Ils sont aussi une ligne d'évolution fréquente chez ceux qui dans un premier temps, privilégiaient les formes a ou b.

Rappelons qu'il ne s'agit ici que de formes d'action préférentielle et non d'une typologie d'acteur. Le même parquetier agit toujours au moins selon les quatre gammes de ce registre. Ainsi pour exemplifier selon les types de conflit, il agira plutôt sur le mode :

- répressif-passif en matière d'initiés et d'ententes parce que lié par l'action de commissions spécialisées et les dépôts des plaintes du ministère de l'économie.

./...

- pro-actif pour des contentieux comme la consommation ou le droit pénal du travail, en nouant des contacts réguliers avec des interlocuteurs extérieurs en vue d'une doctrine de poursuite commune.

- négociateur en matière de liquidation de biens ou de règlement du judiciaire des entreprises, domaine où prévaut une logique économique.

Notons toutefois que d'autres variables internes ou externes peuvent conduire à de soudains changements de registre. Cependant il ne nous semble pas que ce soit la matière traitée (ententes, consommation, faillites...) qui soit ici déterminante mais plutôt la forme globale de la procédure de règlement où s'inscrit l'intervention du juge.

On peut cependant supposer que ces modèles d'action n'ont pas de poids équivalents dans les pratiques individuelles. Chacun d'eux est sous-tendu de façon plus ou moins explicite par un projet professionnel qu'il est possible de formuler en idéologie professionnelle latente. Dans ce sens nous mentionnerons une opposition importante entre les projets centrés sur l'appréhension de personne (a) et ceux qui se réfèrent à des unités plus collectives comme l'entreprise (b), (c) et (d). Distinction qui se subdivise encore de la façon suivante : la poursuite pénale vise la sanction de délinquants (a), la sanction de situations litigieuses (b), participe à la régulation de situations-problèmes (c) (d). On peut donc envisager l'existence d'un lien entre type de pratique profesionnelle et formes de droit mis en oeuvre (surtout au plan procédural), c'est-à-dire une relation à approfondir entre idéologie professionnelle et idéologie juridique, saisie dans les formes d'application du droit.

L'analyse montre donc beaucoup plus la co-existence de formes d'actions spécifiques qu'une tendance à la substitution d'une forme à l'autre. S'il y a mouvement ou changement, il va beaucoup plus dans le sens d'une diversification que d'une mutation, d'une différenciation que d'une substitution directe. Les approches évolutionnistes nous semblent donc schématiser considérablement l'état présent des pratiques judiciaires.

D'autre part on voit ici se confirmer la pertinence des remarques de M. WEBER sur le particularisme du traitement des affaires commerciales :

- on retrouve tout d'abord au sein de l'institution judiciaire cette différenciation professionnelle qui permet, une fois encore, aux litiges liés à la vie des affaires d'être jugés par des "experts". Cette notion étant à prendre, quand elle s'applique aux magistrats, comme désignant moins une qualité personnelle qu'une aptitude institutionnelle à agir sur des modes plus différenciés qu'en matière pénale ordinaire. Le registre des actions possibles est ici particulièrement ample. Les reconstructions faites par le droit se feront donc sur un mode plus diversifié et moins stéréotypé que celui de la correctionnelle par exemple.

./...

- on relève aussi le rôle de plus en plus important des procédures dérogatoires au droit commun, au profit d'interventions juridictionnelles dites "plus rapides" et "plus croncrètes". Cette emprise du pragmatisme sur le légalisme conduit à un affaiblissement du formalisme juridique au profit de la sauvegarde directe d'intérêts matériels. L'ordre judirique s'efface alors devant des impératifs économiques et sociaux qui imposent leurs solutions au juge lui-même.

## V - "Il y a les erreurs et il y a les fautes" : les reconstruction-occultations des délinquances d'affaires

En matière de différends ou de conflits en affaires, nous avons vu que les normes existantes comme leur application offraient un registre de qualifications et d'actions particulièrement étendu. C'est là que se situe le privilège dont bénéficie le traitement des illégalismes et infractions commis par ou dans les sociétés commerciales. Privilège de qualification : une pollution n'est pas lue d'abord comme une atteinte à l'environnement, mais un dépassement de norme de rejet ou un accident technique ; une irrégularité comptable ne constitue pas immédiatement une fraude fiscale ou un abus de bien social... Privilège de traitement : le signalement à l'autorité publique, quand il a lieu, ne déclenche pas automatiquement un processus répressif mais d'abord un processus de régulation (mise en conformité, remise en état) ; la sanction n'interviendra qu'exceptionnellement et en prolongement de figures de conflit bien particulières.

Ce double privilège dans la dénomination et la régulation des conflits d'affaires, se manifeste aussi dans les effets sociaux de ces procédures particulières. Ces effets sont essentiellement de deux types :

- d'une part, ils maintiennent ces conflits et leur traitement à un faible niveau de visibilité sociale. On les connaît mal, on en parle peu et la technicité dans laquelle on les enferme et qui les préserve de tout regard profane, accentue encore cette opacité.

- d'autre part, les acteurs qui y sont impliqués conservent une maîtrise relativement importante du traitement de leur conflit. Ils se trouvent davantage en situation active de sujet négociant la qualification et le règlement d'une situation-problème, qu'en situation passive de sujet, réïfié par un acte, subissant une intervention policière et judiciaire pénalisante.

Un parallèle pourrait être développé ici entre la force de la sphère-privée (zone de "privacy") familiale et celle de l'entreprise. Dans l'un et l'autre cas une "affaire" (une situation-problème) est d'abord "notre affaire" et le demeure. La régulation étatique rencontre d'importants obstacles en matière d'information et d'intervention dans de tels espaces. En effet, ces espaces sont dominés par des stratégies d'alliance et de secret contre un extérieur qui est toujours vécu comme étant plus menaçant que les tensions internes. Les violences et abus de droit intra-familiaux peuvent ici être comparés aux différents types de pratiques illicites spécifiques aux activités des entreprises.

./...

Cette double caractéristique de faible visibilité sociale et de préservation de la maîtrise du conflit a des conséquences idéologiques décisives. La plus importante est que la délinquance en affaires est rarement perçue, ressentie en tant que telle. Les pratiques illicites qui la constituent ne sont le plus souvent ni lues comme des comportements infractionnels, ni sanctionnées en tant que violation de la loi. Tout dans leur traitement social conduit à les euphémiser. C'est-à-dire à produire une expression atténuée de ces pratiques dont la dénomination directe aurait des effets infamants. Comme l'on dit "un disparu" pour ne pas heurter le chagrin d'une veuve, on traite en erreur, et non en faute, les infractions en affaires afin de ne point compromettre la respectabilité bourgeoise. A cette différence près que ce qui dans le premier cas relève d'un certain respect, provient dans le second d'un rapport de pouvoir. Il est donc plus exact de dire que l'euphémisation des pratiques illicites bourgeoises est une expression, mais aussi une condition de la domination sociale exercée par cette classe. Toute mise en cause de la légitimité, tant technique qu'éthique de son pouvoir est une menace sérieuse susceptible de laisser entrevoir l'arbitraire et la violence de certaines de ses pratiques. La mythologie de la compétence et du désintéressement (le profit-productif) résiste mal aux démonstrations concrètes de l'action spéculative surtout quand elle se joue des cadres légaux.

Nous avons vu précédemment en quoi le droit lui-même, mais aussi les actions de régulation professionnelles et administrations constituaient des techniques d'euphémisation. L'analyse de la presse et les argumentations qu'elle déploie à propos des délits d'affaires vient en fournir un exemple supplémentaire.

## A . La presse et les euphémismes : l'art du baume

Le discours de presse illustre parfaitement l'éthymologie du mot eu-phémisme : une parole qui fait du bien. L'argumentation globalement développée par les médias en ce domaine ressemble en effet plus à un baume, apaisant une brutale souffrance, qu'à un violent cautère irritant une plaie. Ceci apparaît tant dans l'importance quantitative accordée aux sujets relevant des infractions d'affaires qu'à la façon dont ceux-ci sont traités.

### 1) - Une insignifiance significative

Autant la presse quotidienne se nourrit d'une narration formidablement répétitive des "faits divers", autant elle préserve globalement les infractions d'affaires de sa moralisation journalière ; à quelques exceptions près, et pas n'importe lesquelles nous allons le montrer. Tous les travaux effectués dans les principaux pays industrialisés débouchent sur des résultats convergents ( 1 ). Le discours de

./...

presse en notre matière est quantitativement insignifiant, surtout lorsqu'on le compare au constant bavardage auquel donne lieu les infractions dites de "droit commun". Pour la presse, l'insécurité tant déplorée ou dénoncée ne comporte pas de volet rattachable aux délinquances d'affaires. Ceci a des conséquences d'autant plus importantes que plusieurs enquêtes ont montré à quel point la presse constitue la première source d'information sur les pratiques délictueuses et alimente des sensations à leur sujet ( 2 ). Les médias ne font donc qu'entériner et amplifier la faible visibilité sociale des procédures de règlement des conflits d'affaires.

Quelques chiffres permettent de situer l'ampleur de cette méconnaissance. On sait la faible importance que la presse accorde aux questions relatives à la justice en général (3,5 % de la surface rédactionnelle pour la presse nationale, 2,4 % pour la presse régionale). Dans cet ensemble, les informations relatives aux délinquances d'affaires et à leur contrôle ont une place très réduite entre 5 et 8 % des articles publiés. Le phénomène n'est pas propre à la France.

Une étude sur le New York Times et Los Angeles times montre que les faits divers concernant les crimes violents sont trois fois plus souvent évoqués que le "white collar crime" ( 3 ). Mais cette notion est utilisée ici de façon assez extensive et elle regroupe surtout des fraudes à la consommation. Une recherche très récente (1981) faite à Chicago sur différents journaux et médias donne les résultats suivants :

| | Journaux | | | T.V. | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Tribune | Sun-Times | Daily-News | ABC | CBS | NBC |
| Street crimes | 56,5 % | 51,0 % | 52,6 % | 46,8 % | 43,3 % | 47,0 % |
| Terrorism | 17,7 | 17,3 | 15,7 | 22,8 | 23,0 | 16,0 |
| Corruption | 13,6 | 18,4 | 21,0 | 20,5 | 22,3 | 24,0 |
| Drug offenses | 6,1 | 6,5 | 5,2 | 3,3 | 3,8 | 3,7 |
| Business crimes | 5,9 | 6,5 | 5,2 | 6,3 | 7,6 | 8,5 |

Toutefois, une certaine évolution semble se dessiner. En 1975, il nous avait fallu dépouiller huit années de publication pour rassembler une vingtaine d'articles (relatifs à huit affaires) relatés dans le journal Sud-Ouest ( 4 ). Une enquête plus large effectuée en 1981 montre que la presse régionale consacre annuellement en moyenne 30 articles à de tels sujets et la presse nationale, un peu moins soit 25 articles. L'Union (Reims), Ouest France, Le Monde et le Parisien Libéré sont les journaux qui y consacrent le plus d'articles (entre 50 et 30 articles).

./...

La République du Centre, la Dépêche du Midi, le Figaro et France-Soir sont ceux qui y accordent l'importance la moindre (entre 10 et 20 articles).

De plus, une étude comparée dans la même population, entre des rubriques de fait-divers spécifiques a donné les résultats suivants :

| Thèmes | Ensemble des articles Presse régionale et nationale | |
|---|---|---|
| Auto défense | 115 | 9,4 % |
| Délinquance éco-financière | 372 | 30,4 % |
| Drogue | 502 | 40,9 % |
| Viol | 237 | 19,3 % |
| TOTAL | 1 226 | 100 % |

Qu'il s'agisse de terrains d'enquête, américain ou français, il est frappant de constater la proximité entre les rubriques "drogue" et "délinquance d'affaires". Les infractions économiques et financières ne sont donc perçues et traitées que comme des faits-divers spécifiques, venant loin après la place réservée aux vols, cambriolages et agressions. Le traitement idéologique est sans commune mesure avec les coûts sociaux et les risques de victimisation que font encourir ce type d'infractions. Il y a là une très nette euphémisation du phénomène, en forme de minoration. Nous allons en voir une seconde qui repose cette fois sur une analyse qualitative.

2 - Des argumentations réductrices

On se sera peut-être étonné que nous n'ayons pas introduit d'entrée le critère d'orientation politique pour classer nos résultats. Certes, ce critère est peu opérationnalisable vis-à-vis de la presse régionale. Mais, plus significativement il nous est apparu secondaire dans l'analyse de la presse nationale. En effet les écarts quantitatifs entre quotidiens sont faibles, même si tendanciellement la presse marquée à gauche consacre plus d'articles aux infractions d'affaires que celle marquée à droite.

./...

Cependant il nous semble beaucoup plus important de souligner les convergeances de fond entre les argumentations développées par ces médias au-delà de leurs clivages politiques. Le discours de presse nous semble, en effet, s'organiser autour de trois formes argumentatives que chaque journal emprunte à l'occasion selon la démonstration qu'il se propose de développer. Chacune de ces formes reconstruit les évènements prétexte selon une logique particulière. Il s'agira soit d'un "scandale", d'un "problème" ou d'une "affaire". Avant de détailler l'exposé de ces argumentations on peut relever leurs traits communs. Il s'agit dans l'ensemble de stratégies discursives de modération, assurant une présentation non dramatisée des faits et maintenant surtout ces pratiques délictueuses dans le champ des comportements intelligibles. Ce dernier point est fondamental.

En effet, la caractéristique constante des discours et des représentations en matière de déviance et de criminalité est la mise à distance. On se protège de ce qui menace, réellement et surtout fantasmatiquement ( 5 ). Le processus est inverse en matière de délits d'affaires. L'argumentation élimine la menace et n'a donc plus besoin d'avoir recours à la mise à distance. Elle s'efforce de produire de la proximité, de la ressemblance, afin que le récepteur (lecteur ou auditeur) puisse se retrouver, s'identifier en tout ou partie à l'infracteur. Contrairement au voleur ou à l'agresseur, le délinquant d'affaires ne semble jamais avoir violé de loi fondamentale. Il a au pire cédé au plaisir, succombé à l'attrait du profit-égoïste, cru en sa toute puissance. Souvent il sera lui-même traité en victime des lois économiques ou d'un règlement de compte entre confrères, ou mieux encore victime de l'arbitraire réglementaire et administratif.

Ce projet général d'euphémisation des infractions d'affaires peut prendre cependant des formes différentes. Nous distinguerons trois types d'argumentation :

1 - une argumentation personnalisante tendant à la définition et à l'élimination de bouc-émissaires

2 - une argumentation opacifiante, jouant sur les incertitudes et s'interrogeant sur la légitimité de la réaction sociale.

3 - une argumentation en forme d'occultation, niant le caractère infractionnel et retournant l'accusation vers d'autres acteurs (partenaires économiques ou Etat).

On signalera d'entrée que des glissements importants peuvent se faire d'une forme d'argumentation à l'autre :

- soit au sein d'un même journal, selon les enjeux d'un dossier l'argumentation s'organisera autour d'un modèle ou d'un autre. Ainsi le Figaro, habituellement opacifiant

./...

(mode 2) voire occultant (mode 3) en matière de fraude fiscale fut nettement personnalisant (mode 1) dans le cas du dossier DOUMENG ( 6 ).

- soit à l'occasion du traitement d'un même dossier par le même journal. Le plus bel exemple est sans doute constitué ici par les transformations successives de l'argumentation du Monde hors du procès Paris-Bas. De la mise en cause initiale de la banque et de son P.D.G., jusqu'au silence pudique recouvrant les transactions de dernière heure avant les audiences d'appel, en passant par "la vaine recherche des fraudeurs" lors des premières audiences, le parcours argumentatif du Monde aura été complet.

a) - "Scandales" ou les récits individualisants tendant à la constitution de bouc-émissaires

L'infraction apparait explicitement établie et personne ne semble en discuter la matérialité. Elle reçoit une qualification immédiate qui s'opère en termes à la fois juridiques et frappants pour les lecteurs (gros titres de première page : "L'escroquerie du port de la vigne se double de celle du lotissement" ; "Les malversations atteignent 10 millions" ; "l'inspecteur central des impôts est inculpé pour corruption"...). Ce type d'affaires est présenté comme très grave et nécessitant une intervention rapide des agences de contrôle social. Le rappel en leitmotiv des montants frauduleusement détournés et des dommages subis par les victimes constituent des éléments de dramatisation décisifs.

Des dossiers relevant de ce modèle, on peut dégager une typologie des bouc-émissaires. Toute la démonstration tend en effet à établir que quelques individus (fort rares heureusement) utilisent le monde des affaires pour faire des profits illicites. Ce sont :

- soit des escrocs, trop habiles entrepreneurs manipulant sans vergogne des hommes d'affaires honnêtes, des hommes de loi "clients", tous victimes de leur bonne foi.
L'escroc d'habitude se caractérise dans ces récits par une certaine réussite sociale dont témoigne son train de vie. Très entouré et ayant de nombreuses relations dans les milieux financiers et politique locaux, son image sociale a été un puissant atout pour la réalisation de ses "opérations".
Cependant beaucoup d'hommes d'affaires correspondent à ce portrait. Ce qui distingue le "bon homme d'affaire" du "mauvais", c'est-à-dire de l'escroc, c'est la nature des "opérations" qu'il effectue. Le "bon homme d'affaire" utilise sa position sociale pour faire fructifier ses affaires, alors que l'escroc en profite pour réaliser des opérations frauduleuses. Cette dichotomie entre bon/mauvais homme d'affaire paraît reposer essentiellement sur la personnalité des individus concernés. L'escroc en effet est pervers de nature et son passé en témoigne abondamment. Il y a dans sa vie des antécédents explicites

./...

- soit des personnes faibles se laissant tenter par un gain facile pour dépasser un problème temporaire (dettes, pertes au jeu...) ou par pure facilité.

- soit des aventuriers à l'esprit novateur mais sans moralité, montant des "coups" et les perdant.

En focalisant l'attention sur des individus de ce type, ces récits évitent d'aborder les problèmes les plus globaux posés par les dossiers en cause tels, les trafics immobiliers et les complicités multiples qu'ils exigent, les "complaisances" administratives ou bancaires, les intérêts économiques et politiques en cause, etc... Tout est réduit à un problème d'immoralité individuelle qui conduit très logiquement à une demande de sanctions. Rien ne conduit à une interrogation sur les fondements structurels de ces pratiques, ni sur les conditions de leur soudaine mise en lumière. Dans ces "scandales", la justice pénale prononce en général des peines de prison ferme pour les auteurs principaux. Par contre, notons que la culpabilité des complices est peu retenue. Lors des procès, la participation active de notaires, gérants de sociétés est à diverses reprises évoquée. Mais au niveau du verdict final, seuls les auteurs principaux, les bouc-émissaires sont sanctionnés. Les tribunaux estimant que ces "complices" avaient, en fait, été abusé et trompés dans leur bonne foi. Un cas de figure est sur ce point particulièrement significatif. Si le principal personnage du "scandale" a disparu ("suicidé" ou en fuite), lors du procès peu de charges importantes seront retenues contre ses complices. L'auteur principal disparu, il devient un bouc-émissaire d'autant plus efficace qu'absent. L'affaire Paribas est ici exemplaire, tous les responsables bancaires ont été blanchi excepté un suicidé et deux disparus.

Nous illustrerons ce mode d'argumentation par des extraits du Monde relatifs à l'affaire AMSELLEM (dirigeant de douze sociétés Prisunic ou Printania) (27/1/82 - 30/1/82 - 29/5/82).

1 - L'infraction est évidente : "Pour être financière, l'affaire est d'un entendement aisé".

2 - Le dommage est certain et important : "Coupable d'abus de biens sociaux pour avoir prélevé en 76 et 81, dans la meilleure des hypothèses, 8 853 607 F. sur les recettes..."

3 - Il visait un profit personnel : "... en vue d'achat d'actions et pour le reste distribution aux membres et amis de la famille, paiement de notes, de fournisseurs, de voyage, de réception..."

4 - Le responsable est un escroc : "... admettant en gros les prélèvements opérés, (il) avait invoqué pour les justifier, les exigences de racketteurs..." (exigences non prouvées).

./...

5 - Issue proposée : "autant de faits qui pour le tribunal sont particulièrement graves et appellent une sanction sévère", "I. AMSELLEM a été arrêté à l'audience".

Tout dans le récit laisse entendre que le P.D.G. gérait seul ses sociétés et porte l'entière responsabilité des faits. Ses associés, actionnaires et commissaires aux comptes n'ont rien vu. Tout son personnel semblait à ses ordres, y compris sa fidèle secrétaire qui tenait à jour sa comptabilité privée, sur laquelle tomba une brigade d'enquête fiscale... "splendeur perdue".

b) "Problèmes" ou les récits opacifiants

L'infraction, si elle existe, est pour le moins complexe voire hypothétique. Les faits ne semblent pas avoir constitué une menace grave ou directe pour l'ordre public. La preuve en est délicate ou difficile à apporter et ceci d'autant plus que le dommage n'est pas évident à constater. Les atteintes à la réglementation en matière de consommation (prix, qualité des produits) ou d'environnement en fournissent de beaux exemples : "Bonnes et mauvaises hormones", "pollution du Rhin : le gouvernement fait un geste", "Hoffman-La Roche plaide la bonne foi", "Le procès des ententes pétrolières", etc...

Les titres relèvent du constat et les articles se contentent souvent de décrire les dimensions du "problème". La dimension délictueuse n'apparaît que très secondairement. L'absence de victime immédiate ou de dommage visible relativise beaucoup la situation. Le "problème" est alors traité de façon abstraite, théorique ou générale : "le veau aux hormones est-il toxique ?", "Les fûts de dioxine sont-ils un danger ?", "Les rejets de sel en Alsace polluent le Rhin"... mais les victimes sont les paysans néerlandais.

Quant aux auteurs, ils sont totalement dépersonnalisés, leur responsabilité se dilue et souvent même la question de leur existence n'est pas posée. Soit on ne peut connaître les responsables (c'est le problème d'une profession, d'une région, d'un secteur industriel), soit les faits sont à ce point incertains que la question des responsables ne peut pas encore être posée. S'ils sont connus et désignés c'est leur responsabilité civile et non pénale qui paraît engagée. Ils ont commis une erreur, non une faute, ou bien ils ont été dépassés par une situation qu'en principe ils maitrisaient. On parle d'eux alors pour relever qu'ils ont indemnisé les victimes, assuré la remise en état, entrepris des modifications...

La réaction sociale, administrative ou judiciaire ne semble plus dès lors très légitime dans ses interventions. Celles-ci sont présentées comme tardives, lacunaires ou au contraire trop tatillones.

./...

Le traitement de l'affaire du veau aux hormones (septembre et octobre 1980) par le Figaro illustre bien ce mode d'argumentation :

1 - Il n'y a pas d'infraction mais un problème, "une polémique" : "Veau aux hormones : panique et remèdes", "du bon usage des oestrogènes".

2 - Il n'y a pas de dommage : "la viande de veau est sans danger", par contre "cette campagne provoque un important chômage technique dans les abattoirs".

3 - Nul ne cherchait un sur-profit : "Ce qui est en cause c'est la survie économique de 800 000 familles d'éleveurs".

4 - L'administration et l'Etat sont reponsables : "Les vétérinaires accusent le ministre", "la réglementation est inappliquée depuis vingt ans".

5 - Issue : "Il faut suspendre le boycott", "L'Europe dit non aux hormones, les contrôles seront sévères".

Le Figaro s'est efforcé de cantonner le débat dans deux domaines : celui, technique, de la dangerosité des différents types d'hormones, et celui, économique, du revenu des éleveurs français et de la concurrence européenne. C'est d'ailleurs dans la rubrique "Economie" que le problème est traité. Une place importante est accordée à la politique agricole du gouvernement et aux négociations européennes. Ces différents arguments le conduisent assez logiquement à condamner le mouvement de boycott. Par contre, ce journal fait silence sur l'existence d'un réseau de trafic et sur l'incarcération de plusieurs pharmaciens ; faits qui sont à l'origine du dossier et de la campagne de boycott. De plus, les associations de consommateur, initiatrices du mouvement, dont le rôle est souligné (Le Monde, Le Matin) voire privilégié (Libération) par d'autres sont ici des acteurs quasi-absents.

### 3 - "Affaire" ou les récits occultants

Nous parlons ici d'occultation dans la mesure où pour les affaires concernées, le discours de presse se fait confus, à force de prudence. Mais il est sans ambiguité, favorable aux accusés à force de craindre qu'on juge trop vite. De ces "affaires", on aimerait autant ne pas avoir à parler c'est à tort que le débat public se porte sur elles. D'ailleurs on attend le dernier moment, ou presque, pour les évoquer.

L'argumentation opacifiante se caractérise ainsi. Tout d'abord, on met en cause l'existence de l'infraction. Il y a peut-être eu des erreurs, des irrégularités, des abus mais quant à parler d'infraction... Ce premier argument est aussitôt étayé par deux autres. D'une part, il n'y a pas

./...

de victimes, ou si peu ; la collectivité sociale (l'Etat ou les consommateurs par exemple) n'est évidemment pas retenue comme étant une victime possible. Il n'y a de victime qu'individuelle. D'autre part il n'y a pas de profit illicite, ou si faible que l'on aurait tort de qualifier hâtivement de frauduleux, de simples bénéfices commerciaux. De toutes façons les informations restent à ce niveau très floues, en particulier en ce qui concerne le montant exact ou supposé de la fraude. Et les arguments contradictoires sont les plus nombreux.

Ceci conduit à un deuxième niveau argumentatif, l'extrême prudence dans la présentation des accusés. Mais si les infracteurs sont ménagés, il n'en est pas de même de ceux qui ont été leurs accusateurs. L'intervention des agents du contrôle social est ici jugée inopportune, voire abusive. Ou bien on considère qu'ils se sont trompés de cible, les accusés étant en fait victimes d'autres fraudeurs absents ou mieux encore victimes malchanceuses d'une règlementation confuse et parfois contradictoire. L'argumentation opacifiante sur les "affaires" est extrêmement globalisante, c'est-à-dire cherche à fondre le problème en cause dans un contexte général où il perd toute spécificité (règlementation européenne en matière vinicole, règlementation de la sécurité sociale, fiscale, comptable...). De plus ces affaires sont utilisées pour réaffirmer les fondements et l'existence d'un ordre socio-économique remis en cause par l'intervention du contrôle social (médecine libérale, libre négoce, liberté contractuelle) :

Ainsi les "cinquante malheureux kilos d'oenocianine" ont déclenché un "faux procès, un procès creux qui met surtout l'accent sur l'incohérence des textes législatifs européens en matière viti-vinicole".

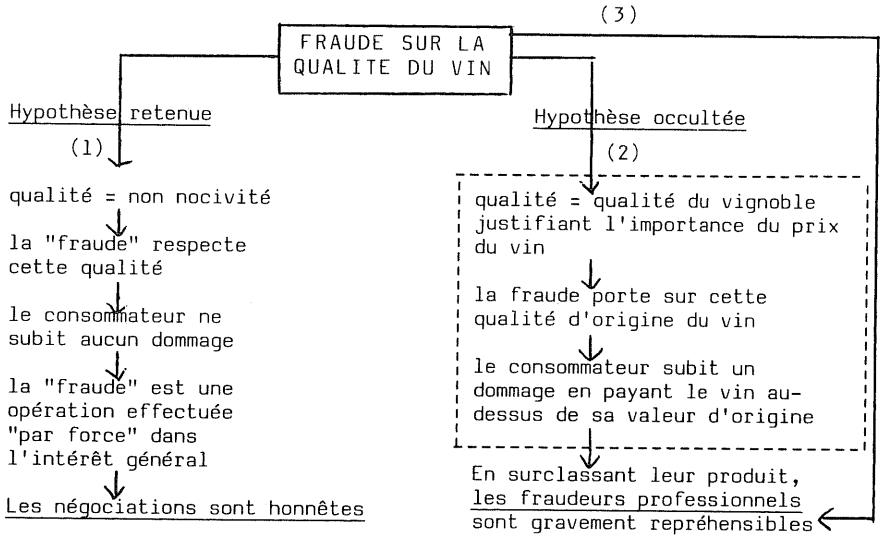
- Quant à une affaire de clinique ayant pratiqué systématiquement une hausse de prix abusive, ce qui est en jeu ce n'est pas une fraude de quelques milliards de francs mais comme le précise un grand titre de première page, c'est : "la médecine libérale défend son avenir - un procès qui fera date".

./...

L'argumentation en termes "d'affaires" occulte toute pratique frauduleuse en l'immergeant dans la complexité et la technicité de l'activité commerciale et industrielle. En aucune façon ces pratiques ne peuvent avoir constitué une menace directe ou indirecte contre l'ordre public. Le débat se déroule dans un espace abstrait où les règles du milieu professionnel (les règles des affaires) s'opposent ou sont en conflit avec celles de la règlementation étatique (les règles bureaucratiques). S'il y a un dommage, il est là dans ce dédale et cette avalanche de contraintes que l'interventionnisme étatique impose à la régulation spontanée (c'est-à-dire interne) de la vie des affaires.

Nous illustrerons ce modèle argumentatif par un exemple tiré du journal Sud-Ouest et de ses articles à l'occasion de la célèbre "Affaires des vins". Une des clés de voûte de l'arqumentation est ici une distinction amplement développée entre négociants honnêtes et fraudeurs professionnels. Elle repose sur la délicate démonstration des différences qui doivent être établies entre "certaines pratiques légales" effectuées "par force" et bien sûr dans l'intérêt général (satisfaire les attentes de la clientèle, assurer une meilleure qualité aux services rendus...) et les pratiques frauduleuses. Ces dernières, conduisant "à franchir les limites du tolérable" et "le pas de l'escroquerie", sont le fait de fraudeurs professionnels. C'est pourquoi d'ailleurs dans le premier cas on ne peut réellement parler de "victimes" (cf. figure ci-dessous).

Le point de départ est une fraude sur la qualité d'origine du vin ; deux hypothèses se présentent : l'hypothèse argumentative n° 2, occultée en ce qui concerne les "honnêtes négociants", est par contre celle qui est utilisée pour la définition des fraudeurs professionnels (n° 3).




./...

Aucune des reliefs en termes de "scandales" se situaient du côté des victimes lésées, autant ceux-ci sont relatés dans la perspective des infracteurs. Tout le jeu consiste par la suite à induire un changement de rôle en présentant ces délinquants comme des "victimes" d'administration tatillones". Le vrai responsable, le voilà, c'est l'administration aux comportements incohérents ou excessivement zélés. Ce qui conduit à opposer l'innocence des accusés à l'agressivité injustifiée de l'administration. On peut représenter par une figure cette opposition qui peut être précisée terme à terme par des exemples extraits des récits.

| LES ACCUSES | | LES ACCUSATEURS |
|---|---|---|
| "Emotion, bonne foi, Angoisse" | ——/—— | "Impersonnalité de la technocratie" |
| "Elèvent le débat" | ——/—— | "L'administration ou l'art de biaiser" |
| "Avocat sans passion" | ——/—— | "Substitut violent et démagogique". |

L'opacification qui conduit à renvoyer la recherche des responsabilités dans un ailleurs se manifeste par une culpabilisation massive de l'administration. Ce processus opère d'une deuxième façon en globalisant à l'extrême le problème soulevé de telle sorte que les faits reprochés apparaissent ridiculement anecdotiques par rapport à l'ensemble auquel on les rattache. Dans l'affaire des vins de Bordeaux, la globalisation s'effectue sur un mode exclusivement dramatisant. Ce qui apparaît en jeu, dans le récit que Sud-Ouest fait de cette affaire, ce n'est pas une fraude sur la qualité du vin ayant occasionné un profit très important, mais "l'équilibre économique de la région". Equilibre compromis par la mise en cause de la qualité des vins de Bordeaux. A diverses reprises, le chantage à la crise est exposé explicitement : on annonce une baisse des cours, puis des ventes, en rappelant que le vin fait vivre une personne sur cinq dans la région. Surtout on s'inquiète de l'écho de cette affaire à l'étranger. Par ce biais, la globalisation prend toute son importance, et l'affaire devient d'"ampleur nationale". C'est l'image d'une des principales exportations françaises qui se trouve ainsi souillée.

Le dernier temps de ce processus d'opacification est constitué par l'issue proposée où le lecteur est placé devant une analyse finale qui conclut :

- soit à une incitation à la prudence : on ne doit pas juger trop vite et sans mesurer les conséquences d'une condamnation,

- soit à une critique de l'intervention des mécanismes de réaction sociale : certaines agences font trop de zèle et agissent avec une rigueur excessive. Les poursuites engagées sont abusives et sont le fait de fonctionnaires trop zélés.

Ainsi l'affaire des vins de Bordeaux est présentée comme due à l'intervention d'une "brigade d'incorruptibles" qui "demande à d'honnêtes commerçants d'être plus soupçonneux que l'administration elle-même".

Il semble difficile de faire mieux dans l'occultation à propos de "l'affaire Paribas" que cet article du Monde intitulé : "La vaine attente du fraudeur" (18/1/84) :

" Cependant, une constatation s'impose : s'il est bien établi que le service "gestion privée" de la banque a fait procéder à des transferts de capitaux de certains clients vers la filiale de Genève, aucun de ces hommes et de ces femmes qui font amende honorable collectivement ne peut être tenu pour un fraudeur considérable et moins encore pour l'archétype de citoyen sans foi ni loi faisant passer de sordides intérêts personnels avant celui de la patrie. Au fur et à mesure de leur apparition ces repentis ou ces naïfs ont laissé, chaque fois, l'impression de gens dépassés par la dimension qu'a pu prendre une affaire sur laquelle ils ne furent guère autre chose que des instruments".

Pas plus que n'est qualifiée la pratique du service "gestion privée", le comportement des personnes accusées ne se voit appliquer la dénomination juridique qui est la sienne. L'occultation prend ici un tour particulier (aux relents d'ailleurs anti-sémites) : ce ne sont pas de "vrais fraudeurs", puisque ils ne sont ni "des fraudeurs considérables" (et on tait les sommes en cause, plusieurs dizaines de milliers de francs chaque fois, il y a eu transaction pour les sommes inférieures), ni des citoyens "sans foi, ni loi". Bref, on s'en prend, à tort, à de pauvres passereaux... et c'est l'intervention administrative et judiciaire qui se voit mise en cause dans la mesure où elle semble s'acharner sur des victimes, "ces repentis ou ces naïfs".

## B . Pouvoirs de l'euphémisme, euphémismes du pouvoir : les reconstruction-occultations des infractions d'affaires

"L'affaire" est au crime ou au scandale ce que le "disparu"est au mort, ce qu'une "longue et douloureuse maladie" est au cancer, une façon de ne pas nommer infraction une atteinte à la loi, pénalisée. Ce pouvoir de l'euphémisme dont bénéficie la plupart des conflits en affaires nous l'avons mis en évidence à trois niveaux :

- dans les opportunités de qualification des faits litigieux et des controverses, organisées par le droit ;

- dans l'éventail des formes de règlement mobilisables pour la résolution de ces controverses et litiges ;

- dans les représentations sociales produites et reproduites par la presse.

Les euphémismes idéologiques que nous y avons successivement relevés sont autant de façon d'occulter la part de violence, d'arbitraire et d'irrationalité que recèle l'exercice du pouvoir économique. Comme il est peu de domination explicitement cynique, les détenteurs de ce pouvoir ont, pour préserver leur légitimité, élaboré et implanté des dispositifs de régulation de leurs conflits qui échappent aux procédures stigmatisantes et les préservent d'atteintes à leur crédit tant financier que moral.

Pour conclure cette recherche nous soulignerons trois dimensions qui, bien qu'essentielles pour l'analyse développée ci-dessus, nous semblent aussi pertinentes pour l'approche d'autres objets. Ces trois dimensions s'articulent ainsi :

- l'euphémisation des conflits en affaires et de leur traitement repose sur l'existence d'un système de gestion différentielle que nous avons recherché en particulier à l'intérieur des structures juridiques existantes et pas seulement à l'extérieur de celles-ci ;

- ceci nous a conduit à mettre en évidence des formes de règlement professionnelles et par expertise qui permettent de cerner certains types de changements dans le domaine juridique et judiciaire ;

- si ce système de gestion différencielle tend en priorité vers la résolution de conflits particuliers, il produit aussi des effets sociaux plus larges. Son objectivation permet en particulier de mieux cerner les rapports contradictoires que la bourgeoisie d'affaires, entretient avec l'Etat libéral.

./...

1) - Un système différentiel de règles

La mise en oeuvre du droit des affaires se prête particulièrement aux approches menées selon les deux perspectives qui ont actuellement la faveur de bien des chercheurs en sociologie du droit, celle du "non-droit" et de la délégalisation ( 7 ) et celle de la "justice informelle" ( 8 ). L'une et l'autre approche se retrouvent pour mettre en évidence l'existence de sources de règles et de formes de règlement en rupture plus ou moins marquée avec les structures étatiques. Malgré le particularisme qu'ils révèlent, l'analyse des systèmes normatifs bancaires, ceux institués par les code de conduite, les pratiques d'arbitrage et les régulations administratives nous a montré qu'en aucune façon on ne pouvait parler ici de "non-droit", ni relever de différenciation radicale avec le droit étatique. On confond à tort, renouvellement des formes juridiques et disparition du droit.

C'est pourquoi nous avons tenté de développer une toute autre approche. Le droit des affaires, comme tout droit, nous semble définir des cadres d'action, des formes de médiation, des modèles d'action légitimes. Mais ceux-ci ne s'imposent pas d'autorité aux acteurs sociaux, ils ne sont pas seulement un système de contrainte. Tout dépend, en fait, du contexte dans lequel ces formes juridiques sont mobilisées, du rapport de force entre protagonistes, des finalités recherchées par chacun d'eux. Le conflit qui les oppose peut être juridiquement transposé en des formes très diversifiées ; de l'arrangement amiable au litige judiciaire, les modalités sont nombreuses. Elles ne s'ordonnent pas cependant en une chaîne hiérarchisée (de la régularisation à la sanction pénale). Au contraire, elles organisent diverses instances de règlement des conflits, divers terrains et procédures de résolution. Le choix, l'accès à telle ou telle modalité, constitue le principal enjeu social des rapports conflictuels.

Détenir et conserver la maîtrise de la qualification juridique qui sera donnée à la controverse dans laquelle on se trouve engagé, participer au choix de la forme de règlement qui y sera appliquée, y demeurer partie prenante comme à une négociation, jusqu'à la décision résolutoire, c'est détenir une position dominante. Subir la détermination de ces éléments, c'est subir une domination. Seule l'analyse de l'interaction entre le banquier et son client permet de comprendre pourquoi il y aura, ou non, déclaration d'impayé. De même, c'est l'interaction entre deux partenaires commerciaux, l'état de leurs rapports contractuels qui éclaire sur le choix du recours à tel ou tel contrat-type, tel ou tel arbitrage. C'est manifestement l'état du rapport de force entre une transnationale et un Etat, de leur conflit flit de souveraineté qui permet de cerner les conditions d'émergeance et de règlement d'un litige qui les oppose. Enfin, on ne peut comprendre l'accomplissement de telle ou telle régulation administrative sans reconstituer les étapes de la négociation menée avec l'entreprise concernée quant à l'état de sa comptabilité, de sa situation fiscale ou de ses équipements.

./...

C'est là que nous pouvons situer la spécificité des conflits d'affaires par rapport à d'autres conflits sociaux, et ceci à deux niveaux :

- tout d'abord, la particularité, et donc l'intérêt, du système de formulation et de règlement des conflits d'affaires réside dans la diversité de ses modalités d'action juridique et institutionnelle. Certes les délits de droit commun donnent lieu à la mise en oeuvre de modes de règlement souvent plus diversifiées que l'on ne croit, surtout au niveau policier. Cependant le registre d'ensemble reste relativement maigre (régulation par quelques systèmes privés, action policière, action judiciaire). Par contre, en matière de conflits d'affaires, les modalités de règlement possibles sont beaucoup plus nombreuses et combinent fréquemment les dimensions civiles, commerciales et pénales ainsi que des lieux de règlement de nature très diversifiée souvent crées par délégation étatique. Ainsi, on observe en ce domaine des modalités de résolution internes ne faisant appel que de façon distanciée à des instances publiques. Comme autrefois la "communauté des commerçants", le milieu des affaires bénéficie d'un privilège de juridiction dans ses deux dimensions de formulation et de mise en oeuvre particulière du droit. L'essentiel des conflits s'autorégule selon des modalités de contrôle internes à ces groupes sociaux. Les dirigeants d'entreprise conservent donc sur les conflits qui les concernent une grande maîtrise du fond et de la forme de leur résolution.

Poursuivant la métaphore des registres musicaux, on peut alors opposer les possibilités de jeu d'un harmonium de chapelle aux ressources démultipliées du "grand jeu" d'un orgue de cathédrale dont bénéficient les conflits d'affaires.

C'est sans doute autant à cette richesse de registre qu'à la simple position de classe des acteurs impliqués qu'il faut attribuer le traitement "privilégié" des infractions d'affaires. Plus précisément encore, on peut attribuer la grande diversification dans les modalités de règlement des conflits d'affaires au fait qu'elle concerne exclusivement des membres des groupes sociaux dominants. Groupes, qui ont pu par leur accès au système de production des normes légales faire instituer des procédures de régulation peu contradictoires avec leurs intérêts. Mais ceci ne doit pas être entendu au sens trivial du terme. En effet, là encore, l'usage de catégories génériques telle "la bourgeoisie d'affaires" ou "le milieu des affaires" est terriblement trompeur et peut faire oublier ou négliger les contradictions et conflits d'intérêts qui traversent aussi ces "milieux". L'histoire de l'ascension de l'hégémonie puis du déclin partiel de la grande bourgeoisie face à la noblesse puis aux autres fractions bourgeoises montre bien par exemple l'émergeance, l'imposition puis le retrait de certaines formes d'intérêts au profit ou au détriment d'autres ( 9 ). Le droit des sociétés porte ainsi toujours les traces successives de ces mouvements de domination.

./...

- d'autre part, ce que l'on nomme "la vie des affaires", c'est-à-dire l'ensemble des relations économiques et sociales concernant les activités des entreprises, est dominée par la notion de contrat. La caractéristique majeure du droit des affaires est de préserver en priorité la poursuite des relations contractuelles. Ceci est d'autant plus vrai que les économies mondiales et nationales sont de plus en plus structurées par l'action de groupes industriels et commerciaux qui sont souvent moins en relation de concurrence directe que de coopération ou de coordination. Autant que les Etats, ces organisations sont aujourd'hui les définisseurs et promoteurs des règles commerciales et de leur sanction. La gestion pragmatique du crédit par les banques, l'élaboration des contrat-types et des codes de conduite ou, le développement des cabinets de conseil ou des chambres d'arbitrage sont autant de lieux où s'élaborent et se mettent en oeuvre l'essentiel des formes de régulation des rapports contractuels. Mais ceci s'effectue dans le respect de la dynamique propre à ces rapports. C'est-à-dire dans un contexte d'accord idéologique entre les différents intervenants (les partenaires au conflit et le ou les médiateurs) et de préservation des rapports ultérieurs (caractère strictement privé des conflits et de leur règlement, non accès à l'espace public).

La "conformité aux intérêts" des milieux d'affaires semble ainsi particulièrement nette au plan des procédures suivies pour le règlement des conflits. Une des conditions fondamentales des échanges économiques est certainement la préservation de la continuité de ces opérations. Quoi qu'il arrive, chacun entend garantir au mieux sa place sur le marché, ses relations avec ses partenaires, son crédit au sens large et sa dynamique de développement. Or le propre du procès, du règlement juridictionnel public, est de susciter un changement d'espace, de créer une coupure, de trancher par une décision qui s'impose aux parties et émane d'une autorité extérieure à eux. Les relations commerciales peuvent alors se trouver perturbées tant par les délais que par les formes imposées par une telle procédure structurée par une autre logique.

C'est certainement cette crainte du procès séparant les parties et cette préférence pour un mode de résolution maintenant des rapports négociés qui explique le développement contemporain des lieux d'expertise au détriment des lieux de jugement.

2) - <u>L'expertise comme mode de règlement "pacifique" des conflits</u>

Nous l'avons dit à plusieurs reprises, on confond bien souvent la mise en visibilité d'un pluralisme des formes juridiques avec un phénomène de recul du droit. Comme si ce dernier avait jamais eu une

./...

forme unique, comme s'il en existait une forme pure, moulée dans l'airain, a-temporelle et immuable. C'est faire abstraction de tous les apports de la sociologie juridique qui ont suscité une relativisation des constructions juridiques en les envisageant comme des productions sociales, sous-tendues par la dynamique des rapports sociaux. Une méconnaissance des phénomènes juridiques, conduit souvent à de telles confusions dans l'analyse des formes de changement.

Ainsi, on se réfère fréquemment à l'existence de pratiques de conciliation ou de transaction pour illustrer un soit-disant évitement du judiciaire. Et on en déduit bien promptement une "délégalisation". C'est ignorer, ou oublier que notre droit, dès 1804, affirma bien clairement l'existence de différentes modalités de règlement des conflits et les organisa. Le pluralisme des formes juridiques est donc à envisager au sein du système de droit et non à travers une rivalité entre formes étatiques et non-étatiques. M. WEBER est sur ce point très explicite dans le dernier chapitre de son ouvrage de sociologie du droit, intitulé "Les qualités formelles du droit moderne" (10). Selon lui le caractère systématique et rationnel du droit occidental contemporain a entraîné la disparition de "tout particularisme basé sur un privilège légalisé ou usurpé". Il y a eu cependant maintien et développement d'une spécialisation du droit, dont le droit commercial fournit un exemple typique. Deux phénomènes ont concouru à ce développement :

- tout d'abord, un rapport de pouvoir ; ces procédures sont le résultat "des traitements de faveur que les intéressés au commerce et à la production savent se faire accorder" (11). La finalité de "ces particularités est que leur litige soit réglé par des experts" ;

- d'autre part, un changement de rationalité ; la rationalité formelle se voit ici concurrencée par une rationalité matérielle qui tend à privilégier des modes de règlement directement efficaces, plus rapides et adaptés aux cas concrets, que les procédures formelles générales. "Pratiquement, ce souhait signifie un affaiblissement du formalisme juridique au profit d'intérêts matériels".

WEBER retient donc l'hypothèse de différenciation au sein même du système juridique étatique. Le pluralisme des sous-systèmes juridiques, tel le droit commercial), trouve son fondement dans le pluralisme des statuts socio-économiques et des intérêts qu'ils représentent. La spécialisation à laquelle correspond le droit commercial (et plus largement aujourd'hui le droit des affaires) vise

à assurer une prévisibilité toujours croissante du fonctionnement de l'instance de règlement à laquelle on fait appel. Cette prévisibilité est en effet "une des conditions les plus importantes à l'existence d'entreprise économique devant fonctionner de façon permanente ; il s'agit ici avant tout des entreprises capitalistes qui ont besoin de la sécurité juridique".

Le procès juridictionnel classique est dans ce sens producteur d'insécurité. En effet la qualification de la controverse comme la procédure de mise en oeuvre dépendent alors en grande partie d'un juge ; instance extérieure au milieu professionnel et sur laquelle les parties sont censées être sans prises. La négociation directe y tient une place limitée et les protagonistes demeurent face à l'activité du juge des acteurs plus passifs qu'actifs. C'est évident en matière pénale, plus relatif, en matière civile.

Il en va tout autrement dans les autres instances de règlement que nous avons amplement décrites plus haut qu'elles soient internes, semi-publiques ou administratives. Les partenaires au conflit y conservent nous l'avons vu, une maîtrise très forte du processus de résolution. Que la controverse oppose un dirigeant d'entreprise à son banquier ou à un client, à son commissaire aux comptes ou à un agent administratif, il y aura toujours négociation. Celle-ci s'accomplit selon des modalités différentes, dépendantes du rapport de force entre partenaires ; mais elle constitue l'essentiel du processus de règlement, même si en parallèle des actes formels ont été accomplis. Ainsi le refus d'un crédit, une demande de dommage et intérêt, un dépôt de plainte ou l'établissement d'un P.V. ne sont parfois que des mesures conservatoires, une façon de conforter ses arrières ou d'établir un poste avancé, un renforcement de position et une fragilisation de l'adversaire, en vue de la négociation en cours ou à venir. Il n'y a donc pas succession linéaire de procédures informelles puis formelles mais une conjugaison des deux.

L'expertise se distingue de l'acte juridictionnel public par la proximité qu'elle maintient avec les intérêts des acteurs concernés pris dans leur totalité. Autant le juge statue juridictionnellement sur un litige précis, autant l'expert se prononce sur une situation globale. Ce qui fonde la légitimité des décisions du premier c'est une rationalité légale ou formelle. C'est par contre une rationalité matérielle ou technocratique (selon HABERMAS) (12) qui établit la valeur de la seconde. La solution du conflit doit être en accord avec un objectif concret, fixé par une norme à fondement scientifique et donc évolutive car dépendante de l'état des besoins et des connaissances. Comme le souligne OST (13) il y a aussi fusion entre savoir juridique

./...

autonome et savoir économique et social. La valeur protégée par le droit tend alors à se confondre avec la notion de performance. Le règlement par expertise se rapproche d'une technique de gestion visant un fonctionnement optimum.

Cette proximité dans les intérêts défendus se trouve renforcée par la proximité sociologique des décideurs. Autant le juge a vocation générale, autant l'expert est d'abord "l'homme d'un art". Autant le premier est en position d'extériorité face aux intérêts en cause, autant le second se doit de les connaître de l'intérieur. Dans ce sens l'expert est d'abord un pair, c'est-à-dire quelqu'un qui partage les mêmes connaissances, les mêmes préoccupations, les mêmes valeurs. Le risque ici est moins un risque de collusion qu'un changement de point de vue et de pratique dans la mise en oeuvre des règles. Le pragmatisme prend le pas, souvent, sur le légalisme. Ceci est très évident quand il s'agit de juges consulaires (commerciaux) ou d'arbitres. Mais cela se remarque aussi en matière d'installations classées où l'on retrouve fréquemment face à face, deux ingénieurs des grandes écoles, l'un représentant l'administration (inspection des mines), l'autre une entreprise (si elle est importante). Même cas de figure dans la rencontre d'un inspecteur des impôts et du conseiller fiscal d'une entreprise. Enfin une telle spécialisation se retrouve aussi au sein de la magistrature, dans les parquets financiers mais aussi chez les juges du siège, en particulier les juges d'instruction. Elle est particulièrement évidente dans les cas où des magistrats participent à des commissions techniques dont les pouvoirs de régulation sont en pratique très étendus et qui constituent souvent de véritables juridictions d'expertise.

l'exemple des commissions techniques nous permet d'introduire un dernier caractère qui est sans doute déterminant. Le règlement des conflits par expertise met en effet en question un des grands principes du modèle libéral de gouvernement, à savoir celui de séparation des pouvoirs. Les procédures de résolution par expertise mettent en cause la séparation classique entre la production de la règle et sa mise en oeuvre. On constate ici souvent une confusion entre fonction normative et fonction exécutive. En effet le droit invoqué sera moins souvent un texte législatif qu'une norme d'application (norme secondaire produite par les acteurs publics ou semi-publics pour mettre en oeuvre la règle générale ou une norme professionnelle). Les instances d'expertise sont alors des lieux où tout à la fois se formulent les règles, s'opère leur application et se prononce leur sanction. C'est évident en matière d'arbitrage commercial et de pratiques bancaires, mais aussi, dans les modes d'action des commissaires aux comptes (en matière d'appréciation des comptabilités), des inspecteurs des installations classées (fixation des seuils de pollution exigibles) ou des membres des commissions techniques (appréciation des ententes, examen des bilans...).

./...

Cette confusion des pouvoirs a pour effet d'insérer la décision juridique dans une série de décisions pragmatiques. Il ne s'agit plus de dire le droit et de trancher, c'est-à-dire de séparer encore des points de vue opposés par un jugement créateur d'effets. Il s'agit au contraire de participer à l'élaboration d'un consensus temporaire, de rétablir un accord, d'obtenir une régularisation ou une remise en état afin d'assurer la continuité primpordiale des relations d'affaires. Si l'hypothèse de WEBER sur la préférence des milieux commerciaux et industriels pour un jugement prononcé par un expert ne cesse de se confirmer, on peut cependant en modifier légèrement la formulation. En effet ce que l'on constate, tant dans les milieux professionnels que publics, c'est moins l'apparition d'experts en tant que personnes que la diffusion de fonctions d'expertise conférées à des acteurs, qui, tels les juges ou les fonctionnaires, occupent aussi d'autres fonctions.

L'analyse du développement des pratiques d'expertise fournit un exemple de la façon dont il nous semble, avec d'autres (14), possible d'aborder l'études des changements "en droit" ou mieux dans le droit. La question est moins de savoir si le droit comme entité isolable se modifie ou non, mais de repérer et de décrire les déplacements qui s'opèrent dans les lieux et modes de règlement des conflits ; là où le droit se trouve mobilisé, produit et reproduit, en vue de la résolution des controverses. Différents indicateurs permettent d'enregistrer ces déplacements : le type d'acteurs en présence, de règles invoquées, de processus de prise de décision, de rationalités construites. Cette grille est applicable à de multiples terrains juridiques.

3) - Une domination aux mains blanches

L'euphémisation des conflits marquant la vie des affaires s'opère donc par un jeu différentiel de règles et de procédures de règlement qui préservent pour l'essentiel, les intérêts de la bourgeoisie et petite bourgeoisie d'affaires. Si ces dernières ont toujours à craindre les réverbères, elles peuvent le plus souvent être satisfaites des lucioles et lumignons qui régulent la plupart de leurs différends.

- Au plan économique, l'essentiel est assuré par l'existence de procédures ménageant les relations contractuelles et assurant la continuité des échanges. Ces modalités "pacificatrices" de règlement sont créatrices de sécurité dans la mesure où elles privilégient la poursuite d'objectifs pragmatiques et toujours négociés.

- Au plan idéologique, l'essentiel est atteint par les reconstructions appliquées aux conflits d'affaires qui occultent massivement la violence des rapports économiques : violence entre partenaires, violence vis-à-vis des salariés et clients, infractions commises contre l'ordre

public. L'économie étant toujours pensée et présentée en termes de rationalité, il importe de préserver cette représentation et les images de pureté technique qui l'accompagnent. C'est au nom de la compétence et d'un certain désintéressement que la bourgeoisie d'affaires prétend exercer son pouvoir. Toutes les dimensions de plaisir , de risque et de violence inhérentes aux pratiques spéculatives doivent rester sans visibilité et demeurent innommées, excepté pour quelques bavures par trop explicites, Stavisky, Willot et autres affairistes triviaux, c.à.d. explicites.

Ces résultats sont le plus souvent atteints. L'essentiel des conflits concernant la vie des affaires échappe à toute visibilité sociale. Qu'il s'agisse de conflits opposant des entreprises entre elles ou en opposant une à l'Etat, tant les qualifications appliquées que le mode de règlement utilisé, transposent dans un registre mineur les termes du conflit et de sa solution. Une logique de réparation ou de régularisation prévaut sur la logique de sanction. Le principe indemnitaire l'emporte sur le principe moral. L'ordre économique apparaît gouverné par d'autres préceptes que ceux de l'ordre public, le pragmatisme domine le légal.

Certes, dans la vie sociale tout est dépendant de la qualité du regard porté, de la dénomination appliquée, de la réaction développée. Ici toutefois, le "deux poids, deux mesures" apparaît dans toute sa force, toute sa cohérence, toute sa cruauté. Malgré bien des "affaires", de fréquents "dossier-problèmes" et des "scandales" réguliers, la présomption de respectabilité dont bénéficient les responsables de l'activité économique demeure peu ébranlée. Les intentions frauduleuses sont occultées, l'existence de victimes niée, la violation de la loi écartée. Seule demeure une controverse, une erreur ou un désaccord que l'on solutionnera de concert, dans l'intérêt de chacun, c'est-à-dire d'abord dans celui "des affaires". L'intérêt général se confond alors avec l'intérêt du système productif et spéculatif. La priorité est celle de l'entreprise, de ses objectifs et de leur développement.

On pourrait donc penser que la classe dirigeante, et plus particulièrement la bourgeoisie et petite-bourgeoisie d'affaires, ne peuvent qu'être satisfaites du système de gestion et de contrôle actuel de leurs rapports d'échange. Paradoxalement, quel que soit l'organisme professionnel consulté, la réponse est unanimement négative. Entendez les lamentos réguliers des petits commerçants vis-à-vis du contrôle des prix et de la répression des fraudes, des P.M.E. vis-à-vis de l'inspection du travail ou des banques, des grandes entreprises vis-à-vis des règles de la concurrence, des professions libérales et de tous les précédents unanimes vis-à-vis du fisc ; à les entendre ils subissent tous une oppression sans limite faite d'incompétence, d'arbitraire et d'humiliation. Les métaphores se référant à la police, à l'inquisition, voire au "goulag" fleurissent à profusion. A les écouter la vie des affaires n'est qu'un chemin de croix et on ne manque pas d'invoquer au passage quelques martyrs opportuns.

./...

C'est d'un véritable syndrôme de Lady Macbeth que semble souffrir ces groupes sociaux. Leurs mains ne sont jamais assez blanches, jamais définitivement blanches. L'idée même que leurs activités puissent être sujette à examen, qu'elles puissent mécontenter un partenaire ou retenir l'attention d'un fonctionnaire, est souvent ressentie comme une atteinte cuisante à leur honneur. A croire que le fond de culpabilité est tel que le moindre regard équivaut accusation, que la moindre interrogation vaut condamnation. On retrouve là une contradiction majeure et constante des bourgoisies d'affaires vis-à-vis de l'Etat libéral dont elles ont été depuis deux siècles les principaux artisans mais aussi les principaux bénéficiaires. L'intervention étatique est revendiquée lorsqu'elle sert directement les intérêts d'une branche professionnelle. Elle est décriée, par le plus grand nombre quand elle modifie l'espace de liberté immédiat, précise des cadres d'actions, impose des contraintes réglementaires. Et ceci, même si à moyen ou long terme l'activité concernée a, en fait, tout à gagner à cette intervention publique.

Nous en donnerons deux exemples pris parmi tant d'autres, dans des domaines très différents. L'imposition de normes de fabrication, élaborées le plus souvent en collaboration entre l'administration et les organismes professionnels d'une branche (où les plus actifs sont en général les plus performants) est une contrainte qui s'impose à tous. Les secteurs aux modes de production anciens, peu concurrentiels, subiront plus ou moins durement les nouvelles règles. Ils protesteront et résisteront. Des phénomènes de concentration pourront en résulter au détriment d'entreprises de petite ou moyenne importance et d'emplois locaux. Par contre, les secteurs les plus dynamiques du capital industriel en bénéficieront, d'autant plus qu'ils en sont souvent les véritables initiateurs. Outre les apports en qualité et les innovations technologiques qu'il suscite, le renforcement des normes de production est la forme contemporaine du contrôle douanier, un protectionnisme qui ne s'avoue pas, indispensable pour la préservation et la conquête des marchés.

Autre exemple, depuis 1867 chaque fois qu'il a été question (à la suite de "scandales" ayant ruiné un bon nombre d'actionnaires) de renforcer le contrôle sur le mode de gestion financière des sociétés commerciales que n'a-t-on pas entendu ! La création de la commission des opérations de bourse et le renforcement des contrôles comptables, qu'elle imposa aux sociétés côtées fut une nouvelle fois l'occasion d'un tollé quai-général dans les milieux d'affaires. Une fois encore les professionnels dénoncèrent "la furie répressive" du texte, rejoignant les positions du célèbre commercialiste ESCARRA estimant que "les sociétés commerciales n'étaient pas faites uniquement pour alimenter la section financière du parquet de la Seine" (15) ! (comme on ne saurait l'accuser d'ignorance ou de mauvaise foi, prenons cela pour un trait d'esprit)...

./...

Douze ans plus tard, la situation s'est renversée. Le succès des SICAV, la relance du marché boursier, la reprise des investissements étrangers en France, ont fait à nouveau de Paris une place financière vivante. Ce processus dont aujourd'hui tout le monde se félicite et dont les entreprises bénéficient au premier chef est inséparable de l'action des pouvoirs publics en faveur de l'existence d'une information"sincère et complète"sur les résultats des sociétés et l'évolution de leurs opérations.

Les milieux d'affaires, toutes fractions confondues, ne veulent avoir qu'une conception instrumentale de l'Etat. Seules les interventions qui les servent immédiatement sont légitimes, les autres ne sont vues que comme les tracasseries aliénantes d'une bureaucratie incompétente. D'où peut-être, l'existence d'un fantasme collectif très prégnant : le "bon Etat" serait celui qui ne serait qu'une courroie de transmission et d'opérationnalisation directe des intérêts de la bourgeoisie et petite bourgeoisie d'affaires. Ou encore, le fantasme hyper-libéral d'une société sans Etat où le pouvoir politique serait exercé, sans intermédiaires fâcheux, par les détenteurs du pouvoir économique. Mais un système de production et d'échange généralisé est-il pensable sans règles du jeu, sans médiateurs, sans réverbères ? Les règles économiques, les lois du marché peuvent-elles former un cadre normatif exclusif ? Aux réponses positives des hyper-libéraux américains, d'autres économistes opposent des exemples historiques (16). Ils rappellent la fragilité de l'économie de marché et la multiplicité des contradictions et conflits d'intérêts qui la traversent. Et ceci d'autant plus que les variables économiques apparaissent à l'analyse toujours plus dépendantes qu'indépendantes. Le capital ne survit pas sans légimité. L'Etat libéral en est un instrument privilégié, au prix de quelques discrets réverbères.

# ANNEXES

# REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

## NOTES DE L'INTRODUCTION

1 - CHEVALIER (J.J.), Classes laborieuses, classes dangereuses, Paris, Plon, 1958.

2 - FOUCAULT (M.), Surveiller et punir, Paris, Gallimard, 1975, p. 202.

- CORBIN (A.), Le miasme et la jonquille, Paris, Aubier Montaigne, 1982.

3 - Op. cit. note 2, FOUCAULT (M.), p. 202-203.

4 - FOURNEL (M.), Avant-propos au Code de Commerce, Paris, Stoupe, 1807.

5 - BACHELARD (G.), La formation de l'esprit scientifique, Paris, Vrin, 1947.

6 - COSSON (J.), Les industriels de la fraude fiscale, Paris, Seuil, 1971 et Les grands escrocs en affaires, Paris, Seuil, 1973.

7 - Libération, 26/8/1982.

8 - Le Monde, 31/1, 1/2 et 5/2/1982.

9 - Libération, 21/4/1982.

10 - FARR (R.), The Electronic Criminals, New-York, Mc Graw Hill, 1975.

- ROHNER (L.), Computerkriminalität, Zurich, S.P.U.A.G., 1975.

- PARKER (D.B.), Crime by Computer, New-York, C. Seribner, 1976.

./...

- BECQUAI (A.), Computer Crime, New York, Lexington Books, 1978.

- U.S. Department of Justice, Computer Crime, Bureau of Justice Statistics, Washington, 1978.

11 - Le Monde, 11/09/1979.

12 - Le Monde, 30/07 et 10/10/1982.

13 - DELMAS-MARTY (M.), Le droit pénal des affaires, Paris, P.U.F., 1981, p. 401-403.
Le procès récent concernant les banqueroutes d'Agache-Willot et de Boussac Saint-Frères (mars 1985) n'ont fait qu'ajouter une mince condamnation et donc une illustration supplémentaire de l'art des frères Willot dans l'usage des montages financiers et juridiques et dans le jeu des illégalismes.

- BONSSEMART (B.), RABIER (J.C.), Le dossier Agache-Willot, P.F.N.S.P., Paris, 1983.

14 - Le Monde du 5 mai au 22 mai 1983. L'argument de défense principal des inculpés consistait à dire que les "concertations" auxquelles les compagnies se livraient étaient en fait imposées par la politique pétrolière gouvernementale du moment (1965-1971). Plusieurs témoignages de hauts responsables administratifs, vinrent d'ailleurs étayer fortement ce point de vue.

- DE BRIE (C.) et al., R... comme racket pétrolier, Paris, A. Moreau, 1976.

- SAMPSON (A.), Les sept soeurs, Paris, A. Moreau, 1976.

- SIMONNOT (Ph.), Le complot pétrolier, Paris, A. Moreau, 1976.

- SIMONNOT (Ph.), "Messieurs les pétroliers, tout n'est pas permis", Libération, 2 juillet 1983, p. 7.

./...

15 - DELMAS-MARTY (M.), TIEDEMANN (K.), "La criminalité, le droit pénal et les "multinationales"", JCP commerce et industrie, 1979, nº 12 900.

16 - LEBEN (Ch.) et al., Les multinationales face au droit, Paris, Litec, 1977.

17 - CRESSEY (D.R.), Other people's Money, N.Y., The Free Press, 1953.

- KELLENS (G.), La criminalité des affaires : aspects sociologiques et psychologiques, rapport à la XIIº conférence de directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976.

- ARMAND (M.F.), LASCOUMES (P.), "Malaise et occultation : perceptions et pratiques du contrôle social de la délinquance d'affaires", Déviance et Société, I, 1977, nº 2, p. 135-170.

- Conseil de l'Europe, La criminalité des affaires, Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1981.

18 - LHOMME (J.), La grande bourgeoisie au pouvoir, 1830-1880, P.U.F., 1970.

- MORIN (F.), La structure financière du capitalisme français, Paris, Calmann-Lévy, 1974.

- GRANOUX (A.), La bourgeoisie financière au pouvoir, Paris, Maspéro, 1977.

19 - MEDELIN (A.), I... comme immobilier, Paris, A. Moreau, 1974.

20 - WIEWORKA (M.), L'Etat, le patronat et les consommateurs, Paris, P.U.F., 1977.

./...

21 - BOURDIEU (P.), SAINT-MARTIN (M.), "Le patronat", Actes de la recherche en sciences sociales, n° 20/21 mars 1978.

- BIRNBAUM (P.), Le peuple et les gros, Paris, Grasset, 1979.

22 - BOURDIEU (P.), "Le champ scientifique", A.R.S.S., 1976, n° 2/3, p. 88-104.

23 - SABATIER (R. et J.), Droit des affaires, Paris, Sirey, 1980.

- CHAMPAUD (C.), Le droit des affaires, Paris, P.U.F., 1981, p. 21.

24 - CAM (P.), Les prud'hommes - Juges ou arbitres ? Paris, P.F.N.S.P., 1981.

25 - LASCOUMES (P.), "Sanction des fautes ou gestion des illégalismes : l'hétérogénéïté du droit pénal", Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 1983, n° 10, pp. 125-156.

- LASCOUMES (P.), BARBERGER (C.), "Du principe de légalité au principe d'opportunité : les formes du droit pénal administratif", Commissariat au Plan, 1985.

26 - MIAILLE (M.), Introduction critique au droit, Paris, Maspéro, 1976, p. 166-168.

- COHEN (E.), La production sociale de la grande entreprise, Paris, C.N.A.M.-C.S.I., 1980.

27 - PEYREFITTE (A.), J.O. débats parlementaires Assemblée Nationale, 14 juin 1980 n° 42 AN (CR) 1836, 17 juin 1980, n° 43, AN (CR) 1881-1882.

28 - BOURDIEU (P.), Questions de sociologie, Paris, Ed. de Minuit, 1980, p. 62.

## NOTES DE LA PREMIERE PARTIE

1 - Sur la notion de déviance et sa définition comme acte de pouvoir.

- CHAPMAN (D.), Sociology and the stereotype of the criminal, London, Tavistock, 1968.

- SHOHAM (S.), The mark of Cain, Jerusalem, University Press, 1970.

- CHAMBOREDON (J.C.), "La délinquance juvénile, essai de construction d'objet", Rev. fr. de socio., 1971, XII, 3, p. 335-377.

- COHEN (S.), Folk devils and moral panics, London, Mc Gibbon and Kee, 1972.

- ROBERT (Ph.), "La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale", Année sociologique, 1973, XXIV, p. 441-504.

2 - LASCOUMES (P.), "La C.O.B., entre magistrature économique et gestion du droit des affaires", Déviance et Société, IX, n° 1, p. 1-30, cf. également infra, II° partie "les agents administratifs".

3 - KELLENS (G.), La criminalité des affaires, aspects sociologiques et psychologiques, XII° conférence des directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976.

4 - FAUGERON (C.), "Le renvoi : idéologisation des pratiques ou pratiques idéologiques", Le contrôle social de la déviance, Paris, C.D.M.S.H., 1979, p. 79-98.

5 - BOUDON (R.), DAVIDOVITCH (A.), "Les mécanismes sociaux des abandons de poursuite", Année Sociologique, 1964.

./...

6 - Cf. infra IIº partie : "Droit pénal répressif/droit pénal disciplinaire, l'exemple du droit des affaires".

7 - DHOQUOIS (R.), "Idéologie conciliatrice et répression des réfractaires dans l'inspection du travail", Actes, nº 15, 1977, p. 14-18.

- PONSAERS (P.), DE CUYPER (R.), "L'inspection du travail : mission de l'autorité ou affaire privée ?", Déviance et Société, 1978, V, nº 4, p. 347-370.

8 - WIEWORKA (M.), Justice et consommation, Paris, Documentation française, 1980.

9 - BIRNBAUM (P.), Le peuple et les gros : histoire d'un mythe, Paris, Grasset, 1979.

- JEANNENEY (J.N.), L'argent caché, Paris, Fayard, 1981.

10 - CELINE (L.F), Bagatelle pour un massacre, Paris, Denoël, 1937, p. 41 et L'école des cadavres, Denoël, 1938, p. 235.

11 - Les deux cent familles sont devenues 600. Cf. POUJADE (P.), J'ai choisi le combat, Paris, 1956, S.G.E.P., p. 136.

12 - XXº Congrès du P.C.F., L'Humanité, 14 décembre 1972.

13 - COSTON (H.), Les deux cent familles au pouvoir, Paris, La librairie française, 1977 et

JEANNENEY (J.N.), Op. cit. note 9, p. 20-22.

14 - BOURDIEU (P.), SAINT-MARTIN (M.), "Le patronat", A.R.S.S., nº 20/21, mars, 1978.

- CLAUDE (H.), Le pouvoir et l'argent, Paris, Ed. sociales, 1965.

./...

- BAUMIER (J.), Les grandes affaires françaises, Paris, Julliard, 1967.

- BRIZAY (B.), Le patronat, Paris, Ed. du Seuil, 1975.

15 - COLLIER (P.), Une dynastie américaine : les Rockefeller, Paris, Seuil, 1976.

- JENNENEY (J.N.), François de Wendel en république, Paris, Seuil, 1976.

- AUTIN (J.), Les frères Pereire, Paris, Perrin, 1984.

- ATTALI (J.), Sir S.G. Warburg, un homme d'influence, Paris, Fayard, 1985.

16 - JEANNENEY (J.N.), Op. cit. note 9, p. 33-45.

17 - HARRIS (A.), DE SEDOUY (A.), Les patrons, Paris, Seuil, 1977.

18 - MILLS (W.), L'élite du pouvoir, Paris, Maspéro, 1969, p. 98-105, la notion de "Robber barons" et la notion de "entrepreneur-aventurier" à la FUGGER chez WEBER (M.), Ethique protestante et esprit du capitalisme, Paris, Plon, 1964 et la critique qu'en fait TREVOR-ROPER (A.R.), De la réforme aux lumières, Paris, Gallimard, 1972.

19 - Conseil de Régence de la Banque de France in Op. cit. note 9, p. 34-39.

20 - Comité des forges in Op. cit. note 9, p. 36.

21 - Op. cit. note 9.

22 - Op. cit. note 14.

23 - Op. cit. note 15.

./...

24 - Op. cit. note 14, p. 76.

25 - Op. cit. note 9, p. 216-218.

26 - LEVY (R.), Les flagrants-délits : une justice ou une police ?, Paris, C.E.S.D.I.P., 1982.

27 - Op. cit. note 14, p. 77.

28 - LASCOUMES (P.), "Parler beau, parler clair ou parler droit ?", Recherches, n° 40, mars 1980, p. 188-200.

29 - Cf. infra les travaux économiques en particuler : GODEFROY (Th.), LAFFARGUE (B.), Les coûts du crime en France en 1978 et 1979, Paris, C.E.S.D.I.P., 1982, ronéo.

30 - COSSON (J.), Les grands escrocs en affaires, Paris, Seuil, 1978.

- LASCOUMES (P.), "Sur quelques données de base et base de données", R.D.P.C., n° 12, 1980, p. 995-1023.

31 - CARBONNIER (J.), Sociologie juridique : effectivité et ineffectivité de la règle de droit, in Année Sociologique, 1958, p. 3-17.

- LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), "L'effectivité en sociologie juridique ; une question de mesure", Droit et Société, 1985, n° 2, s.p.

32 - Sur le domaine des accidents du travail : SERVERIN (E.), BARBERGER (C.), La criminalité des accidents du travail, Univ. Lyon III, I.E.J., 1978.

33 - LEVY-BRUHL (H.), Sociologie du droit, Paris, P.U.F., 1961, p. 80-86.

./...

34 - PORTALIS, Discours préliminaire au Code Civil.

35 - GENY (F.), Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 2° éd., Paris, 1954.

36 - BELAID (S.), Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 381-382.

37 - RIPERT (G.), "Les forces créatrices du droit", Paris, L.G.D.J., 1955, p. 381-382.

38 - VILLEY (M.), Préface de l'ouvrage de BELAID (S.), préc. note 36.

39 - SAVATIER (R.), "Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation", in "Les lacunes du droit", Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 521-535.

40 - KELSEN, Une théorie pure du droit, Paris, Dalloz, 1962.

- PERRIN (J.F.), Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève, Droz, 1979, p. 94-102.

- ARNAUD (A.J.), Critique de la raison juridique, Paris, L.G.D.J., 1982.

41 - SAVATIER (R.), Op. cit. note 39, p. 534.

42 - CARBONNIER (J.), "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit", Année Sociologique, L VII, 1958, p. 3-17.

43 - CARBONNIER (J.), Sociologie juridique, Paris, A. Colin, 1972.

44 - ARNAUD (A.J.), "Les tendances actuelles de la sociologie juridique de langue française", op. cit. note 40, p. 211-221.

./...

45 - GUIBENTIF (F.), Les effets du droit comme objet de la sociologie juridique, Genève, Cetel, 1979, ronéo, p. 55 ter.

46 - Cité par ARNAUD (A.J.), Op. cit. note 40, p. 212.

47 - PERRIN (J.F.), "Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique", Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève, Droz, 1979, p. 91-94.

48 - La notion d'effectivité n'est pas toujours définie avec une grande précision. EISENMAN traducteur de KELSEN utilise sans distinction effectivité et efficacité.
CARBONNIER (J.), note 42, PERRIN (J.F.), note 47, p. 97 et ARNAUD (A.J.), note 40, p. 373 s'accordent pour considérer l'effectivité comme un phénomène toujours relatif référant aux taux d'application d'une norme, confrontation du projet sous-tendant l'édiction de la norme à une réalité sociale.
"L'effectivité de l'ordonnance du 10 mars 1975", Le port obligatoire de la ceinture de sécurité, hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme, Genève, Cetel, p. 36-62.

49 - Cf. aux U.S.A., CLINARD (M.B.), Corporate Ethics and Crime, Beverly Hills, Sage publications, 1983.

50 - RIPERT (G.), Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 372.

51 - RIPERT (G.), L'insécurité juridique, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 155.

52 - CROZIER (H.), Le phénomène bureaucratique, Paris, Seuil, 1963 ; également CROZIER et FRIEDBERG, L'acteur et le système, Seuil, 1977.

./...

53 - JAVILLIER (J.C.), Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail", Droit social, 1975, nº 7-51, p. 375-395.

54 - Op. cit. note 53.

55 - CHARBONNEAU (S.), "L'état, le droit et l'environnement", Esprit, 1976, nº 10, p. 392.

56 - SPITERI (P.), "Le droit pénal régulateur de la moralité commerciale", Les frontières de la répression, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1974, p. 269-279.

- BOSLY (H.D.), "Les frontières de la répression pénale en droit économique Belge", Les frontières de la répression, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1974, p. 382-399.

- COSSON (J.), Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976, et les Grands escrocs en affaires, Paris, Seuil, 1978.

57 - GUIBENTIF (P.), "Retour à la peine : contexte et orientation des recherches récentes en prévention générale", Déviance et Société, V, nº 3, p. 293- 312.

58 - BENTHAM (J.), Théorie des peines et des récompenses, Londres, Vogel & Sculze, 1811.

59 - FEUERBACH (A.), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen Georg Friedrich Heyer, 1840.

60 - GEERKEN (M.F.), GOVE (W.R.), "Deterrence, some theoretical considerations", Law and Society Review, 1975, IV, p. 497 ss. not. p. 497.

- VERIN (J.), "L'efficacité de la prévention générale", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1975, XXX, p. 1061 ss. note p. 1065.

61 - Op. cit. note 57.

62 - BRISSETTE (M.), "La criminalité des affaires et les sentences applicables aux personnes morales", Criminologie, XV, n° 1, 1982, p. 78.

63 - ALEVY (A.), VERDIER (S.), Analyse des coûts sociaux des accidents corporels pour la sécurité routière, Paris, O.N.S.E.R., 1973.

64 - BOUDON (R.), Effets pervers et ordre social, Paris, P.U.F., 1977.

65 - HAEHL (J.P.), Les techniques de renforcement des entreprises en difficultés, Librairie technique, 1981, F.N.D.E.

- BRUNOIS (R.), "Avant le droit sanction, le droit prévention", Gazette du Palais, 1975, 1, p. 117 et in op. cit. cote 81, p. 180-193.

66 - Sur la notion d'intérêt de l'enfant, cf. :
SERVERIN (E.), BRUXELLES (S.), Actions et interactions dans l'institution judiciaire, Lyon, I.E.J., 1981, ronéo.

67 - WIEWORKA (M.), L'Etat, le patronat et les consommateurs, Paris, P.U.F., 1977.

- WIEWORKA (M.), Justice et consommation, Paris, Documentation française, 1977.

68 - JAVILLIER (J.C.), Op. cit. cote 53.

- COLLIN (F.) et al., Le droit capitaliste du travail, Paris, Maspéro, 1980, p. 78-85.

69 - MIAILLE (M.), Introduction critique au droit, Paris, Maspéro, 1976.

./...

70 - BACHELARD (G.), La formation de l'esprit scientifique, Paris, Vrin (1947), 1980, p. 14.

71 - KELLENS (G.), LASCOUMES (P.), "Moralisme, juridisme et sacrilège", Déviance et Société, 1977, vol. I, n° 1, p. 119-133.

72 - BONGER (W.A.), Criminalité et conditions économiques, Amsterdam, Tiercé, 1905.

- MIKE (B.), "Willem Adriaan Bonger's Criminality and economic conditions : A critical appraisal", Int. J. Criminol. Penol., 1976/4, p. 211-238.

73 - Op. cit. note 72, p. 328-329.

74 - VAN KAN (J.), Les causes économiques de la criminalité, Etude historique et critique d'étiologie criminelle, Paris, Maloine, 1902.

- ROZENGART (G.), Le crime comme produit social et économique, Paris, Faculté de droit, 1929.

75 - ROZENGART (G.), Op. cit. note 74.

76 - Ibid op. cit. note 74.

77 - SUTHERLAND (E.H.), "White collar criminality", Am. Soc. Rev., 1940, V, p. 1-12.

- SUTHERLAND (E.H.), "Crime and Business", Annals of the Amer. Academy of political and social science, 1941, CCXVII, p. 112.

- SUTHERLAND (E.H.), "Is "White collar crime" crime ?", Am. Soc. Rev., 1945, X, p. 132-139.

- SUTHERLAND (E.H.) et CRESSEY (D.R.), Principes de criminologie, Paris, Cujas, 1966, p. 49-57.

./...

Les références paginées sont données pour :

e- SUTHERLAND (E.H.), White collar crime, the uncut version (intro. par G. GEIS et C. GOFF) Yale University Press, New Haven, 1983.

78 - Op. cit. note 77 e, p. 31.

79 - GEIS (G.), Introduction à op. cit. note 77-e, p. XV.
HALL (J.), "E.H. Sutherland, 1883-1959", Journal of Criminal Law and Criminology, XXXXI, nº 41, 1950, p. 394.

80 - Op. cit. note 77-e, p. 53.

81 - Op. cit. note 79, p. XI.

82 - Op. cit. note 77-e, p. 240-257.

83 - Op. cit. note 79, p. XIX.

84 - Ibidem.

85 - TAPPAN (P.), "Who is criminal ?", American Sociological review, XII, 1947, p. 96-102.

86 - Op. cit. note 79, p. XXXX.

86 bis -
HARTUNG (F.), "White collar offenses in the wholesale meat industry in Detroi", 1950 in GEIS (G.) and MEIER (R.F.) (eds), White-collar crime, 1977, New York, Free Press.

- CLINARD (M.B.), The Black Market, A study of white collar crime, New-York, Rinehart, 1952.

- CRESSEY (D.R.), Other people's money, N.Y., Free Press, 1954.

./...

- NEWMAN (D.), "White-collar crime", 1958 in GEIS (G.) and MEIER (R.F.) (eds), White-Collar Crime, New-York, Free Press, 1977, p. 50-65 ; "Public attitudes toward a form of white-collar crime", Social Problems, 4, (1953), january, p. 228-232.

87 - QUINNEY (R.), "Occupational structure and criminal behavior : prescription violation by retail pharmacists", in CLINARD (M.B.) and QUINNEY (R.), Criminal Behavior Systems : A Typology (1963/1967), New York, Holt, Rinehart & Winston.

- QUINNEY (R.), (1964/1977), "The study of white-collar crime : toward a reorientation in theory and practice", in GEIS (G.) and MEIER (R.F.) (eds), White-Collar Crime (rev. ed.)(1964), New York, Free Press, 1977, p. 283-296.

- CLINARD (M.B.), QUINNEY (R.), Criminal Behavior Systems : A Typology, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1973.

- CLINARD (M.B.) and YEAGER (P.C.), Corporate Crime, New York, Free Press, 1980.

- CLINARD (M.B.), "Corporate crime : issues in research", in SAGARIN (E.) (eds), Criminology : New Concerns, Beverly Hills, CA, Sage, 1979.

88 - CRESSEY (D.R.), Criminal Organization, Londres, Heinemann, 1972.

- MALTZ, "Defining organized crime", Crime and delinquency, 1976, XXII, 3, p. 338.

- CHARBONNEAU (J.P.), "La pègre, un milieu d'affaires", in Affaires et criminalité au Québec, Criminologie, X/1 (1977), p. 29-45.

- GROSS (E.), "Organization structure and organizational crime" in GEIS (G.) and STOTLAND (E.) (eds), White-Collar Crime : Theory and Research, Beverly Hills, CA, Sage, 1980, p. 52-77.

./...

- FINNEY (H.C.), LESIEUR (H.R.), "A contingency theory of organizational crime", in BACHARACH (S.B.) (eds), Research in the Sociology of Organizations : A Research Annual, Greenwich, CT, Jai, 1982.

89 - LIPSETT (S.M.), SCHNEIDER (W.), "How's business ? What the public thinks", Public Opinion, 1978, July/august, p. 41-47.

- ROSS (I.), "How lawless are big compagnies ?", Fortune, 1980, december 1, p. 57-64.

- ROWAN (R.), Rekindling corporate loyalty", Fortune, 1981, february 9, 54-59.

- CULLEN (F.T.), LINK (B.), POLANZI (C.), "The seriousness of crime revisited : have attitudes toward white-collar crime changed ?", Criminology, 20, 1982, may, 83-103.

90 - CLINARD (M.B.), YEAGER (P.C.), Op. cit. note 87-d.

- ROSS (I.), Op. cit. note 89-b.

91 - BEQUAI (A.), White-collar crime : a 20th century crisis, Lexington, Lexington Books, 1978.

92 - GEIS (G.), STOTLAND (E.), White-collar crime, theory and practice, Beverly Hills, Sage Publication, 1982.

93 - SHAPIRO (S.P.), Wayward Capitalists Target of the Securities and Exchange Commission, New Haven, Yale University Press, 1984.

94 - SAMPSON (A.), I.T.T., l'Etat souverain, Paris, A. Moreau, 1973.

95 - ZIRPIN (W.), TERSTEGEN (O.), Wirtschafskriminalität, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1963.

./...

- TOMPKINS (D.C.), White-collar crime : a bibliography, University of Berkeley Press, 1967.

- STEARNS (L.), Economic crime, A bibliography, Stokholm, Scandinavian Research Council for criminology, 1976.

96 - Comité européen pour les problèmes criminels, La criminalité des affaires, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1981.

- LIEBL (K.), Die Bundesweite Erfassung von Wirtschafts-straftaten nach eiheitlichen Gesichtspunkten, Freiburg, Hadie, 1984.

- ROBERT (C.N.), Délinquance d'affaires : l'illusion d'une politique criminelle, Basel, Helbing et Lichtenhalm, 1985.

97 - KELLENS (G.), La criminalité des affaires, aspects sociologiques et psychologiques, XII° conférence des directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976.

98 - TIEDEMAN (K.), Subventionskriminalität in der Bundesrepublik, Reinbek bei Hamburg, Rowoht, 1974.

- TIDEMANN (K.), "La fraude dans le domaine des subventions : criminologie et politique criminelle", Rev. Dr. pén. Criminol., 1975-1976, p. 129-140.

- TIEDEMANN (K.), Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschafskriminalität, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1976.

- TIDEMANN (K.), Kartellrechtsvertösse und Strafrecht, Köln, Heymanns, 1976.

- TIEDEMANN (K.), "Phénoménologie des infractions économiques", in Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1977, p. 9-69.

./...

- TIEDEMANN (K.), Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den U.S.A. und in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen, Mohr, 1978.

99 - DELMAS-MARTY (M.), "La criminalité d'affaires", Rev. Sc. Crim., 1974, p. 45-55.

- DELMAS-MARTY (M.), Criminalité d'affaire et marché commun, Paris, Economica, 1982.

99 bis -

- COSSON (J.), Les industriels de la fraude fiscale, 2° éd., Paris, Seuil, 1974.

- COSSON (J.), Les grands escrocs en affaires, Paris, Seuil, 1979.

100 - KELLENS (G.), Du crime en col blanc au délit de chevalier, Ann. fac. droit, Liège, 1978, p. 60-124.

- GOSSWEINER, Wesen und Probleme der Bilanzdelikte, Neuwied, Luchterhand, 1970.

- DE FRANCO (E.J.), Anatomy of a scam, Washington D.C., U.S. Dept. of Justice, 1973.

- SIEBEN (G.), Bilanzdelikte, Wiesbaden, Budeskriminalamt, 1974.

- KELLENS (G.), Banqueroute et banqueroutiers, Bruxelles, Dessart & Mardaga, 1974.

- LEIGH (L.H.), "The criminal liability of corporations and other groups", Ottawa, Law Review, 9/2, 1977, p. 247-302.

- LEIGH (L.H.), "Politique et mesures pénales relatives aux infractions économiques", in Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1977, p. 119-188.

./...

- DUPLAT (J.L.), "Aspects nouveaux du droit de la banqueroute, du droit pénal comptable et du droit pénal des sociétés commerciales", in VAN OMMESLAGHE (P.), et al., L'évolution récente du droit commercial et économique, Bruxelles, Jeune Barreau, 1978, p. 367-443.

- KELLENS (G.), "Crise économique et criminalité économique", Année sociologique, X' X, 1978, p. 191-221.

101 - COUETOUX (H.) et al., Fonction économique et sociale de la justice devant la cessation d'activité de l'entreprise, Paris, Documentation française, 1979.

- BERTRAND /Éd./, La défaillance des entreprises, Paris, Documentation française, 1981.

102 - BOY (L.) et al., Droit des faillites et restructuration du capital, Paris, P.U.G., 1980.

102 bis -

- GRUBER (J.P.), White-collar crime in a military-industrial complex, paper presented a thte Annual Meeting of the American Society of Criminology, Toronto, 1975.

- LEVINSON (Ch.), L'inflation mondiale et les firmes multinationales, Paris, Seuil, 1973.

- MULLER (R.E.), Global Reach, N.Y., Simon and Shuster, 1974.

103 - DELMAS-MARTY (M.), TIEDEMANN (K.), "La criminalité, le droit pénal et les multinationales", J.C.P., 1979, I, 2435.

104 - BRAITHWAITE (J.), "Transnational corporations and corruption", Int. Journal of the Sociology of Law, 1979, nº 2, p. 125-142.

./...

105 - PARADISO (P.), La criminalita negli affari un approccio criminologico, Padova, Cedam, 1983.
et op. cit. note 96 et 97.

106 - CLINARD (M.B.), YEAGER (P.C.), 1980, op. cit. note 87.

- ROSS (I.), 1980, op. cit. note 89 et pour la France :

a) - Conseil des Impôts, "Fraude et évation fiscales en matière de bénéfices industriels et commerciaux", Rapport au Président de la République, Journaux Officiels, 4 août 1977, p. 107-130.

b) - ROBERT (Ph.), GODEFROY (Th.), Le coût du crime ou l'économie poursuivant le crime, Genève-Paris, Médecine et Hygiène-Masson, 1978.

c) - GODEFROY (Th.), LAFFARGUE (B.), Le coût du crime en France en 1978 et 1979, Paris, S.E.P.C., 1982, ronéo.

107 - MEDECIN (A.), I... comme Immobilier, Paris, A. Moreau, 1974.

108 - ARANDA (G.), L'Etat piégé, Paris, Stock, 1972.

109 - SHOHAM (S.), The Mark of Cain, Jerusalem, University press, 1970, p. 76-77;

110 - Ibid, p. 58.

111 - CHAPMAN (D.), Sociology and the stereotype of the criminal, London, Tavistock, 1968, p. 85-96.

112 - TAYLOR (I.), WALTON (P.), YOUNG (J.), The New Criminology, London, Routledge, 1973.

113 - VAN OUTRIVE (L.), "Interactionnisme et néo-marxisme, une analyse critique", Déviance et Société, I, n° 3, 1977, p. 253-290.

./...

114 - Op. cit. note 112, p. 44.

115 - SCHWENDIGER (H.) and (I.), "Defenders of order or guardians of human rights", Critical criminology, London, Routledge, 1975, p. 113-146.

116 - HIRST (P.Q.), "Marx and Engels on law, crime and morality", in op. cit. note 115, p. 203-232.

117 - RICO (I.) and al., La criminalité d'affaires au Québec, Université de Montréal, 1981.

- ACOSTA (F.P.), Les affaires de ville d'Anjou ou la mise en forme pénale de la corruption politique, Université de Montréal, Thèse de doctorat en criminologie, 1984.

117 bis -

- REISS (A.J.), "Organizational deviance", in ERMANN (M.D.) and LUNDMAN (R.J.) (eds), Corporate and Governmental Deviance, New York, Oxford, University Press, 1978.

- SHOVER (N.), "Defining organizational crime", in ERMANN (M.D.) and LUDMAN (R.J.) (eds), Corporate and Governmental Deviance : Problems of Organizational Behavior in Contemporary Society, New York, Oxford, University Press, 1978.

- SHRAGER (L.S.) and SHORT (J.F.), "Toward a sociology of organizational crime", Social Problems, 25, 1978, p. 407-419.

- VAUGHAN (E.), "Toward understanding unlawful organizational behavior", Michigan Law Review, nº 80, 1982, p. 1377-1402.

- VAUGHAN (E.), "Recent developments in white-collar crime theory and research", in BARAK-GLANTZ (L.) and HUFF (R.) (eds), The Mad, The Bad, and the Different, Lexington, MA, Lexington Books, 1981.

./...

118 - FOUCAULT (M.), Surveiller et punir, Paris, Gallimard, 1975, p. 84.

119 - MARX (K.), "Débats sur la loi relative au vol de bois", Gazette rhénane, du 25 octobre au 4 novembre 1842, in LASCOUMES (P.), ZANDER (H.), Marx, du vol de bois à la critique du droit, Paris, P.U.F., 1982, p. 121-189.

120 - FOUCAULT (M.), Les mots et les choses, Paris, Gallimard, 1966.

121 - VILLEY (M.), La formation de la pensée juridique moderne, Paris, Ed. Montchrétien, 1968, p. 176-189 et 193-194.

122 - ZENATI (F.), Essai sur la nature juridique de la propriété, Thèse, Lyon III, 1981, p. 282-283.

123 - THOMPSON (E.P.), Whigs and Hunters. The origin of the black act, Middlesex, Penguin Books, 1977.

124 - In op. cit. note 122.

125 - In op. cit. note 110, p. 141-142.

126 - MULTZER (H.), La propriété sans le vol, Paris, Le Seuil, 1945, VIAU (P.), Révolution agricole et propriété foncière, chapitre I, Paris, Ed. ouvrières, 1963.

127 - BERCE (Y.), Histoire des croquants, étude des soulèvements populaires, Genève, Droz, 1974.

128 - Op. cit. note 119.

129 - In op. cit. note 118, p. 89.

130 - In op. cit. note 118, p. 89.

131 - In op. cit. note 118, p. 84.

./...

132 - In op. cit. note 118, p. 87.

133 - In op. cit. note 118, p. 89.

134 - DE VALLEE (O.), Les manieurs d'argent, Paris, A. Lévy, 1857, p. 287.

- LASCHI (R.), Le crime financier, Lyon, A. Storck, 1901, p. 29-57.

135 - In op. cit. note 134, p. 365.

136 - PRIVAT, Haute finance et basse justice, Paris, A. Redier, 1930.

- TURCOTTE (S.J.), Les gens d'affaires sur la scène française de 1870 à 1914, Paris, Nizet, 1936.

137 - In op. cit. note 134, p. 298.

138 - BARBERGER (C.), De la criminalité apparente, thèse, Lyon III, 1980.

139 - LASCOUMES (P.), MOREAU-CAPDEVIELLE (G.), Délinquances d'affaires et justice pénale, Paris, S.E.P.C., ronéo, 1983.

140 - AUBUSSON de CAVARLAY (B.), GODEFROY (Th.), Qui condamne-t-on ? A quoi ? Pourquoi ?, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

141 - Op. cit. note 106 b et c.

142 - Sur l'impact de la loi (n° 77-1453) du 29/12/1977, cf. LASCOUMES (P.), VERNEUIL (D.), Délit fiscal et/ou délit pénal, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

./...

143 - Op. cit. note 143 et "La fraude fiscale, du contrôle administratif à la sanction pénale", Gazette du Palais, 1983, nº 1920, p. 2-9.

144 - LASCOUMES (P.), "La place du pénal dans les stratégies de régulation administrative", in AUBUSSON de CAVARLAY (B.) et al., Le pénal en première ligne ou en dernier ressort, Paris, C.E.S.D.I.P., 1984, ronéo, p. 221-404.

145 - LASCOUMES (P.), et al., Administrer les pollutions et nuisances, Paris, Ministère de l'Environnement, 1985.

146 - LEVY-BRUHL (H.), Sociologie du droit, Paris, P.U.F., 1961, p. 80-85.

- CARBONNIER (J.), Sociologie juridique, Paris, P.U.F., 1978.

147 - GURVITCH (G.), Théorie pluraliste des sources du droit positif, Paris, Sirey, 1934.

148 - PETRAZYCKI (L.), Law and Morality, Harvard University Press, 1955.

149 - In op. cit. note 147.

150 - ARNAUD (A.J.), Critique de la raison juridique, Paris, L.G.D.J., 1981.

151 - LARGUIER (I.), Mort et transfiguration du droit pénal, in Mélanges Ancel, Paris, 1975, vol. 2, p. 147.

152 - VAN de KERCHOVE (M.), "Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépénalisation", in Déviance et Société, V, 1981, nº 1, p. 1-24.

./...

153 - ROTH (R.), "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", in Revue genevoise de droit public, nº 5 et 6, 1981, p. 285-320 et p. 381-395.

154 - CARBONNIER (I.), L'inflation des lois, Revue des sciences morales et politiques, 1982, nº 4, p. 687.

155 - DELMAS-MARTY (M.), "L'inflation pénale", VIº congrès de l'association française de droit pénal, Montpellier, 1983.

156 - BARBERGER (C.), De la criminalité apparente, Université de Lyon III, thèse de doctorat 1981.

157 - BARBERGER (C.), in op. cit. note 156.

158 - CARBONNIER (I.), Op. cit. note 154.

159 - Op. cit. note 156.

160 - OST (F.), "Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur : trois modèles de justice", Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Bruxelles, Faculté Université Saint Louis, 1981.

161 - Op. cit. note 31.

162 - VERIN (J.), Le règlement extra-judiciaire des litiges, R.S.C., 1981, nº 1, p. 171-183.

163 - ABEL (R.), The Politics of Informal Justice, New York, Academic Press, 1981 ; FELSTINER (W.), ABEL (R.), SARAT (A.), "The emergence and transformation of disputes", Law and Society Review, 1981, p. 631 ; HARRIS (D.R.) et al., "Remedies under contract law, designing rules to facilitate out of court settlements", Law and Policy Quartely, V, nº 1, 1983, p. 97-127.

./...

164 - In op. cit. note 163, ABEL (R.), p. 35.

165 - SERVERIN (E.), BARBERGER (C.), La criminalité des accidents du travail, Université de Lyon IV, 1978.

166 - SERVERIN (E.), Etablissement d'une typologie des formes d'application du droit dans le traitement des conflits, Réponse à l'appel d'offres du Commissariat au Plan, Droit et changement social, juillet 1983.

## IIº PARTIE

### Chapitre I : Un rideau de fumée, le droit pénal des affaires

1 - BRUXELLES (S.), SERVERIN (E.), Actions et interactions dans l'institution judiciaire, Lyon, I.E.J., 1976.

2 - RIPERT (G.), Les structures juridiques du capitalisme, Paris, L.G.D.J., 1946, chap. II "L'ère des sociétés par actions".
L'HOMME (J.), La grande bourgeoisie au pouvoir, Paris, P.U.F., 1960, p. 95-111.

3 - Cf. supra critique des approches en terme de pluralisme juridique p.

4 - EDELMANN (B.), Le droit saisi par la photographie, Paris, Maspéro, 1973.
MICHEL (J.), Marx et la société juridique, Publisud, 1983.

5 - HABERMAS (J.), L'espace public, chap. V "Transformation des structures sociales de la sphère publique", Paris, Payot, 1978, p. 149-188.

6 - BARBERGER (C.), De la criminalité apparente, Université de Lyon III, thèse de doctorat, 1981.
COLLIARD (C.A.), La sanction administrative, Annales de la faculté de droit, Aix, 1943.

7 - VEDEL (G.), DELVOVE (P.), Traité de droit administratif, Paris, P.U.F., 1980, p. 991.
Cf. art. 28 C.P.P. qui n'est guère plus précis et renvoie directement à des lois extérieures au pénal pour la définition de ces pouvoirs :
"Art. 28. Les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels les lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire exercent ces pouvoirs dans les conditions et dans les limites fixées par ces lois".

8 - In op. cit. cote 2, chap. V "Libéralisme ou dirigisme", p. 209-249.

9 - In op. cit. cote 2, p. 240-241.

10 - Op. cit. cote 6.

11 - WIEWORKA (M.), L'Etat, le patronat et les consommateurs, Paris, P.U.F., 1977.

12 - SAINT-JOURS (Y.), Le droit pénal de la sécurité sociale, Paris, P.U.F., 1973.

13 - VACARIE (I.), "Le droit pénal dans la prévention des accidents du travail", Accidents du Travail, L.G.D.J., 1982, p. 451-503.

14 - LASCOUMES (P.), "Les poursuites en matière fiscales : du contrôle administratif à la sanction pénale", Gazette du Palais, n° 19/20, 19 et 20 janvier 1983.

15 - GAVALDA (C.), "Pouvoirs répressifs en cas de délits d'entente", J.C.P., 1980, 2988.

16 - DELMAS-MARTY (M.), Criminalité des affaires et marché commun, Paris, Economica, 1982.

17 - DELMAS-MARTY (M.), "Droit pénal et protection de l'environnement", Environmental policy and law, 1976, II, n° 4, p. 161-167.
CHARBONNEAU (S.), "L'Etat, le droit et l'environnement", Esprit, 1976, n° 10, p. 392.

18 - LASCOUMES (P.), "Du principe de légalité au principe d'opportunité, analyse des formes du droit pénal administratif", réponse à l'appel d'offres 1983 du Commissariat au Plan.

19 - "Le droit pénal éclaté" in Actes, n° 29, 1980, p. 2-15 et in op. cit. 14.
LASCOUMES (P.), "Sanction des fautes ou gestion des illégalismes : l'hétérogénéisation du droit pénal", Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques, 1983, n° 10, p. 125-156.

./...

20 - SERVERIN (E.), BARBERGER (C.), La criminalité des accidents du travail dans le ressort de la cour d'appel de Lyon. Rapport ronéoté, I.E.J. Lyon III, 1979.

21 - ARNAUD (A.J.), Critique de la raison juridique, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 319.

22 - a) BELLEY (J.G.), "Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit", Recherches sociographiques, XXIV, n° 2, 1983, p. 274-275.

b) SERVERIN (E.), "Formes d'application du droit dans le traitement des conflits", C.E.R.C.R.I.D., Saint Etienne, 1984.

23 - a) DELMAS-MARTY (M.), Droit pénal des affaires, "Les infractions", Paris, P.U.F., 1981, p. 49-58.

b) "L'inflation pénale", VI Congrès de l'association française de droit pénal, Montpellier, 1983.

24 - Op. cit. cote 2, p. 243.

25 - CARBONNIER (J.), "L'inflation des lois", Revue de sciences morales et politiques, 1982, n° 4, p. 687 et 1.

26 - HENRY (J.P.), "Vers la fin de l'état de droit ?", R.D.P., 1977, p. 1208-1235.
DELMAS-MARTY (M.), cote 23 b.
LOSCHAK (D.), "Le principe de légalité, mythe et mystification", A.J.D.A., 1981, p. 387.

27 - MIAILLE (M.), "Norme et règle de droit", Justice n° 1977, p. 3-5.

28 - Op. cit. cote 5, p. 186-187.

29 - POLLAK (M.), "La régulation technologique : le difficile mariage entre le droit et la technologie", R.F.S.P., XXXII, n° 2, 1982, p. 165-184.

./...

30 - CHARBONNEAU (S.), "Norme juridique et norme technique", Archives de philosophie du droit, T. 28, 1983, p. 283-291.

31 - CHAUVEAU (A.), HELIE (F.), Théorie du Code Pénal, Mardral et Billard, Paris, 1835, T. I, p. 20-38.

32 - Cf. discussion de ces points in BARBERGER (C.), op. cit. cote 6, p. 195 et suiv.
DURAND (A.), "La décadence de la loi dans la constitution de la V° république", J.C.P., 1959, I, p. 1470.

33 - Dès 1897 HAURIOU attirait l'attention sur le fait qu'une contravention n'est qu'un délit objectif à un règlement de police. Il ne relève pas de l'ordre juridique et moral et l'on a tort d'y voir une infraction pénale. Cf. sa note sur les contraventions de grande voirie C.E., 8 mai 1896, Sirey, 1897, 3, 113.
DECOQ (A.), Droit pénal général, Paris, A. Colin, 1976, p. 103.

34 - RIPERT (G.), "L'ordre public économique", Etudes GENY, Paris, L.G.D.J., 1927 et op. cit. cote 2, p. 236-240.
DELMAS-MARTY (M.), op. cit. cote 23 a.
TIEDEMANN (K.), "Commentaire sur conception et principes du droit pénal économique et des affaires", R.I.D.P., n° 1-2, 1983, p. 33-40.

35 - FARJAT (G.), Droit économique, Paris, P.U.F., 1971.

36 - DELMAS-MARTY (M.), "Criminalisation et infraction financière", R.S.C., 1977, p. 509 et op. cit. cote 23 b.

37 - Op. cit. cote 2, p. 243-244.

38 - AMZAZI (M.), Etude du principe de la légalité de la répression en droit pénal économique, Paris, Thèse, 1978.

39 - LARGUIER (J.), "Mort et transfiguration du droit pénal", Hommage à Marc Ancel, Paris, Pedone, 1975, p. 147 et s.

./...

40 - ROTH (R.), "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", Revue de droit administratif et de droit fiscal, n° 5 et n° 6, 1981, p. 285-320, p. 380-395.
et "Réflexions sur la place du droit pénal fiscal au sein de la législation pénale accessoire", Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, T. 52, n° 10, 1984, p. 529-552.
MATTES (H.), "La réforme des infractions réglementaires en R.F.A.", R.I.D.P., n° 3-4, 1967, p. 437-481.

41 - MATTES (H.), "La réforme du droit des infractions réglementaires en R.F.A., R.I.D.P., 1967, p. 438 et s.
et in op. cit. cote 39 p. 288 et 393.

42 - Loi du 22 mars 1974 sur le "Droit pénal administratif".

43 - In op. cit. cote 23 b.

44 - Dossier "Le droit pénal éclaté", Actes n° 29, 1980, p. 2-15.

45 - Van de KERCHOVE (M.), "Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions assymétriques de la dépénalisation", Déviance et Société, V, 1981, n° 1, p. 1-24.

46 - Op. cit. cote 38.

47 - Analyse critique in BARBERGER (C.), cote 6 et ref. à MERLE (R.), VITU (A.), Traité de droit criminel, "La structure juridique de l'infraction", Ed. Cujas, 1981.

48 - DECOCQ (A.), La structure de la qualification légale, Université du Caire, 1968.

49 - DELMAS-MARTY (M.), Droit pénal des Affaires, Paris, P.U.F., 1981, p. 19.

50 - SAINT-JOURS (Y.), op. cit. cote (12), p. 18.

51 - BARBERGER (C.), Op. cit. cote (6) et "Justice pénale et administrations : le droit de la discipline des codes administratifs", Année sociologique, ss. p.

./...

52 - In op. cit. cote 6, p. 304-306.

53 - VILLEY (M.), "De l'indicatif dans le droit", Archives de philosophie du droit, XIX, 1974, p. 63-74.

54 - In op. cit. cote 6, p. 318.

55 - DURKHEIM (E.), La division du travail social, P.U.F., 1967, p. 76.

56 - FOUCAULT (M.), Surveiller et punir, Paris, Gallimard, 1975, p. 133-134.
et la volonté de savoir, 1976, p. 114-120.

57 - SERVERIN (E.), Théories et pratique de la jurisprudence, Thèse de doctorat, Université de Lyon III, 1983.

58 - BADIE (B.), BIRBAUM (P.), Sociologie de l'Etat, Grasset, 1979, p. 208.

59 - DURKHEIM (E.), op. cit. cote 54, p. 76-77 et sur la controverse avec TARDE, cf. "Crime et santé sociale", in TEXTES II, Paris, Ed. de Minuit, 1975, p. 173-180.

60 - GAROFALO (R.), La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Paris, Alcan, 1888.

61 - ARNAUD (A.J.), Analyse structurale du code civil, Paris, L.G.D.J.

62 - WEBER (M.), "Le problème de l'origine des normes juridiques : le droit coutumier", Sociologie du droit, trad. J. Grosclande, Thèse droit, Strasbourg, 1960.
GILISSEN (J.), La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Bruxelles, U.L.B., 1962.
DUFOUR (A.), "La théorie des sources du droit dans l'Ecole du droit historique", Archives de philosophie du droit, T. 27, 1982, p. 85-120.
LEBRUN (A.), La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Paris, L.G.D.J., 1932.
SERVERIN (E.), Théorie de la pratique jurisprudencielle en droit privé, "La mémoire des procès", Thèse, Lyon II, 1983, p. 44-68.

./...

63 - DURKHEIM (E.), Op. cit. cote 54, p. 49 et discussion de cette catégorisation in Van de KERCHOVE (M.), Op. cit. cote 44, p. 11-12. et BARBERGER (C.), Op. cit. cote 6, p. 511-516.

64 - a. 388 C.P. abrogé en 1981. Quiconque aura volé ou tenté de voler, dans les champs, des chevaux ou bêtes de charge, de voiture ou de monture, gros et menus bestiaux, ou des instruments d'agriculture, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende...
Il en sera de même à l'égard des vols de bois dans les ventes, et de pierres dans les carrières, ainsi qu'à l'égard du vol de poisson en étang, vivier ou réservoir.
Quiconque aura volé ou tenté de voler, dans les champs, des récoltes ou autres productions utiles de la terre, déjà détachées du sol, ou des meules de grains faisant partie de récoltes, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende...

64 bis - LEVY (Th.), Le désir de punir, Paris, Fayard, 1978, "Une liberté de propriétaire", p. 83-106.

65 - OTTLEY (R.), "Criminal liability for defective products", A.I.D.P., Nouvelles études pénales, Syracuse, 1980.
The TIMES, 16 janvier 1980 et in op. cit. cote 23 p. 37.

66 - HABERMAS (J.), Op. cit. cote 5, p. 187.
SERVERIN (E.), "Les visages du consensus : le partage des intérêts", Procès, n° 8, 1981, p. 63-89.

67 - GURVITCH (G.), Dialectique et sociologie, Flammarion, 1962, p. 26.

68 - Ibidem p. 207-213.

69 - Ibidem p. 190.

70 - DURKHEIM (E.), Op. cit. cote 54, p. 33.

71 - Ibidem p. 80.

72 - Ibidem p. 177-210.

./...

73 - Ibidem p. 182.

74 - Ibidem p. 98.

75 - Ibidem p. 86.
LASCOUMES (P.), "Sanction des fautes ou gestion des illégalismes : l'hétérogénéïsation du droit pénal, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, n° 2, 1983, 125-156.

76 - SCHWARTZ (R.D.), MILLER (J.C.), "Legal Evolution and societal complexity", Law and Society Review, LXX, 1964, p. 159-169.
BAXI (U.), "Comment Durkheim and legal evolution : some problems of disprocy", L.S.R., 1974, p. 644-651.
SCHWARTZ (R.D.), "Legal evolution and the Durkheim hypothesis - reploy to prof. BAXI", L.S.R., 1974, p. 653-668 et surtout
SPITZER (S.), "Punishment and social organization : a study of Durkheim's theory of penal evolution", L.S.R., 1975, p. 613-635.

77 - SPITZER (S.), op. cit. cote 75.

78 - DUBOW (F.), "Nation building and the imposition of criminal law", Ann. Socio. An., 1974.

79 - Op. cit. cote 5, p. 149.

80 - Op. cit. cote 6, p. 225-240.

81 - Op. cit. cote 44.

82 - LEVY (Th.), Le désir de punir, essai sur le privilège pénal, Paris, Fayard, 1979 et analyse par
DHAVERNAS (O.), "Mort de la faute, mort de la peine", Actes, Juin 1980, p. 64-66.

83 - Op. cit. cote 22 a, p. 275 et dans un sens comparable SERVERIN (E.), op. cit. cote 22 b.

84 - BOY (L.), PIROVANO (A.), "Ambiguités du droit économique", Procès, n° 7, 1981, p. 7-36.

./...

85 - BADIE (B.), BIRBAUM (P.), op. cit. cote 57, p. 196-197.

86 - NEF (J.U.), Les fondements culturels de la civilisation moderne, Paris, Payot, 1964, p. 79.

87 - LEGENDRE (P.), Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris, P.U.F., 1968.

88 - LASCOUMES (P.), PONCELAT (P.) et al., Les processus d'incrimination, C.E.S.D.I.P., recherche en cours.

Chapitre II

Introduction et Section I : le contrôle interne

---

1 - DURKHEIM (E.), De la division du travail social, Paris, P.U.F., 2° édition, 1930, p. II.

2 - Op. cit. note 1, p. II, III.

3 - GURVITCH (G.), L'idée du droit social, Paris, Sirey, 1931.

4 - DURKHEIM (E.), Les règles de la méthode sociologique, Paris, P.U.F., 1937, p. 71, note 1.

5 - COLLIER (P.), HOROWITZ (D.), Une dynastie américaine : les Rockefeller, Paris, Le Seuil, 1979.

6 - LHOMME (J.), La grande bourgeoisie au pouvoir 1830-1880, Paris, P.U.F., 1960, p. 95 et 195.

- JEANNENEY (J.N.), François de Wendel en République ; l'argent et le pouvoir 1914-1940, Paris, Seuil, 1976.

- LEFRANC (A.), "Les chemins de fer devant le Parlement français", Revue d'histoire moderne, 1930, p. 337-364.

- FERRY (J.), Les comptes fantastiques d'Haussmann, Paris, Le Temps, 1868.

7 - JEANNENEY (J.N.), L'argent caché, Paris, Fayard, 1981. Citation du patron de "Pont à Mousson" en 1921 sur la pratique des caisses noires.

8 - Expression de Tocqueville citée in op. cit. note 6-a, p. 194.

9 - EDELMAN (B.), La légalisation de la classe ouvrière, Paris, Ch. Bourgeois, 1976.

./...

10 - EWALD (F.), "Formation de la notion d'accident du travail", Sociologie du travail, 1981, n° 1, p. 3-13.

11 - RIPERT (G.), Les structures juridiques du capitalisme, Paris, L.G.D.J., 1946.

12 - LHOMME (J.), Op. cit. note 6, p. 190-191. la création des plus importants établissements financiers actuels se situe dans une période très brève de 1848 à 1864.

- GRANOUX (A.), La bourgeoisie financière au pouvoir, Paris, Maspéro, 1977, p. 13-22.

- SIMON (Cl.), Les banques, Paris, Ed. La découverte, Paris, 1984, p. 17-28.

13 - Sur l'illusion démocratique dans les sociétés anonymes cf. RIPERT (G.), Op. cit. note 11, p. 87-105.

14 - BOURDIEU (P.), "Le champ symoblique", Actes de la recherche en sciences sociales, 1976, n° 2/3, p. 88-104.

15 - LE GOFF (J.), Pour un autre Moyen-Age, "Métiers licites et illicites dans l'Occident médiéval", Paris, Gallimard, 1977, p. 91-107.

16 - Op. cit. note 15, p. 96.

17 - LE GOFF (J.), La naissance du purgatoire, Paris, Gallimard, 1981.

18 - Op. cit. note 15, p. 96.

19 - Op. cit. note 17, p. 290.

20 - Op. cit. note 15, p. 98.

./...

21 - Op. cit. note 15, p. 98.

22 - SOMBART (W.), Le bourgeois, Paris, Payot, 1966, p. 104.

23 - WEBER (M.), Ethique protestante et esprit du capitalisme, Paris, Plon, 1964.

24 - Sur la convergeance intellectuelle entre la conception calviniste du travail et de l'action et l'esprit capitaliste, Max Weber se réfère en particulier à la "Confession de Westminster" (1647).

25 - St SIMON "Le Producteur", Oeuvres complètes, tome I, p. 330, Paris, Dentu, 1868.

- PEREIRE (I.), La question des chemins de fer, Paris, Motteroy, 1899.

- PEREIRE (E. & I.), Oeuvres, Alcan, 1922.

- AUTIN (J.), Les frères Péreire, Paris, Lib. Acad. Perrin, 1984.

26 - WOLFF (J.), Les grandes oeuvres économiques, Paris, Cujas, 1982, p. 94-99 ; cf. aussi :

- SCHUMPETER (J.A.), disant "Sans l'évolution pas de profit ; sans profit pas d'évolution". Le profit est pour lui le premier résultat de l'innovation, Théorie de l'évolution économique, Paris, Dalloz, 1935, chap. IV.

- LEBRAT (J.), Profit, décision et incertitude , Paris, Cujas, 1982.

- PERROUX (F.), Le problème du profit, Paris, Biard, 1925.

./...

27 - KNIGHT (F.H.), The Ethics of competition, N.Y., Books for libraries pren, 1935.

- GILBERT (Ch.), KNOSS (H.E.), American business history, Prentice Hall., 1972.

28 - HAYEK (F.A.), The constitution of liberty, Chicago, Chicaco Univerty Press, 1960.

- FRIEDMAN (M.), Capitalism and Freedoom, University of Chicago Press, 1962.

- SIMON (W.E.), L'heure de la vérité ; halte aux dépenses publiques, Paris, Economica, 1981.

- SORMAN (G.), L'Etat minimum, Paris, A. Michel, 1985.

D'autres formulations contemporaines rationnalisent différemment le profit, en le banalisant et le réduisant seulement à une des dimensions des stratégies industrielles des grandes firmes. S'il était auparavant présenté comme l'objectif majeur de l'entreprise, il tend aujourd'hui à être analysé comme un instrument de gestion à long terme de l'entreprise.

29 - BOURDIEU (P.), De SAINT MARTIN (M.), "Le patronat", Actes de la recherche en sciences sociales, n° 20/21, 1978, p. 35.

30 - Op. cit. note 29, p.35.

31 - Op. cit. note 29, p. 76-77.

32 - SERVERIN (E.), De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique, Lyon, P.U.L., 1985, p. 306-313.

33 - CUTY (O.), "Le paradigme de négociation", Sociologie du travail, n° 2, 1977, p. 157-175.

./...

34 - LASCOUMES (P.), ZANDER (H.), Marx : du vol de bois à la critique du droit, "Marx critique de l'antagonisme société civile-état", Paris, P.U.F., 1984, p. 256-275.

35 - HABERMAS (J.), L'espace public, Paris, Payot, 1978.

36 - SERVERIN (E.), La conciliation et les actes non-juridictionnels de règlement des conflits, Saint Etienne, C.E.R.C.R.I.D., 1985.

37 - De SOUSA-SANTOS (B.), "Une justice informelle et/ou technocratique. Les transformations récentes dans la nature du pouvoir de l'Etat dans les pays capitalistes avoués", Etre juge demain, Lille, P.U.L., 1983.

- VERIN (J.), "Le règlement extra-judiciaire des litiges", Rev. Sc. Crim., 1982, p. 171-183.

38 - FOURNEL (M.), "Discours préliminaire", Code de Commerce, Paris, Stoupe, 1807, p. XIII-XIV.

39 - LE GOFF (J.), "Métiers licites et métiers illicites", Pour un autre Moyen-Age, Paris, P.U.F., 1977, p. 98.

40 - DUBY (G.), La société au XI° et XII° siècle dans la région macônnaise, P.U.F., 1958, p. 196.

- OURLIAC (P.), Histoire du droit privé, P.U.F., 1956, p. 47-49.

41 - WEBER (M.), Sociologie du travail, trad. J. Grosclaude, thèse droit, Strasbourg, 1960, p. 205-212.

42 - HILAIRE (J.), "Ordre juridique interne et droit transnational" in SAYAG (A.), Quel droit des affaires pour demain ?, Paris, Litec, p. 141-147.

./...

43 - HULSMAN (L.), BERNAT de CELIS (J.), Peines perdues, Paris, Le Centurion, 1982.

44 - GAVALDA (Ch.), "Le secret des affaires", Mélanges R. Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p. 291-316.

45 - GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), Droit de la banque, Paris, P.U.F., 1974, "Les banques d'affaires", p. 117-126.

- BAUER (M.), COHEN (E.), Qui gouverne les groupes industriels ?, Paris, Seuil, 1981, p. 158.

- DURAND (M.), La Bourse, Paris, La découverte, 1984, p. 66.

46 - AUTIN (J.), Les Frère Péreire, Paris, Lib. Acad. Perrin, 1984.

47 - GRANOU (A.), La bourgeoisie financière au pouvoir, Paris, Maspéro, 1977, p. III.

48 - DURAND (M.), Op. cit. note 45, p. 63-65.

49 - BAUER (M.), Op. cit. note 45, p. 38.

50 - BEZARD (P.) et al., Les groupes de sociétés, Paris, Litec, 1976, p. 64 et 156.

51 - SAYAG (A.), Op. cit. 42, p. 123-124.

52 - SAYAG (A.), Op. cit. 42, p. 124.

53 - Les condamnations en matière de chèques demeurent importantes depuis 1976 (91 298) malgré la diffusion de mesures substitutives, essentiellement appliquées par les banques : 1978 (49 378) ; 1981 (30 854) ; 1983 (61 880). Détails pour 1983 : chèques sans provision (52 204), non respect d'une interdiction d'émettre (8 182), autres infractions (1 494). La police a en 1983 enregistré 608 829 plaintes en ce domaine.

./...

54 - BOUSSEMART (B.), RABIER (J.C.), Le dossier Agache-Willot, Paris, P.F.N.S.P., 1983.

55 - BEGUIN (J.), Les procédures spéciales aux affaires, Paris, Litec, 1976.

- BOUSQUET (J.Cl.), L'entreprise et les banques, Paris, Litec, 1977.

"Nous tous, présidents de tribunaux de commerce connaissons au téléphone la voix de nombreux préfets, sous-préfets, députés, membres de cabinets ou organismes divers..." extrait de HUDIN (C.), "Intervention des pouvoirs publics et des organismies parapublics", Rev. fr. de comptabilité, Août 1976, p. 394-399.

- COUETOUX (M.), Justice et entreprises en difficulté, Paris, Doc. française, 1980, p. 162-165.

56 - SUDREAU (P.), La réforme de l'entreprise, Paris, Doc. française, 1975.

57 - BOY (L.), JEANTIN (M.) et al., Droit des faillites et restructuration du capital, Paris, P.U.F., 1982, p. 165 et s.

- COUETOUX (M.), Op. cit. note 55, p. 18-28.

58 - COUETOUX (M.), Op. cit. note 55, p. 154.

59 - COUETOUX (M.), Op. cit. note 55, p. 153.

60 - COUETOUX (M.), Op. cit. note 55, p. 152.

- BOY (L.), JEANTIN (M.), Op. cit. note 57, p. 155.

61 - SEMBELY (J.), "Il est périlleux d'être banquier en temps de crise", Le Monde, 6 novembre 1980, p. 42.

./...

62 - Cf. DALLOZ, 23/3/1977, p. 144.

63 - Op. cit. note 57, p. 147.

- Association française des banques Banques et P.M.E., Paris, A.F.B., décembre 1983.

- MARTIN (L.M.), "Où en est-on de la responsabilité du banquier ?", Le droit et la banque, nº 446, janvier 1985, p. 7-14.

64 - COSSON (J.), "Les délits en matière de banques et d'établissements financiers", Rev. Sc. Crim., 1973, nº 1, p. 1-21.

- COSSON (J.), "Que fait le gendarme ?", Les grands escrocs en affaires, Paris, Seuil, 1979, p. 257-265.

65 - La C.O.B. mit en cause en 1978, l'action d'un investisseur institutionnel bancaire comme complice d'un délit d'initié. Les poursuites contre la banque suisse "UNIG", se soldèrent par un non-lieu en 1980. Début 78, trois semaines avant l'annonce d'un dépôt de bilan, UNIG avait fait vendre 6 300 titres. La chutte ultérieure du cours fit dégager à cette opération un bénéfice de 54 300 F. Pourtant la C.O.B. qui avait déjà repéré l'intervention de cette banque dans des opérations similaires avait particulièrement soigné la réalisation de l'enquête. Les éléments constitutifs de la complicité semblaient à peu près établis ainsi que la mauvaise foi du dirigeant qui après avoir opposé le secret bancaire se déroba à deux reprises aux convocations. Malgré une commission rogatoire internationale et la saisie de documents, l'information déboucha sur un non-lieu en raison de la protection particulière du secret bancaire suisse. La réalisation d'une inculpation aurait exigé la

./...

réunion des conditions suivantes : une double incrimination (la même dans les deux pays), une infraction fiscale ou douanière (et pas seulement financière), et une appréciation commune d'opportunité ("qu'aucun intérêt ne s'oppose à ce que les faits qui ressortent du dossier ne soient pas divulgués"). Réaliser la quadrature du cercle semble, en comparaison, jeu d'endant.

- LASCOUMES (P.), "La C.O.B., entre magistrature économique et gestion du droit des affaires", Déviance et Société, 1985, vol. 9, n° 1, p. 1-30.

66 - STOUFFLET (J.M.), Semaine juridique, 1969, II, 16124.

67 - SERVERIN (E.), De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique, Lyon, P.U.L., 1985.

68 - BERTRAND (E.), L'arbitrage en droit privé, Paris, Documentation Française, 1979.

69 - OPPETIT (B.), "Eléments pour une sociologie de l'arbitrage", Année Sociologique, XXVII, 1976, p. 1979.

70 - LOQUIN (E.), L'amiable composition en droit comparé et international, Paris, Litec, 1980, p. 7.

71 - Op. cit. note 70, p. 18.

72 - DAVID (R.), "Arbitrage du XIX° et arbitrage du XX° siècle", Mélanges R. Savatier, Paris, Dalloz, 1965,p. 219-233.

- VINCENT (J.) et al., La justice et ses institutions, Dalloz, 1982, p. 33-50.

- SERVERIN (E.), Op. cit. note 36.

./...

73 - ARNAUD (A.J.), Critique de la raison juridique, Paris, L.G.D.J., 1983.

74 - Arrêt du 10 juillet 1843, Sirey, 1843, 1, 561.

75 - Loi du 17 juillet 1956.

76 - SAYAG (A.), Quel droit des affaires pour demain ?, Paris, Litec, 1984, p. 24.

77 - SAVARY (J.), Le parfait négociant, Paris, Frère Estienne, 1757.

78 - LAFON (J.), "L'arbitre près de la juridiction consulaire de Paris au XVIII° siècle", R.H.D., 1973, p. 217.

79 - DAVID (R.), Op. cit. note 72, p. 221.

80 - BERTRAND (E.), Op. cit. note 68.

81 - In op. cit. note 68, p. 58-61.

82 - In op. cit. note 70, p. 182-190.

83 - In op. cit. note 70, p. 188.

84 - DE BOISSEON (M.), Le droit français de l'arbitrage, Paris, Joly, 1983, p. 9.

85 - Op. cit. note 44.

86 - Op. cit. note 70, p. 370-373.
MOTULSKY (H.), Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz, 1964, p. 28-30.

./...

87 - Op. cit. note 70 , p. 303.
CARBONNIER (J.), Flexible droit, Paris, L.G.D.J. 1976, p. 23.

88 - Op. cit. note 70, p. 192.

89 - Op. cit. note 70, p. 307.

KAHN (Ph.), "Lex mercatoria et contrats internationaux", Le contrat économique international, Paris, Litec, 1961.

- GOLDMAN (P.), "Frontières du droit et lex mercatoria", Archives de philosophie du droit, 1964, p. 177.

90 - Op. cit. note 70, p.307.

91 - MOTULSKY (H.), "L'évolution récente en matière d'arbitrage international", in op. cit. note 86, p. 295.

92 - LANGEN (M.), Transnational Commercial Law, Leiden, 1973.

"Les principes généraux d'interprétation des contrats sont communs aux principaux systèmes juridiques des nations civilisées... La question de la loi applicable n'a seulement qu'un intérêt théorique lorsque les différents systèmes invoqués coïncident matériellement et donnent substantiellement la même réponse aux différentes questions.
C.C.I. Affaire 1512, 24 février 1971.

93 - WEBER (M.), Sociologie du droit (trad. Grosclaude) op. cit. note 41.

./...

94 - MASPETIOL (R.), "Le dépassement de l'Etat par la société civile internationale", Archives de philosophie du droit, n° 17, p. 319-336.

- GOLDMAN (B.) et al., L'entreprise multinationale face au droit, Paris, Litec, 1977.

- Op. cit. note 41.

95 - KAHN (Ph.), "L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi", L'hypothèse du non-droit, Faculté de droit de Liège, 1977.

96 - Op. cit. note 70.

97 - ATTALI (J.) et al., L'opinion européenne face aux multinationales, C.E.I.M., Bruxelles, 1977.

- DUBOIS (J.P.), RAMADIER (P.), "Le nouvel ordre mondial", Les Transnationales, Politique Hebdo, nº 1, 1975, 3-24.

98 - BOURDIEU (P.), "Le patronat", Actes de la recherche en sciences sociales, nº 20, 1978, 35.

99 - VERDIER (B.), "les entreprises multinationales et la théorie des relations économiques internationales" in L'entreprise multinationale face au droit, Paris, Litec, 1977.

100 - THUAN (C.H.), "Essai de synthèse sur les travaux des Nations-Unies", Sociétés transnationales et droits de l'Homme, Paris, P.U.F., 1984, 90-92.

101 - Selon les estimations de l'O.N.U., d'ici la fin du XXº siècle 300 entreprises transnationales controleront 90 % du marché mondial. I.B.M. est déjà présent dans 90 pays et les grands trusts pétroliens dans 60 pays en moyenne.

102 - Sur les 100 plus grandes organisations économiques mondiales, on trouve 49 Etats et 41 sociétés commerciales. General Motors (1ère S.T.) a un chiffre d'affaires égal au P.N.B. Belge et supérieur à celui de la Suisse.

103 - Les 10 plus importantes S.T. emploient, à elles seules près de 4 milliards de salariés. Leur main d'oeuvre se situe massivement hors de leur pays d'origine, Nestlé : 96 %, Hoffman la Roche : 83 %, Philipps et I.T.T. : 73 %, Unilever, Shell et U.S. Steel : 70 % etc...

./...

104 - LEBEN (Ch.) et al., L'entreprise multinationale face au droit, Paris, Litec, 1977, p. 44 et s.

105 - BEDJAOUI (M.), Pour un nouvel ordre économique mondial, U.N.E.S.C.O., 1978, p. 20 et op. cit. cote 100, 55-68.

106 - In op. cit. cote 104, p. 44 et s.

107 - I.T.T. reçut après la guerre 26 millions de dollars pour les dommages causés par les bombardements U.S., à ses avoirs dans la Ruhr.

108 - On peut aussi citer le conflit ayant opposé la société "Freuhof-France" à la maison mère du groupe à propos d'un contrat commercial avec la Chine que cette dernière entendait boycotter conformément à la politique américaine des années soixante.

- Cf. également BOUDAREL (G.) et al. "Banque mondiale et impérialisme" in op. cit. cote 97. En particulier son rôle dans la chutte de Mossadegh en Iran (1951) et d'Allende au Chili (1973).

109 - Pacte Andin : accord de pays d'Amérique Latine pour règlementer les conditions d'investissements des S.T. cf. OLIVER (C.T.), "The Andrean Foreign Investment Code", Amer. Jour. of int. law, nº 5, oct. 1972, 763-764 et in op. cit. cote 100, p. 83. Sur la multinationalisation des règlementations bancaires cf. RUFFINI (P.B.), Les banques multinationales, I.B.M., Université de Rouen, 1979.

110 - DELMAS-MARTY (M.), TIEDEMANN (Y.), "La criminalité, le droit pénal et les multinationales", La Semaine Juridique, 1979, nº 12900.

./...

- BRAITHWAITE (J.), "Transnational corporations and corruption", Int. Jour. of the sociology of law, 1979, n° 2, 125-142.

Dans l'affaire LOCKEED, on a pu prouver les versements de 7 millions de dollars au Japon et de 2 en Italie.

111 - Op. cit. cote 110, p. 4.

112 - Sur les activités d'I.T.T. en particulier au Chili, cf. SAMPSON (A.), I.T.T. Etat souverain, A. Moreau, 1977.

113 - Op. cit. cote 110, p. 10-14.

114 - Sur les fausses déclarations de valeur, cf. la condamnation de la société Nergico-France, Dijon, Trib. Correc. 12/7/1977.

115 - Cf. la condamnation de Promatex-France, Lyon Trib. Corr. 20/11/64 et plus largement DELMAS-MARTY (M.) et al., Criminalité des affaires et marché commun, Paris, Economica, 1982.

116 - Comité des affaires fiscales, Prix de transfert et entreprises multinationales, Paris, O.C.D.E., 1979.

117 - Op. cit. cote 110, p. 6-10, et cote 104, p. 344 et s.

118 - Cf. décision de la Cour de Justice de la C.E.E. dans l'affaire "Continental Cass", C.J.C.E. 21/2/1973, 1973, 215.

119 - Conflit résultant de l'échec de la prise de contrôle par la S.T., C.S.C. d'une société italienne ZOJA. La C.S.C. ordonna à ses filiales de ne plus livrer à ZOJA un produit chimique indispensable à sa production et dont C.S.C. avait le monopole de fabrication. C.I.C.E. 06/03/1974, Ree 74, 223.

./...

120 - Condamnation de Hoffman la Roche à 300 000 U.C. pour entrave à la concurrence. I.O.C.E. nº L. 223, 16/08/1976.

- Condamnation de U.B.C. à 850 000 U.C. I.O.C.E. nº L 95, 09/03/1976.
- Condamnation de General Motors Continental à 100 000 M.C. en décembre 74, annulée par la Cour de Justice le 15/11/1975 : G.M.C. ayant modifié ses pratiques discriminatoires avant l'introduction de l'instance.

121 - DRAI (R.), in op. cit. cote 100, p. 26-27 et BROOKS (M.) et REMMERS (H.C.), La stratégie de l'entreprise multinationale, Sirey, 1973.

122 - Dans l'affaire C.S.C./Zoja la Cour de Justice de la C.E.E. considéra C.S.C. et ses filiales comme une seule unité juridique, op. cit. cote 119.

123 - RIPERT (G.), Les structures juridiques du capitalisme, Paris, L.G.D.J., 1946.

124 - LYON-CAEN (A.), "Les manifestations juridiques du contrôle multinational", in op. cit. cote 99, p. 80 et s.

- BEZARD (P.) et al., Les groupes de société, Litec, 1976.
- TARDIEU-NAUDET, "Pour une règlementation des groupes de société", Le Monde, 1/08/1984, p. 2.

125 - LAZARUS (Cl.), "L'organisation des Nations-Unies et les entreprises multinationales", in op. cit. cote 104, p. 407-423.

126 - KANT (E.), "La resipiscence c'est en effet l'abandon du mal et l'entrée dans le bien ; on dépouille le vieil homme et l'on revêt un nouveau puisque le sujet meurt au péché pour vivre selon la Justice", in La religion dans les limites de la simple raison.

./...

127 - THUAN (C.H.), "Structure de commercialisation et droit à la santé", in op. cit. cote 100, p. 71-80.

- ZIEGLER (J.), Une suisse au-dessus de tout soupçon, Paris, Seuil, 1976.

128 - BOURDIEU (P.), Op. cit. cote 97.

129 - CRESSEY (D.R.), MOORE (C.A.), Corporation Codes of Ethical Conduct, New-York, Peat Marwick, Mitchell Fondation, february 1, 1980.

- DELORD-RAYNAL (Y.), "Les Codes de conduite", Séminaire international sur la criminalité d'affaire de Syracuse, 24-29 septembre 1980, R.I.D.P., 1981, 1, 89-95.

130 - LIOTARD-VOGT (P.), "Il n'y a pas de sociétés multinationales", Revue éco. et so., Août 1977, p. 107.

131 - WEBER (M.), Sociologie du droit, "Le problème de l'origine des normes juridiques : le droit coutumier" trad. GROSCLAUDE (J.), Th. droit, Strasbourg, 1960, 165-170.

132 - SHAPIRO (S.P.), Waymard Capitalists, Targets of the securities and exchange commission, Yale Univ. Press, 1984. La S.E.C. est en plus grand, l'homologue et le grand ancêtre de la C.O.B.

133 - LASCOUMES (P.), "La C.O.B. entre magistrature économique et gestion du droit des affaires", Déviance et Société, n° 1, 1985.

134 - Op. cit. cote 132, chap. 6, p. 135-166.

135 - Dans l'affaire BADGER, une série de pressions politiques et syndicales conduisirent cette S.T. américaine à se conformer à l'article 6 du Code de conduite de l'O.C.D.E. BLANPAIN (K.), The Badger case and the O.C.D.E. guidelines for multinational entreprises, ed. KLUWER, Amsterdam, 1977 et in op. cit. cote 110, p. 18.

./...

136 - GHANADIAN (M.), "Les syndicats et les multinationales", Rev. éco. et soc., Août 1977, p. 115.

Section II : Instance de contrôle : le contrôle greffé

1 - LASCOUMES (P.) sur l'analyse de ces différentes instances de contrôle, cf Les hommes d'affaires ont-ils peur des réverbères ou la gestion discrète des illégalismes d'affaires, Paris, Le Centurion, 1985.

2 - Cf. les rapports annuels de la Commission des opérations de bourse.
VENE (A.), La lutte du pouvoir et de l'argent dans les sociétés par actions, Paris, Ed. de l'Organisation, 1972, p.181 et s.

La pléthore des sociétés commerciales exigeant le recours à un commissaire aux comptes (plus de 90.000 sociétés pour 8.000 commissaires) va, entre autres, à l'encontre d'une exigence de qualité dans les contrôles. La situation est sur ce point fort différente en Allemagne.

3 - SIGAUT (J.), Allocution au 1er Congrès national des commissaires aux comptes, Versailles, 1978, p.36-37.

4 - . Loi du 17 juillet 1856 instituant une vérification des apports et un contrôle permanent de la gestion par un conseil de surveillance.

. Loi du 23 mai 1863 adaptant à la législation française le système anglais des "inspectors", créant les C.a.C. mais en en faisant de simples informateurs, le contrôle "devant être exercé principalement par les actionnaires".

. Loi du 24 juillet 1867 créant la société anonyme sur la base du contrat. L'assemblée générale des actionnaires, les co-contractants, est censée avoir tout pouvoir. Le C.a.C. n'agit que par délégation.

. Décrets-lois des 8 août 1935 et 31 août 1937 marquant le passage essentiel d'une fonction de mandataire à une fonction institutionnelle : constitution d'une liste de C.a.C. agréés, double mouvement d'extension et de spécification des contrôles.

./...

. Loi du 24 juillet 1966 accentuant l'évolution précédente.

5 - CONTIN (R.), Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, Paris, Litec, 1975, p.35-37.

6 - SIGAUT (J.), op.cit. cote 3, p.20.

7 - ibid. p.37.

8 - CAUDRON (J.), Allocution du vice-président du Conseil National in op.cit. cote 3, p.15.

9 - a. 20 loi de 1966 et propositions du Conseil National de 1973 qui craint que de telles pratiques de cumul ne "conduisent à des mesures telle la nomination du commissaire par autorité de justice, ce qui serait fatal pour la profession libérale".

10 - op.cit. cote 3, p.30.

11 - Commission des opérations de bourse Rapport pour l'année 1978, Documentation Française, 1979, p.52.

12 - LASCOUMES (P.), "La place du pénal dans les stratégies de régulation administrative", Le pénal en lère ligne ou dernier ressort, Paris, C.E.S.D.I.P., 1984, p.222-401.

13 - . Sur l'irritation de la C.O.B. en cette matière, cf. son rapport pour l'année 1973, p.138.
. Nombre de poursuites pénales pour non révélation, 76 : 2, 77 : 3, 78 : 3, 79 : 3, 80 : 0. Dans l'ensemble et malgré le soutien de la Chancellerie, les parquets ont souvent traîné les pieds dans ce type de poursuites (très longues instructions, valse-hésitation pour la décision de renvoi en correctionnelle, octroi de circonstances atténuantes, absence de poursuites disciplinaires, etc...).

./...

14 - Extrait de la circulaire du 13.02.1978 :

"Le peu de révélations dénombrées au cours des deux dernières années laisse à penser que les dispositions légales ne sont pas toujours appliquées de façon satisfaisante. Cette situation paraît résulter d'une absence de coordination entre les Parquets et les commissaires aux comptes ainsi que d'une certaine méconnaissance de leur rôle respectif.

L'importance que revêt ce système de contrôle des sociétés commerciales - qui constitue un élément essentiel de lutte contre la délinquance financière - conduit donc, conformément d'ailleurs aux recommandations du Comité d'Etudes sur la Violence, la Criminalité et la Délinquance, à développer, entre le Ministère public et les commissaires aux comptes, des relations et une coopération indispensables à une application efficace de la loi du 24 juillet 1966."

15 - Réaction du C.N.P.F. " La circulaire incriminée tend à porter sur le plan pénal des faits qui ne sont que contraventionnels. Cette impression est renforcée lorsque la circulaire insiste ici sur les notions de "délinquance financière" et de "violence économique". ... Le législateur souhaite faire prendre aux Commissaires aux comptes une position d'auxiliaire en matière pénale comme si toutes les sociétés n'avaient d'autre but que la fraude, la dissimulation et la négligence".

16 - BLANC (M.) in "Audience solennelle de rentrée du tribunal de Grande Instance de Créteil". Gazette du Palais, 23-24 février 1983, p.5-7.

17 - SORGUES (M.), Intervention à l'Assemblée annuelle des commissaires aux comptes de la compagnie de Lyon, 14 fév.1975, ronéo.

18 - Un conflit symptomatique opposa la C.O.B. au plus gros des cabinets anglo-saxon (PRICE) au début des années 70. Au moment

./...

de l'inscription à la cote de la filiale d'une société anglaise, PRICE repris sans contrôle une révision comptable effectuée quelques mois plus tôt en Grande-Bretagne. Malheureusement cette "révision" comportait de graves lacunes et dissimulations

La société concernée fit faillite trois mois plus tard. La C.O.B. mit alors le Cabinet PRICE à l'index du marché comptable, refusant durant huit mois de prendre en considération tout compte certifié par ce cabinet.
Cf. Rapport C.O.B. pour 1976, pp.59-60.

19 - LASCOUMES (P.), "La C.O.B. : entre magistrature économique et gestion du droit des affaires", Déviance et Société, n°1, 1985, p.3-39.

20 - Cf. par exemple "Changements de méthodes comptables et sincérité des comptes", Bulletin C.O.B., n°120, novembre 1979, p.34.

21 - in op. cit. cote 3, p.37.

./...

## Section III : 3° instance de contrôle : les régulations administratives

### Sous-section I : Le contrôle administratif

1 - BARBERGER (C.), De la criminalité apparente, Thèse, Lyon III, 1980, p. 156-163.

2 - LASCOUMES (P.), BARBERGER (C.), Du principe de légalité au principe d'opportunité : l'analyse des formes du droit pénal administratif, Paris, Commissariat au Plan, 1986.

3 - Cf. I° partie, critique des travaux menés en termes d'ineffectivité.

4 - LASCOUMES (P.), VERNEUIL (D.), Délit pénal et/ou délit fiscal ?, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

- LASCOUMES (P.), "Les poursuites en matière fiscale : du contrôle administratif à la sanction pénale", Gazette du Palais, n° 19.20, 19 et 20 janvier 1983.

- LAMBERT (Th.), La vérification fiscale personnelle, Paris, Economica, 1984

et "Désuétude de loi fiscale, dérives de la pratique administrative", Actes, n° 52, 1985.

5 - DE GUARDIA (Ch.), "Changes et transactions administratives avec l'administration des douanes", Gazette du Palais, 23-25 septembre 1984.

- GOBEAU (G.), "Code des douanes : rigueur juridique ou laxisme administratif ?", Actes, n° 52, 1985.

6 - LASCOUMES (P.), "Contentieux en matière de recouvrement des cotisations de sécurité sociale" in Le pénal en première ligne ou dernier ressort, Paris, C.E.S.D.I.P., 1984, ronéo, p. 278-327.

./...

7 - LASCOUMES (P.), "Contentieux en matière de protection de l'Environnement" in op. cit. note 6.

- LASCOUMES (P.) et al., Administrer les pollutions et nuisances, Paris, Ministère de l'Environnement, 1985.

8 - DHOQUOIS (R.), "Idéologie conciliatrice et répression des réfractaires dans l'Inspection du travail", Actes, n° 15, 1977, p. 14-18.

- PONSAERS (P.), DE CUYPER (R.), "L'Inspection du travail : mission de l'autorité ou affaire privée ?", Déviance et Société, 1978, V, n° 4, p. 347-370.

- VACARIE (I.), "Le droit pénal dans la prévention des accidents du travail", Accidents du travail, L.G.D.J., 1982, p. 451-503.

9 - Cf. op. cit. note 7.

10 - GAVALDA (C.), "Pouvoirs répressifs en cas de délits d'entente", J.C.P., 1980, 2988.

- Etudes suisses de droit européen, L'avant projet de loi fédérale sur les opérations d'initiés, Genève, Georg, 1984.

- SELINSKY (V.), "La commission de la concurrence : bilan provisoire des travaux", J.C.P. (C.I.), 1985, n° 14221, p. 107-111.

- LASCOUMES (P.), "La C.O.B. : entre magistrature économique et gestion du droit des affaires", Déviance et Société, 1985, vol. 9, n° 11, p. 1-30.

- LASCOUMES (P.), "Les commissions techniques et leur gestion technocratique du droit économique", Actes, 1985, n° 51.

./...

- JEANTIN (M.), PAGES (J.), "CODEFI, CORRI, CIRI et réforme de la faillite à l'heure de la décentralisation", Actes, n° 51, 1985.

11 - Cf. infra II° partie : "Le contrôle interne", la régulation bancaire.

---

Sous-section II : La C.O.B.

---

1 - YOUNG (T.R.), "Corporate Crime : a critique of the Clinard Report", Contemorary crises, 1981, V, p. 323-336.

- LASCOUMES (P.), "Données de base et base de données en matière de délinquance des affaires", R.D.P.C., 1980, n° 12, p. 995-1023.

2 - Dans un autre travail nous avons tenté de définir ce que serait "l'éthique des affaires". La rationalisation de la notion de profit nous a semblé une notion centrale en ce domaine. La légitimité du profit, formulée d'abord au plan moral, s'est de plus en plus exprimée au plan des techniques économiques. Le profit productif s'oppose alors au profit égoïste et parasitaire. in "Les hommes d'affaires ont-ils peur des réverbères ?", Paris, Le Centurion, 1985, s.p.

3 - Van de KERCHOVE (M.), "Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions assymétriques de la dépénalisation", Déviance et Société, V, 1981, n° 1, p. 1-24.

- ROTH (R.), "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", Revue genevoise de droit public, n° 5 et 6, 1981, pp. 285-320 et pp. 381-395.

- DELMAS-MARTY (M.), "L'inflation pénale", VI° Congrès de l'Association Française de droit pénal, Montpellier, 1983.

- LASCOUMES (P.), "Sanction des fautes ou gestion des illégalismes : l'hétérogénéisation du droit pénal", Revue interdisciplinaire d'études juridiques, n° 2, 1983, 125-156.

./...

4 - a) BARBERGER (C.), De la criminalité apparente, Université de Lyon III, thèse de doctorat 1981.

b) BARBERGER (C.), "Justice pénale et administrations : le droit de la discipline des codes administratifs", Année sociologique, s.p.

c) SERVERIN (E.) et BARBERGER (C.), La criminalité des accidents du travail dans le ressort de la cour d'appel de Lyon - Rapport réonoté, I.E.J., Lyon III, 1979.

d) SERVERIN (E.), La mise en oeuvre de l'obligation alimentaire familiale, Lyon III, I.E.J., 1983.

e) LASCOUMES (P.), "Droit pénal répressif et/ou restitutif : la place du pénal dans les régulations administratives", Le pénal en premier ou dernier ressort, Paris, C.E.S.D.I.P., 1983.

5 - a. 40 C.P. Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

6 - A paraître in op. cit. cote 2;

7 - La C.O.B. n'a jusqu'ici donné lieu qu'à des travaux d'analyse juridique, parmi lesquels on retiendra :

- VASSEUR (M.), "La C.O.B." les marchés financiers, 1969, nº 271, p. 83-93.

- TENDRON (R.), "La C.O.B., un pouvoir qui grandit", La vie française, l'opinion, 8 décembre 1975, p. 7.

- GUYON (Y.), "Le rôle de la C.O.B. dans l'évolution du droit des sociétés commerciales", Rev. Trim. de droit commercial, 1975, nº 3, p. 447-467.

- LEVEL (P.), "La C.O.B. et la vie des sociétés, J.C.P., Etudes et commentaires, nº 12350, 1977, p. 81-90.

./...

Sur l'institution mère américaine "Security and exchange commission" (S.E.C.)

- TUNC (A.), "Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux U.S.A.", Rev. Trim. de droit commercial, 1952, p. 255-509.
- HEURTEUX (C.), L'information des actionnaires et épargnants, Thèse droit, Grenoble, 1971.
- C.E.E., rapport SEGRE, Strasbourg, novembre 1966, chap. 11.
- SHAPIRO (S.P.), Wayward Capitalists : target of the Securities and Exchange Commission, Yale, Yale Studies, 1984.

8 - Elle dispose de moins de pouvoirs que les commissions des infractions fiscales, de contrôle des banques, et de la concurrence. En ce domaine elle se situerait, formellement, au niveau, essentiellement recommandatoire de la commission de l'usure.

9 - JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), Actes du colloque sur la magistrature économique, Leuven, Oyez, 1976.

10 - SERRET (J.J.), La C.O.B., Groupe de recherche critique sur le droit, Saint Etienne, 1983. Il analyse particulièrement la fonction décisionnelle de la C.O.B. telle qu'elle est définie par les textes.

11 - LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), "L'effectivité en sociologie juridique, une question de mesure", in op. cit. cote 4 d).

12 - Déclaration de M. Donnedieu de Vabres, président de la C.O.B. - Le Monde, 10 mai 1978, p. 39.

13 - TCHERNOFF (I.), Traité de droit pénal financier, Paris, Dalloz, 1931, p. 38-53.

14 - RIVIERE (H.F.), Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, Paris, Marescq, 1868, p. 544.

15 - In op. cit. cote 13, p. 50.

16 - HERZOG (J.B.), "Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit des sociétés", Dalloz, 1966, XVIII, Chronique, p. 91-94.

17 - In op. cit. cote 16, p. 91.

18 - Cf. par exemple "Changements de méthodes compables et sincérité des comptes", Bulletin C.O.B., n° 120, novembre 1979, p. 34.

19 - CHAMPAUD (Ch.), Le droit des affaires, Paris, P.U.F., 1981, p. 125-127.

- SAYAG (A.) et al, "Esquiver la fiscalité", Quel droit des affaires pour demain ?, Paris, LITEC, 1984, p. 204-209.

./...

20 - Cf. Bulletin C.O.B., n° 123, février 1980, p. 3-4.

21 - On retrouve les mêmes problèmes de relation d'interface que par exemple en matière fiscale. LASCOUMES (P.), Délit pénal et/ou délit fiscal, Paris, S.E.P.C., 1981.

22 - BURGARD (J.J.), "La C.O.B.", Marchés financiers, n° 311, octobre 1972, p. 863.

23 - Ibidem p. 863.

24 - Recommandation de la Commission des communautés européennes en date du 25 juillet 1977 relatif au Code européen de bonne conduite sur le marché des valeurs mobilières. Rapport C.O.B. pour 1977, p. 98-99.

25 - "2° marché" réservé aux entreprises de taille moyenne, offrant 10 % de leur capital en souscription publique (contre 25 % pour le "grand marché"). Ouvert en 83, 72 entreprises y figurent pour 20 milliards de FF. de capitalisation. La C.O.B. a un rôle déterminant dans le choix des entreprises pouvant y figurer et comme l'indique un directeur financier : "Pour entrer, il faut montrer ses dessous". Ceci n'étant pas du goût de tout le monde, seul le sixième des entreprises théoriquement concernées y figurent. D'où des phénomènes de sur-cote sur les titres disponibles (Ex. POCHET en 84, 7,5 millions de titres demandés pour 55 600 offerts). Libération 26 décembre 1984.

- En ce qui concerne les prises de contrôle et fusions, la C.O.B. fait connaître systématiquement ses avis et désapprobations sur les opérations cf. par exemple : Rapport C.O.B. pour 1980, p. 52-54 et Bulletin n° 132, décembre 1980 et OPA-BSN, Rapport C.O.B. pour 1969, p. 118-120 et cf. BEZARD (P.), Les groupes de sociétés, Paris, Litec, 1976, p. 55-68 et 292-296. La surveillance des groupes de sociétés est une direction dans laquelle certains auteurs ont envisagé de voir la C.O.B. développer son rôle juridictionnel.

26 - Sur le décret du 7 décembre 1976, cf. Rapport C.O.B. pour 1976, p. 54-57.

27 - GUYON (Y.) et al., La commission des opérations de bourse et les commissaires aux comptes, Paris, Economica, 1975.

- et BEZARD (P.), Op. cit. cote 25 p. 203, 289-293.

28 - BOUSSEMART (B.), RABIER (J.C.), Le dossier Agache Willot, Paris, P.F.N.S.P., 1983, p. 129-155.

29 - Rapport C.O.B. pour 1979, p. 24-25 et p. 46-49.

- Bulletin C.O.B. n° 123, février 1980.

./...

30 - B.A.L.O., Bulletin des annonces légales officielles, Rapport C.O.B. pour 1976, p. 36.

31 - Rapport C.O.B. pour 1976, p. 89.

- Rapport C.O.B. pour 1978, p. 40-41.

32 - "J.O." - Journal officiel, cf. par exemple la crainte révérencielle vis-à-vis de la C.O.B. émanant de certains responsables économiques recueillie dans l'enquête faite par SAYAG (et al.), cote 19 p. 41 et 65.

33 - HABERMAS (J.), Raison et légitimité, Paris, Payot, 1978.

34 - WITTERWULGHE (R.), "La commission bancaire : une expérience originale de magistrature économique" in JACQUEMIN (A.) et al. op. cit. cote 9, p. I.5-1, I.5-22.

- OST (F.), "Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur : trois modèles de justice", Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Bruxelles, Fac. Univ. St Louis, 1981.

- et aussi la notion de magistrature charismatique, chez CARBONNIER (J.), Flexible droit, Paris, p. 322.

35 - JEAMMAUD (A.), "Pour une réflexion sur les mutations chez des formes de droit", Procès n° 9, p.5-39.

36 - BLOCH-LAINE (F.), Pour une réforme de l'entreprise, Paris, Seuil, 1963, p. 147-158.

37 - Notons également l'adhésion très importante suscitée en apparence par la C.O.B. Nous n'avons trouvé à peu près aucun exemple de mise en cause de ses décisions et actions. On suivra donc avec intérêt le recours pour abus de pouvoir envisagé par la Compagnie diamentaire d'Anvers contre un retrait de numéro d'enregistrement. Le visa concernant une formule de placement-diamant avait été accordé sous condition de la réalisation d'un certain nombre de garanties. Celles-ci n'ont pas été fournies dans le délai imparti de six mois. Le Monde, 4/1/84, p. 16.

38 - Cf. op. cit. cote 22.

./...

Section IV : 4° instance de contrôle
L'institution judiciaire

---

1 - WEBER (M.), Sociologie du droit, 1912, traduction de J. Grosclaude, Thèse, Strasbourg, 1960.

2 - SUPIOT (A.), "Délégalisation, normalisation et droit du travail", Droit social, n° 5, mai 1984, p. 296-307.

3 - Cf. infra II° partie, chapitre I.

4 - ARANDA (G.), L'Etat piégé, Paris, Stock, 1972.

5 - SAYAG (A.), Quel droit des affaires pour demain ?, Paris, Litec, 1984, p. 24.

6 - OST (F.), "Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur : trois modèles de justice", Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Bruxelles, Université Saint-Louis, 1981, p. 1-70.

7 - CHAPOULIE (J.M.), "Sur l'analyse sociologique des groupes professionnels", Revue Française de Sociologie, XIV, 1973 n° 86, 114.

./...

- COMMAILLE (J.), "Le paramètre professionnel : les juges de la famille et la profession de juge", Familles sans justice ?, Le Centurion, 1982, p. 194-203.

8 - Cf. Première partie : "Les enjeux".

9 - ROUSSELET (M.), La magistrature sous la monarchie de Juillet, Paris, 1937, Sirey, p. 277.

10 - De VALLEE, Les manieurs d'argent, Paris, A. Lévy, 1857, p. 287.

11 - TCHERNOFF (J.), Traité de droit pénal financier, Paris, Dalloz, 1931.

- ROUSSELET (M.), PATIN (M.), Délits et sanctions dans les sociétés par actions, Paris, Sirey, 1938, p.19.

- HERZOG (J.B.), "Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit des sociétés", Sirey, 1966, Chronique, XVIII, p. 91-94.

12 - DESANTI (O.), La banquière des années folles : Marthe HANAU, Paris, Fayard, 1968, p. 192-201.

13 - BOURDIEU (P.), de SAINT-MARTIN (M.), "Le Patronat", Actes de la recherche en sciences sociales, n° 20/21, 1978,

14 - COSSON (J.), Les industriels de la fraude fiscale, Paris, Seuil, 1971 et les grands escros en affaires, Paris, Seuil, 1979.

15 - GEIS (G.), Introduction à SUTHERLAND (E.H.), White collar crime, Yale University Press, 1983, p. XVIII-XIX.

./...

16 - Syndicat de la Magistrature, Au nom du peuple français, Paris, Stock, 1975.

17 - CAM (P.), "Juges rouges et droit du travail", Actes de la recherche en sciences sociales, n° 19, janvier 1978.

18 - JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), Actes du Colloque sur la magistrature économique, Bruxelles-Leuven, Bruylant-Oyen, 1976 et "éléments structurels d'une magistrature économique", Rev. trim. droit commercial, 1977, p. 421.

19 - BLOCH-LAINE (F.), Pour une réforme de l'entreprise, Paris, Le Seuil, 1963, p. 147-158.

20 - VASSEUR (M.), "Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle", Rev. trim. Droit Civil, 1964, p. 46-48.

- SAVY (R.), "L'expérience française de magistrature économique", in op. cit. note 18, IV, 2-1, IV-2-22.

21 - BOY (L.) et al., Droit des faillites et restructuration du capital, Grenoble, P.U.G., 1982, p. 248-250 et la notion de "juge entraîneur", chez OST (F.), op. cit. note 6.

- SOUSA SANTOS (B.), "Une justice informelle et/ou technocratique", Etre juge demain, Lille, P.U.L., 1980.

22 - PERROT (M.), "Délinquance et système pénitentiaire en France au XIX° siècle", Annales, XXX, 1975, n° 1, p. 67-91.

23 - Op. cit. note 22.

./...

24 - LASCOUMES (P.), MOREAU-CAPDEVIELLE (G.), "Des finesses de citadins à la délinquance des sociétés commerciales", R.S.C., 1984, nº 4, p. 707-722.

25 - ROBERT (Ph.), FAUGERON (C.), Les forces cachées de la justice, Paris, Le Centurion, 1980.

26 - Op. cit. note 7.

27 - FAUGERON (C.), JAKUBOWICZ (P.), "Systèmes idéologiques et enjeux sociaux : les magistrats et la loi pénale", Paris, R.F.S., XXV, 4, 1984, p. 658-675.

28 - PAUTI (M.), Les magistrats de l'ordre judiciaire, Paris, E.N.A.J., 1980.

- BODIGUEL (J.L.), "Les magistrats français", Pouvoirs, nº 16, 1981, p. 31-42. Selon les enquêtes citées, la démocratisation du corps judiciaire se serait traduite par l'évolution suivante dans l'origine des recrutés entre 1960 et 1972 -classes supérieures 67 % à 56,5 %- classes moyennes : 29,5 % et 36,5 % - classes populaires : 3,5 % à 7 %. D'autre part le mode de recrutement par concours s'étant développé après 1970 cette tendance s'est semble-t-il lentement accentuée ; en 1972, l'E.N.M. fournissait 9,5 % des recrutés et 23,7 % en 1976.

29 - Op.cit. note 7. COMMAILLE, p. 196.

30 - RUESCHEMEYER (D.), "Doctors and lawyers : a commercial theory of the professions", Canadian Review of sociology, 1965, I, p. 17-30.

31 - PARSONS (T.), "The professions and social structure" et "A theoretical look at the legal profession" in Essays in Sociological The Gelncoe Free Press, p. 34-34 et 370-385.

./...

32 - SERVERIN (E.), Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé, thèse, Université de Lyon III, 1983, p. 293.

33 - JEAMMAUD (A.), Des contradictions de normes en droit privé, thèse, Université de Lyon III, 1975.

34 - In op. cit. note 6.

35 - Cf. IIº partie - La régulation administrative.

./...

Section V

"Il y a les erreurs et il y a les fautes"

---

1 - GRABER (D.A.), Crime News and the public, N.Y. Praeger, 1980.

- GAROFALO (J.), "Crime and the mass-media : a selective review of research", Journal of research in Crime and Delinquency, vol. 18, n° 2, 1981, p. 319-347.

2 - WINICK (Ch.), Deviance et Mass media, London, Sage publications, 1978, p. 197.

- HALL (S.), "violence and the media", p. 235 in Violence, ouvrage collectif sous la direction de Norman Tutt, London, Her majesty's stationery office, 1976.

- VAN DIJK (J.J.M.), "L'influence des media sur l'opinion publique relative à la criminalité : un phénomène exceptionnel ?", Déviance et Société, 1980, IV, p. 107-129.

- SMAUS (G.), "Mass medias et criminalité : état de la recherche en Allemagne et en Autriche", Déviance et Société, 1983, VII, n° 3, p. 249-268.

- MICHEL (B.), SOUBIRAN (F.), ROBERT (C.N.), Voyage à travers l'insécurité, des discours aux représentations, Université de Genève, 1984.

3 - In GRABER (D.A.), Op. cit. note 1, p. 63-66.

4 - ARMAND (M.F.), LASCOUMES (P.), "Malaise et occultation, les représentations de la délinquance des affaires et de non contrôle", Déviance et Société, I, n° 2, 1977, p. 135-170.

./...

5 - BASTIDE (R.), Sociologie des maladies mentales, Paris, Flammarion, 1965, p. 277.

- SIBONY (D.), "Remarques sur l'affect racial", in MACCIOCHI (M.A.) (Eds.), Eléments pour une analyse du faschisme, Paris, U.G.E., 1976, p. 141.

6 - THEOLLEYRE (J.M.), "Que faire du dossier fiscal de M. Doumeng ?", Le Monde, 28 mai 1982.

- BRIANCON (P.), "L'Elysée-Doumeng : la fin d'un amour", Libération, 7 décembre 1983.

7 - SUPIOT (A.), "Délégalisation, normalisation et droit du travail", Droit social, n° 5, mai, 1984, p. 296-307.

8 - ABEL (R.), The politics of informal justice, N.Y., Academic Press, 1981.

9 - LHOMME (J.), La grande bourgeoisie au pouvoir 1830-1880, Paris, P.U.F., 1960, p. 195 et 195.

- GRANOUX (A.), La bourgeoisie financière au pouvoir, Paris, Maspéro, 1977.

- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), La société anonyme au XIX° siècle, Paris, P.U.F., 1985.

10 - WEBER (M.), Sociologie du droit, trad. J. Grosclaude, Thèse droit, Strasbourg, 1960, chap. VIII, p. 406-426.

11 - Ibidem, p. 408.

12 - HABERMAS (I.), Raison et légitimité, Paris, Payot, 1978, p. 136-142.

./...

13 - OST (F.), "Juge pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, trois modèles de justice", Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Bruxelles, Université Saint Louis, 1981, p. 1-70.

14 - LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), "L'effectivité en sociologie juridique : une question de mesures", Droit et société, 1985, n° 2, s.p.

- SERVERIN (E.), La conciliation et les actes non-juridictionnels de règlement des conflits, Saint Etienne, C.E.R.C.R.I.D., 1985.

15 - ESCARRA, Cours de droit commercial, n° 731, cité in HERZOG (J.B.), "Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit des sociétés", Sirey, 1966, XVIII, p. 20.

16 - BAECHLER (J.), Les origines du capitalisme, 1971.

- AVRON (H.), Les libertariens américains, Paris, P.U.F., 1983, p. 151.

./...

## RAPPORTS DE RECHERCHE

1 - ROBERT (Ph.) et CHIROL (Y.), Statistiques criminelles, premier document prospectif, Paris, S.E.P.C., 1968,

2 - ROBERT (Ph.) et BISMUTH (P.), Les jeunes adultes délinquants, sous-recherche statistique, Paris, S.E.P.C., 1970, ronéo, épuisé.

3 - ROBERT (Ph.), BOMBET (J.P.) et coll., Le coût du crime en France, Paris, S.E.P.C., 1970, ronéo, épuisé.

4 - ROBERT (Ph.), BISMUTH (P.) et LAMBERT (Th.), La criminalité des migrants en France, Paris, S.E.P.C., 1970, ronéo, épuisé.

5 - BOMBET (J.P.), Alcoolisme et coût du crime /sous la direction de Ph. ROBERT/, Paris, S.E.P.C., 1970, ronéo, épuisé.

6 - ROBERT (Ph.) et FAUGERON (C.), L'image de la justice criminelle dans la société, Rapport axiomatique, Paris, S.E.P.C., 1971, ronéo, épuisé.

7 - ROBERT (Ph.), FAUGERON (C.) et coll., L'image de la justice criminelle dans la société, Rapport sur la phase exploratoire quantitative, Paris, S.E.P.C., 1971, ronéo, épuisé.

8 - ROBERT (Ph.), FAUGERON (C.) et coll., L'image de la justice criminelle dans la société, rapport sur la phase exploratoire qualitative, Paris, S.E.P.C., 1972, ronéo, épuisé.

9 - ROBERT (Ph.), FAUGERON (C.) et KELLENS (G.), Les attitudes des juges à propos des prises de décision, Paris, S.E.P.C., 1972, ronéo, épuisé.

10 - TOISER (J.), AUBUSSON (B.) et ROBERT (Ph.), Eléments d'analyse de la criminalité légale, Paris, S.E.P.C., 1972, ronéo, épuisé.

11 - GODEFROY (Th.) et HUSSON (F.), Alcoolisme et coût du crime en France dans les années 1970 et 1971, Paris, S.E.P.C., 1973, ronéo.

12 - ROBERT (Ph.), GODEFROY (Th.), Le coût du crime en France pendant les années 1970-1971, Paris, S.E.P.C., 1973, ronéo.

13 - ROBERT (Ph.), TOISER (J.) et AUBUSSON (B.), Recherche prévisionnelle en criminologie, application d'une méthode à élasticité spatiale, Paris, S.E.P.C., 1973, ronéo.

14 - ROBERT (Ph.), MOREAU (G.) et al., L'image de la justice criminelle dans la société, rapport (n°5) ou la phase quantitative de l'analyse de presse, Paris, S.E.P.C., 1973, ronéo, épuisé.

15 - ROBERT (Ph.), LAMBERT (Th.), PASTURAUD (C.), KREMENTCHOUSKY (A.), FAUGERON (C.), MOREAU (G.), LASCOUMES (P.), Images du viol collectif et reconstruction d'objet, Paris, S.E.P.C., 1974, ronéo, épuisé.

16 - AUBUSSON de CAVARLAY (B.), LAMBERT (Th.) et ROBERT (Ph.), La prévision en criminologie à partir des ratio par âge et par C.S.P., Paris, S.E.P.C., 1974, ronéo.

17 - GODEFROY (Th.) et ROBERT (Ph.), Le coût du système de justice pénale dans un arrondissement judiciaire, Paris, S.E.P.C., 1974, ronéo.

18 - LASCOUMES (P.) et MOREAU-CAPDEVIELLE (G.), L'image de la justice criminelle dans la société, rapport sur la phase qualitative de l'analyse de presse, Paris, S.E.P.C., 1975, ronéo.

19 - FAUGERON (C.) et ROBERT (Ph.), L'image de la justice criminelle dans la société, rapport sur la phase extensive, Paris, S.E.P.C., 1975, ronéo.

20 - GODEFROY (Th.) et ROBERT (Ph.), Le coût du crime en France en 1972-1973, Paris, S.E.P.C., 1976, ronéo.

21 - WEINBERGER (J.C.), JAKUBOWICZ (P.) et ROBERT (Ph.), Société et perception des comportements déviants criminels, Paris, S.E.P.C., 1976, ronéo.

22 - ROBERT (Ph.) et LAFFARGUE (B.), L'image de la justice criminelle dans la société, le système pénal vu par ses clients, Paris, S.E.P.C., 1977, ronéo.

23 - VERNEUIL (D.), L'image de la justice criminelle dans la société. Fonction et processus du système pénal, Paris, S.E.P.C., 1980, ronéo.

24 - GODEFROY (Th.), Le coût du crime en France en 1974 et 1975, S.E.P.C., 1977, ronéo.

25 - YORDAMIAN (S.) et al., Alcoolisme et circulation, 1ère phase de recherche, Paris, S.E.P.C., 1979, ronéo.

26 - LASCOUMES (P.) et al., Délinquance d'affaires et justice pénale, Paris, S.E.P.C., 1979, ronéo.

27 - GODEFROY (Th.) et LAFFARGUE (B.), Le coût du crime en France en 1976 et 1977, Paris, S.E.P.C., 1979, ronéo.

28 - FAUGERON (C.) et al., Réponses à la déviance... et groupes sociaux, Paris, S.E.P.C., 1980.

29 - AUBUSSON de CAVARLAY (B.) et GODEFROY (Th.), Condamnations et condamnés. Qui condamne-t-on ? A quoi ? Pourquoi ?, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

30 - GODEFROY (Th.), LAFFARGUE (B.) et YORDAMIAN (S.), Le droit de grâce et la justice pénale en France, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

31 - ROBERT (Ph.) et ZAUBERMAN (R.), La détention provisoire des mineurs de seize ans, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

32 - ZAUBERMAN (R.), Trajectoire de la déviance : le renvoi des mineurs à la justice, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

33 - LASCOUMES (P.), Délit fiscal et/ou délit pénal, Paris, S.E.P.C., 1981, ronéo.

34 - FAUGERON (C.) et RIVERO (N.), Femmes libérées sous condition, Paris, S.E.P.C., 1982, ronéo.

35 - LEVY (R.), Les flags, une justice ou une police, Paris, S.E.P.C., 1982, ronéo.

36 - LANDREVILLE (P.), Le critère de la récidive dans l'évaluation des mesures pénales, Paris, S.E.P.C., 1982, ronéo.

37 - GODEFROY (Th.) et LAFFARGUE (B.), Les coûts du crime en Franc en 1978 et 1979, Paris, S.E.P.C., 1982, ronéo.

38 - LASCOUMES (P.), Justice pénale et délinquance d'affaires, Paris, S.E.P.C., 1983, ronéo.

39 - LEVY (R.), Pratiques policières et processus pénal : le flagrant délit, Paris, C.E.S.D.I.P., 1984, ronéo.

40 - AUBUSSON de CAVARLAY (B.), LASCOUMES (P.), ROBERT (Ph.) & ZAUBERMAN (R.), Le pénal en première ligne ou dernier ressort, Paris, C.E.S.D.I.P., 1984, ronéo.

41 - SEYLER (M.), La consommation dans les établissements pénitentiaires, Paris, C.E.S.D.I.P., 1986.