



# RESPECT DU DROIT ET ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE : L'ENTREPRISE FACE AU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

LAURENT DAVENAS\*

**L'**enquête préliminaire n'a pas bonne presse. Prérogative d'un parquet présenté comme le fossoyeur des « affaires », elle symbolise, pour les médias, l'instrument de l'enterrement.

Mais qu'en est-il en réalité ?

## L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE : LA DÉCISION DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

L'enquête préliminaire diligentée par l'officier de police judiciaire, à l'initiative et sous la direction du procureur de la République, permet alors et précisément d'obtenir les premiers renseignements sur l'infraction supposée et sur l'auteur présumé, qui aideront le magistrat à prendre en opportunité la bonne décision :

- classement sans suite ;
- classement sous condition de remboursement du compte courant débiteur, par exemple ;
- citation directe devant la juridiction répressive ;

- réquisition d'ouverture d'une procédure d'information avec désignation par le président du Tribunal d'un juge d'instruction.

Si l'enquête préliminaire présente certains inconvénients, puisqu'elle prive l'individu des garanties instituées à son profit au stade de la procédure d'instruction (assistance d'un avocat, protection des droits de la défense, accès à la procédure), elle présente cependant deux avantages, à mes yeux, essentiels.

En premier lieu, les éléments initialement recueillis sur des faits critiquables sont souvent embryonnaires et interdisent au procureur de la République, chargé de l'analyse de leur caractère délictueux ou non, de porter en connaissance de cause cette appréciation. Seule, une enquête plus étoffée lui permet d'apporter la réponse satisfaisante, en faisant apparaître l'inanité d'une plainte ou d'une dénonciation parfois anonyme ou, au contraire, la complexité ou la gravité d'une affaire (d'où saisine d'une juridiction d'instruction). Les moyens juridiques de l'enquête préliminaire sont sérieux (audition, convocation

\* Avocat général à la Cour de cassation.

sous contrainte si nécessaire, extension géographique de compétence possible, perquisition, garde à vue).

En second lieu et en application du principe de la liberté de la preuve en matière pénale, les renseignements ainsi obtenus peuvent être produits en preuve devant le juge pénal sans qu'il soit besoin qu'ils aient été repris, confirmés ou infirmés, au cours d'une procédure d'instruction.

Il en va de la sécurité juridique légitime pour tout un chacun de commencer une procédure d'instruction en l'appuyant sur des faits précis et critiqués, l'enquête préliminaire évitant alors de se fourvoyer dans des procédures longues et inutiles au résultat juridique et judiciaire aléatoire.

En sautant l'étape de l'enquête préliminaire, on fausse le déroulement de la procédure pénale en opérant un glissement, la phase policière d'enquête étant prise en charge par le juge d'instruction, et la phase d'instruction à charge et à décharge parfois par la formation jugement.

Deux procédures ont été mises à la disposition des magistrats : l'enquête préliminaire au magistrat du Parquet, et l'information judiciaire au magistrat du Siège.

Elles sont fondamentalement complémentaires, et pourtant on a cherché à les opposer : mettre en examen d'abord, instruire ensuite.

### L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE : UNE DÉCISION D'OPPORTUNITÉ

La difficulté ne procède donc pas du droit, mais de l'application de ce droit et de la gestion active ou passive, par le procureur de la République, du principe d'opportunité des poursuites avec la mission essentielle de réguler et de prendre en compte l'intérêt public avant les cas particuliers.

Autrement dit, et pour ce qui concerne l'entreprise, l'intérêt social non défini par le législateur. Est-ce l'intérêt général ? Est-ce l'intérêt des actionnaires ? Est-ce l'intérêt de l'entreprise ? Ou, peut-on utiliser la protection d'un intérêt privé pour protéger l'ordre public économique ?

Le droit pénal financier est donc incertain. Il contribue à l'aléa et au risque pénal qui pèse sur l'entreprise et son responsable.

Le principe d'opportunité qui est l'adaptation d'un principe général à une réalité locale et son application concrète, l'enquête préliminaire limite et accentue tout à la fois cet aléa ou ce risque pénal.

Il le limite en protégeant le chef d'entreprise de poursuites hâtives ou en le faisant bénéficier d'une convocation à caractère préventif et pédagogique qui l'incitera à régulariser les infractions mineures.

Au dirigeant malheureux en affaires, vaincu par une conjoncture qui échappe aux prévisions les plus avisées, il me semble injuste et privé de sens d'infliger une sanction. La faute ne peut être confondue avec le délit et la fraude de gestion avec la faute de gestion, au risque de banaliser ceux-ci et de diaboliser ceux-là.

Il l'accentue en amplifiant l'aléa pénal lié à la pratique d'action publique de chaque Parquet en matière financière.

Telle infraction poursuivie à Aurillac ne le sera pas à Evry, et encore moins à Paris.

Tel procureur considérera qu'un acte de corruption prescrit peut se requalifier en abus de biens et recel non prescrits, tel autre ne le considérera pas.

Le principe d'opportunité nourri par l'enquête préliminaire protège donc le chef d'entreprise. Mais, elle l'insécurise tout autant en rendant plus aléatoire, pour celui-ci, la gestion de son propre risque pénal et celui de son entreprise.

L'utilisation extensive du droit est ainsi facilitée par l'insécurité de l'environnement juridique. Le droit des sociétés est devenu une lecture difficile. Le législateur n'a



jamais cherché véritablement à offrir une réelle diversité législative à l'entreprise. Une société anonyme réalisant 50 millions de francs de chiffre d'affaires et un groupe pesant 50 milliards ont, à peu de chose près, les mêmes obligations. C'est là, dans l'avenir, l'un des enjeux essentiels pour le chef d'entreprise et ses conseils : situer véritablement le niveau de sa responsabilité personnelle, donc pénale, face aux stratégies répressives.

### LA LOI DU 15 JUIN 2000 : UN CHANGEMENT DE CAP ?

La loi du 15 juin 2000 nous a offert l'opportunité de visiter nos règles de procédure et de réfléchir à nos méthodes d'investigation et de recherche de la vérité.

Les exigences nouvelles, requises pour mettre en examen une personne suspectée d'avoir commis une infraction à la loi pénale, imposent désormais au juge d'instruction de disposer d'indices précis et concordants.

De fait, elles fortifient l'orientation ancienne et critiquée de certains parquets qui ont toujours cherché à permettre, à l'enquêteur de police judiciaire, de recueillir à charge et à décharge le maximum d'éléments dans le cadre d'une enquête en la forme préliminaire.

Cette manière de faire, preuve d'un parquet « manœuvrant » comme disent les marins, me semble le préalable indispensable au bon fonctionnement de la justice pénale.

En matière économique et financière, la technicité des modes opératoires, l'ampleur des investigations, la multiplicité des décideurs, l'extrême célérité des agissements à l'heure où les économies mondialisées échangent des capitaux et de l'information en temps réel, rendent de plus en plus artisanal le travail, souvent talentueux mais solitaire, d'un homme ou d'une femme ne disposant pour tout arme, en dehors de l'expertise, que de l'interrogatoire ou de la confrontation.

Peut-on encore vraiment refaire vingt ans d'histoire d'une banque ou d'une compagnie pétrolière avec des silences et des dénégations ?

Cette nouvelle législation donne raison à l'accusateur moderne qui tend à préférer les enquêtes fractionnées, cantonnées à quelques agissements clairement caractérisés et rapidement portés devant la juridiction de jugement, plutôt que les instructions où le trouble à l'ordre public se perd par amnésie dans les méandres inlassables et infinis des mises en examen successives au fil des soupçons, des contradictions, des hypothèses, des incertitudes et ensuite des recours dont ils sont inévitablement et intrinsèquement porteurs.

