

## LA GESTION DU RISQUE PENAL DANS L'ENTREPRISE

**EL OUAZZANI CHAHDI LOUBNA**

**Professeur habilitée de l'enseignement supérieur**

**Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales-Souissi, Rabat**

**Université Mohammed V de Rabat**

[l.elouazzanichahdi@um5s.net.ma](mailto:l.elouazzanichahdi@um5s.net.ma)

### **RESUME :**

Face à la pénalisation croissante de la vie économique, les chefs d'entreprise mais aussi les professionnels sont de plus en plus exposés au risque pénal et judiciaire, ce risque est présent et peut surgir tout au long de la vie de la société.

Le risque pénal s'ajoute aux autres risques économiques, financiers, fiscal ou autre mais se distingue par la gravité des sanctions et des effets qui en résultent aussi bien sur la bonne marche de l'entreprise que sur sa santé, sa réputation voire même sa pérennité. Mais aussi sur les dirigeants sociaux qui peuvent se voir leurs responsabilités pénales engagées.

Cet article traite le risque pénal et son impact sur la responsabilité des dirigeants sociaux, ainsi que les moyens de prévention que l'entreprise peut mettre en place afin de le minimiser.

**MOTS CLES : risque pénal, criminalité d'affaires, audit pénal, gouvernance, gestion des risques**

### **ABSTRACT :**

#### **CRIMINAL RISK MANAGEMENT IN THE COMPANY**

Faced with the increasing criminalization of economic life, business leaders but also professionals are increasingly exposed to criminal and judicial risk, this risk is present and can arise throughout the life of society.

The criminal risk is added to the other legal, economic, financial, fiscal or other risks but is distinguished by the gravity of the penalties and the resulting effects on the smooth running of the company as well as on its health, reputation and even its sustainability. But also on the social leaders who can be held criminally responsible.

This article deals with how managing criminal risk and to provide its impact on the responsibility of the social leaders, as well as the means of prevention that the company can put in place in order to minimize it.

Key words: criminal risk, business crime, criminal audit, corporate criminal law, risk management

## **INTRODUCTION**

L'enjeu de la maîtrise des risques préoccupe toutes les entreprises quelle que soit leur taille, leur dimensionnement ou leur activité, et ce de manière plus accentuée depuis quelques années.

La médiatisation des récents scandales financiers, industriels ou environnementale, concrétisent de manière brutale et spectaculaire des risques souvent complexes, multiples qui démontrent et expliquent une augmentation croissante de la matière pénale, engendrant une certaine criminalisation des activités économiques, que la doctrine qualifie d'inflation pénale (Véron, 2013).

Le législateur a de plus en plus recours à la sanction pénale d'abord, pour assurer le respect des règles commerciales, boursières, mais aussi pour protéger la moralité, la transparence, dans la vie des affaires... ;

La multiplication de la délinquance d'affaires : présentation de comptes frauduleux, manipulations comptables et financières, abus de biens, prise illégal d'intérêts : cas Enron, Parmalat, accentué par la crise financière de 2008, engendrera une pénalisation des régulations économiques : bancaire, boursier, douanier, concurrence, société etc.

Cette croissance accrue des textes répressifs constitue une source d'inquiétudes pour les opérateurs économiques qui n'ont cessé de revendiquer une dépénalisation de la vie des affaires (Coulon, 2008).

En effet, l'inflation législative et la multiplication effarante des textes rendant désormais pratiquement illisibles voir la connaissance et partant le respect des lois en vigueur, sachant que l'article 2 du code pénal dispose que « nul ne peut invoquer pour son excuse l'ignorance de la loi pénale ».

D'où la nécessité pour les chefs d'entreprises mais aussi pour les professionnels du contrôle et de l'audit de ne pas négliger les risques juridiques et particulièrement le risque pénal. Mais qu'est que le risque pénal ?

Le risque est un événement qui empêche l'entreprise d'atteindre ses objectifs, le risque est défini comme « la possibilité qu'un événement nuise à la réalisation des objectifs de l'entreprise » ces événements peuvent avoir des effets négatifs ou positifs (Berrada, 2017).

Le risque pénal fait partie alors des risques juridiques qui constituent selon certains auteurs (Darsa, 2015) la première classe de risques opérationnels à traiter de manière différenciée. Le risque pénal couvre ainsi les infractions qui engagent la responsabilité pénale du dirigeant. Mais aussi celle de la personne morale. le risque pénal devient un véritable piège pour les entreprises.

Il existe différents types de risques pénaux dans l'entreprise mais les principaux concernent :

- La sûreté et la sécurité des travailleurs : il s'agit des risques liés aux atteintes involontaires de la vie, à l'intégrité physique de la personne, aux violations des prescriptions en matière d'hygiène et de sécurité (articles du code du travail).
- La sûreté et la sécurité de l'entreprise : il s'agit d'empêcher la survenance d'infractions de droit commun : les atteintes aux biens ou à la confiance ; des infractions au droit des sociétés : tel les abus de biens sociaux, la surévaluation d'apport en nature, etc.

La gestion du risque pénal s'impose alors avec acuité d'une part, parce que le risque pénal fait partie des principes de bonne gouvernance et donc ne peut être ignoré par les dirigeants de l'entreprise. D'autre part, sa survenance a des conséquences graves sur les dirigeants sociaux mais aussi sur l'entreprise, sa réputation, son patrimoine, son activité. En effet, les sanctions pénales sont suffisamment lourdes pour menacer la pérennité de l'entreprise elle-même.

Dès lors, se pose pour toute entreprise la problématique de la gestion du risque pénal, bien qu'inévitable, il doit être géré afin de minimiser autant que possible ses lourdes conséquences ; Dans quelles circonstances peut-on voir sa responsabilité pénale retenue ? Comment prévenir le risque pénal ou tout au moins l'atténuer ? Quelles sont les mesures que l'entreprise peut mettre en place afin d'y faire face ?

C'est ainsi que dans un premier temps, il convient de déterminer les causes et sources du risque pénal dans l'entreprise (I) pour ensuite étudier ses effets ainsi que les moyens de prévention qu'une entreprise doit mettre en place afin de le minimiser (II)

## 1. L'INFLATION PENALE DES AFFAIRES FACTEUR D'ACCROISSEMENT DU RISQUE PENAL

Facteur aggravant la bonne maîtrise de ce risque, l'inflation pénale évidente en droit des affaires est le produit de phénomènes convergents (Véron, 2013)

D'abord, et à la différence de certaines législations étrangères, le droit marocain suivant l'exemple du droit français, ne s'est pas contenté d'appliquer à la vie des affaires les quelques infractions de droit commun (escroquerie, abus de confiance, faux...), conçues de façon large pour s'appliquer à toutes les situations. Bien au contraire, le législateur a préféré compléter les textes de base par de multiples incriminations, l'étude du droit des sociétés en fournit plusieurs exemples. On recense rien que dans les deux lois 17-95 et 5-96 338 infractions dont 172 infractions pour la SA ; 77 infractions pour les sociétés anonymes simplifiées ; 39 infractions pour les autres sociétés ; 50 infractions pour la SARL (Lazrak, 1999).

Ensuite, et de manière globale la vie économique est de plus en plus régulée voir pénalisée, le législateur n'a cessé de multiplier les incriminations nouvelles pour faire face à une délinquance diversifiée, utilisant des techniques inconnues auparavant, de sorte que l'on renoncé à l'adoption d'autres mécanismes qui peuvent se révéler beaucoup plus efficace, élargissement des nullités, les injonctions de faire, en préférant le recours à la sanction pénale pour assurer le respect des obligations et pour réprimer une atteinte à l'ordre social difficile à protéger (Coulon, 2018).

### 1.1 CAUSES DE LA PENALISATION DES AFFAIRES

Plusieurs arguments sont avancés par les partisans de la pénalisation de la vie économique ;

Tout le monde s'accorde sur le fait que les affaires sont le moteur de la vie économique et la source de la richesse nationale, et c'est pourquoi, il convient de sanctionner ce qui peut en fausser le jeu, porter atteinte à leur sécurité ou à leur crédibilité par des pratiques frauduleuses (Véron, 2013).

Pour Pradel « la pénalisation est indispensable tant pour des raisons matérielles préjudice causé aux salariés et épargnants ; et morales recherche affirmée du profit, selon cet auteur le droit pénal n'est pas une remise en cause du système d'économie libérale. (Mais il faudra donc limiter la sanction pénale à des faits clairs et grave » (Pradel, 2009).

Le recours au droit pénal, pour assurer l'effectivité et le respect des lois économiques s'explique également par la complexité croissante de la législation régissant la vie des affaires, et aux difficultés tenant à leur respect (Bonfils, 2009).

En outre, les dispositions de droit commun se sont révélés inadaptés face une criminalité complexe, dont les protagonistes « criminels en col blancs » sont des professionnels, des initiés et partant ont souvent recours à des pratiques frauduleuses, ingénieuses.

La criminologie a longtemps mis la lumière sur la spécificité de **la "délinquance en col blanc"** (Sutherland, 1940) considérée comme autant plus dangereuse car souvent dissimulée, recourant à des techniques rendant la découverte de l'infraction difficile, montages financiers complexes, Les infractions d'affaires sont des délits de professionnels, de spécialistes ou d'initiés agissant dans le cadre de leur activité il s'agit d'une criminalité d'initiés (Giudicelli-delage, 2006, Bonfils, 2009)

### 1.2 MANIFESTATIONS DE L'INFLATION PENALE DES AFFAIRES

L'inflation pénale se manifeste au travers les nombreuses incriminations récemment introduites dans notre code pénal mais aussi par la multiplication des textes spécifiques aux affaires qui s'accompagnent de véritables dispositifs pénaux alimentant ainsi une nouvelle matière en plein expansion appelé droit pénal des affaires (Delmas-Marty, Guidicelli-delage, 1990)

Les sources sont donc multiples et dispersées, ce droit pénal des affaires trouve ses sources à la fois dans le code pénal mais aussi dans de nombreux textes spéciaux extérieurs au code pénal comme la loi sur les sociétés, la loi relative à la concurrence, à la consommation.

Au niveau du **droit commun**, outre les infractions classiques qui sont très fréquentes dans le milieu des affaires et appliqués à ce dernier : escroquerie, abus de confiance, corruption, faux et usage de faux (infractions relatives au chèque, la banqueroute. L'escroquerie, l'abus de confiance, la corruption, le faux et usage de faux chapitre IX du Code Pénal articles 505 à 607.

Le code pénal prévoit des infractions spécifiques aux affaires : les infractions relatives au chèque, à la banqueroute, au secret de fabrique,

Il a connu plusieurs réformes partielles à partir de 2003, nous citerons dans ce contexte la loi anti-blanchiment instituant un dispositif pénal de lutte contre le blanchiment de capitaux ( 43-05) de 2007 modifié et complété en 2011( 13-10) puis en 2014. Elle s'inscrit dans le cadre de

la mise en harmonie des dispositions internes avec les conventions internationales ratifiées par le Maroc, notamment les conventions onusiennes de lutte contre le blanchiment d'argent, du financement du terrorisme ainsi que les recommandations de la commission financière du FMI et du GAFI.

Cette loi outre le dispositif répressif qui a été introduit au code pénal (articles 574-1 à 574-7) qui définissent les éléments de l'infraction ainsi que les sanctions, prévoit un dispositif préventif, impliquant des professionnels définies par l'article 2 du chapitre II « comme étant des personnes physiques ou morales de droit publique ou droit privé à l'exception de l'Etat, qui dans l'exercice de leur mission ou de leur profession réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux susceptibles de constituer des infractions de blanchiment parmi lesquels figurent Les contrôleurs de comptes, comptables externes et conseillers fiscaux , Les sociétés gestionnaires d'actifs financiers, Personnes membres d'une profession juridique indépendante .

Ces professionnels sont donc impliqués dans la lutte anti-blanchiment et soumis a des obligations lourdes dont le non-respect entraîne des sanctions.

Il s'agit des obligations suivantes :

Obligation de vigilance : Ces personnes sont tenues de recueillir tous les éléments d'information permettant l'identification de leur clientèle habituelle ou occasionnelle.

Obligation de déclaration de soupçon : les personnes assujetties sont tenues de faire une déclaration de soupçon à l'unité de traitement de renseignement financier, concernant :

- 1- Toutes sommes ou opérations soupçonnées d'être liées au blanchiment de capitaux
- 2- Toutes opérations dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire est douteuse.

Obligation de veille interne : Les intervenants mettent en place un dispositif de veille interne leur permettant de s'assurer de façon permanente de respect des règles relatives au devoir de vigilance.

**Quant aux lois spéciales,** les réformes qui se sont succédé durant

La décennie 2000 sont marquées par pénalisation accrue de l'activité économique et ce dans tous les domaines : entamé par la réforme du code de commerce en 1996. Suivi de celles des sociétés :

Ce Processus s'est accentué dix ans après 2011, 2014 on peut citer dont notamment :

La réforme du droit de la concurrence loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Enfin, la loi n° 20-13 relative au conseil de la concurrence promulguée par dahir n° 1-14-117 du 2 ramadan 1435 (30 juin 2014), loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur Qui prévoit des infractions comme la publicité trompeuse, l'abus de faiblesse et pénalise certaines pratiques agressives de vente.

Loi 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle promulguée en 2000 et modifiée et complétée en 2006 par un dispositif pénalisant la contrefaçon

Toutefois, c'est la Pénalisation du droit des sociétés qui constitue la partie la plus visible de ce mouvement.

le titre XIV de la loi 17-95 (art 373-424) intitulé « dispositions pénales » constitue un véritable code pénal des sociétés, il regroupe l'essentiel des infractions pénales et leurs sanctions : infractions relatives à la constitution, infractions liées aux formalités de constitution , les infractions liées au capital social, la souscription, la surévaluation d'apport en nature, au fonctionnement : l'abus de biens sociaux, la répartition de dividendes fictifs, la présentation ou publication de bilans ne reflétant pas une image fidèle des comptes sociaux, infractions relatives aux assemblées d'actionnaires, aux modifications du capital social. et enfin les infractions relatives à la dissolution et à la liquidation de la société.

Dans d'autres secteurs, le législateur outre la pénalisation de certaines atteintes, crée des autorités administrative autonomes chargée de la constatation des infractions et de leurs poursuites , c'est le cas du droit boursier qui a été rénové par la loi 43-12 du 13 mars 2013 , celle-ci a renforcé ces attributions en matière de contrôle mais aussi son pouvoir de sanction, en créant un collège des sanctions (art 14-19 et 20) chargé d'instruire tous les dossiers pouvant faire l'objet d'une sanction ou susceptibles d'être transmis à la justice. Il peut également donner son avis sur la qualification éventuellement pénale. (Art, 34, 42)

Elle détermine les principales infractions portant atteinte au marché boursier : le délit d'initié 42-43, le délit de diffusion d'informations fausses ou trompeuses (art44), le délit de manipulation des cours (art 44).

## **2.CONSEQUENCES ET MOYENS DE PREVENTION DU RISQUE PENAL**

Cette criminalisation de l'activité économique constitue un danger réel car nul n'est à l'abri d'une condamnation, tout chef d'entreprise ou professionnel est susceptible d'engager sa responsabilité pénale à l'occasion de la commission des infractions de droit commun ou d'infractions spécifiques liées à son activité ou sa profession (2.1). Si ce risque est inévitable et ne peut être exclu, il est resté tout au moins possible de le minimiser, en contrôlant ses actes (audit pénal) et en mettant en place des mesures préventives tant en termes d'organisation collective que de précautions (2.2).

### **2.1 LA RESPONSABILITE PENALE DES AUTEURS DES INFRACTIONS :**

La responsabilité pénale a pour objet de déterminer la personne qui devra répondre de l'infraction, qui devra en assumer les conséquences. La responsabilité des chefs d'entreprise ou cadres dirigeants, mais aussi de professionnels comptables, commissaires aux comptes peut donc être engagée dans un grand nombre de situations et pour des domaines très différents. De même que la responsabilité de l'entreprise personne morale.

#### **Personne physique :**

Il est de pratique judiciaire courante de retenir en première analyse la responsabilité pénale du chef d'entreprise, encore faut-il savoir qui se cache derrière cette appellation.

Si Dans la SARL et autres sociétés c'est le gérant ou les cogérants en cas de pluralité, pour la SA et selon l'article 373 de la loi 17-95 dispose « au sens du présent titre (dispositions pénales titre XIV) l'expression « membres des organes d'administration, de direction ou de gestion » désigne :

Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, les membres du conseil d'administration y compris, le président et les directeurs généraux extérieurs au conseil ;

Dans les sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance, les membres de ces organes.



Ainsi, la jurisprudence française a ainsi considéré comme coupable d'abus de biens sociaux, le président directeur général d'une société Anonyme qui s'est attribué, de son propre chef, des rémunérations qu'il savait excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société (Lazrak, 1999).

Dans un autre arrêt de la cour de cassation, le président directeur général d'un SA est condamné pour abus de biens sociaux, pour s'être approprié des sommes d'argent en réalisant des ventes sans factures, et qui mis en circulation, sous le couvert de la société qu'il dirigeait, des effets de complaisance entièrement étrangers à l'activité sociale et ne concernant que ses affaires personnelles, la société ayant dû supporter de ce fait des agios qui ne lui incombait pas et ayant couru un risque auquel son actif ne devait pas être exposé (Lazrak, 1999)

L'article 374 ajoute les dirigeants de fait, c'est-à-dire, ceux qui auront exercé de fait, la direction, l'administration ou la gestion de sociétés anonymes sous le couvert ou aux lieux et place de leurs représentants légaux.

La doctrine en donne la définition suivante « est dirigeant de fait la personne qui, de façon continue, exerce une activité positive de direction, accomplie en toute liberté et indépendance et plus précisément la jurisprudence retient la méthode des faisceaux d'indices de pouvoirs qui peuvent manifester l'existence d'une activité de direction ou la participation à la conduite générale de l'entreprise (Lepage, maistre de chombon, solomon, 2015).

La jurisprudence européenne (Delams-Marty, 1990) a développé un faisceau de critères des plus divers : des indices d'un pouvoir de direction qui peuvent manifester l'existence d'une activité de direction ou la participation à la conduite générale de l'entreprise. Soit lors de la constitution d'une société et de la mise en place des structures : exemple initiative de la constitution de la société, recrutement du gérant, fixation du siège social parfois au domicile de l'animateur ; soit dans l'administration interne, essentiellement par le contrôle financier de la société c'est-à-dire le contrôle du capital social (il détient la majorité du capital par lui-même, par sa famille, par une société actionnaire où il est puissant, par des prête-noms).

La responsabilité du le chef d'entreprise peut être engagée pour des faits dont il est l'auteur matériel (responsabilité personnelle) comme elle peut être engagée, suite à des faits réalisés par ses préposées. C'est la responsabilité du fait d'autrui, ce type de responsabilité qui est à l'origine, une création jurisprudentielle a été consacrée par la suite par certains textes spéciaux (Bonfils, 2009).

C'est ainsi que les cas dans lesquels le dirigeant peut être responsable suite aux actes du préposé sont expressément déterminés par la loi, qui affirme que le responsable est le dirigeant, ou l'employeur, ou la personne chargée de la direction, de la gestion ou de l'administration de l'entreprise c'est le cas de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, des conditions de travail, des violations à l'environnement.

Le fondement de cette responsabilité (Delams Marty, 1990 ; Pradel, 2016) réside dans le fait que si le chef d'entreprise est pénalement responsable, c'est en raison de ses pouvoirs et des prérogatives dont il dispose (pouvoirs de direction et de discipline) il doit organiser le fonctionnement de l'entreprise, il a la maîtrise sur les salariés, il a donc le pouvoir de prévenir toute infraction ou tout dommage (guidecilli- delage , 2006).

Les dirigeants sont ainsi jugés responsables en raison du défaut de surveillance ou de précaution qui a permis la commission d'une infraction par une personne qui était placée sous leur autorité, ont ainsi été jugés responsables le chef d'entreprise dont l'employé déverse des produits polluants (Bonfils, 2009).

Enfin, la responsabilité d'autres personnes qui participent de manière indirecte peut être engagée comme complices.

A cet égard, les personnes, autres que les dirigeants sociaux peuvent être poursuivies dans les conditions de droit commun conformément aux dispositions de l'article 129 du code pénal, pour aide ou assistance apportée en connaissance de cause.

C'est ainsi, pour que la complicité soit punissable, il est nécessaire qu'il y'ait un fait principal, un acte matériel d'aide ou d'assistance antérieur ou concomitant au fait principal, c'est-à-dire un acte positif. Et enfin la connaissance du caractère délictueux de l'acte et une volonté de s'y associer. (Article 129 code pénal).

Ainsi, selon un arrêt de la cour de cassation française « se rend coupable de complicité d'abus de biens sociaux le président du directoire d'une société qui, moyennant rémunérations, prépare et facilite les agissements illicites d'un associé majoritaire et membre du directoire ». (Lazrak, 1999).

La jurisprudence française retient également la complicité par abstention tel le cas du membre du directoire, au courant de l'abus de biens sociaux commis par le président dudit directoire, et ne s'y pas opposé alors qu'il en avait les moyens. Dans un autre arrêt, la cour de

paris, fait preuve de sévérité en déclarant coupable « de complicité par abstention » le directeur général d'une banque chargé de superviser le service des engagements pour ne s'être opposé aux abus de biens sociaux commis par le PDG de la banque alors qu'il en avait et la connaissance et la possibilité d'y mettre fin en raison de ses fonctions. (Véron, 2013)

La complicité s'appliquera enfin aux professionnels du chiffre, tels que le chef comptable, l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes. (Lepage, 2015).

Parmi les obligations que la loi 17-95 (art 169) lui impose, outre les missions de vérification et de contrôle, le commissaire aux comptes est tenu de porter à la connaissance des organes de gestion, les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient découvertes, mais aussi tous faits qui leur paraissent délictueux dont ils ont eu connaissance au cours de leurs missions.

**Personnes morales :** Outre les personnes physiques, les personnes morales peuvent engager leur responsabilité pénale, le principe est posé par l'article 127 du code pénal , Contrairement au droit français, cet article bien qu'admettant la responsabilité de la personne, soulève des problèmes liés à l'imputabilité, au champ d'application et sur les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité ( Amzazi, 2013)si le droit français n'a reconnu que tardivement ( 1992) la responsabilité pénale des personnes morales, il a devancé le législateur marocain en prenant le soin de préciser le domaine et les conditions de la responsabilité pénale de la personne morale ; c'est ainsi que l'article 121-2 du code pénal français tout en excluant l'Etat qui n'est jamais pénalement responsable, vise les collectivités territoriales mais seulement dans le cadre d'activités susceptible de conventions de délégation de service public (Pradel, 2016).

Quant aux conditions d'imputation d'une infraction à la personne morale, l'article 121-2 prévoit la responsabilité des personnes morales pour les infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (Bonfils, 2009).

Les textes spéciaux consacrent également la responsabilité pénale des personnes morales, en faisant supporter la responsabilité des infractions commises par la personne morale, ou dans son cadre, à tel ou tel dirigeant ou employé qu'elles désignent.

## **2.2 MOYENS D'IDENTIFICATION ET MESURES DE PREVENTION DU RISQUE PENAL**

La complexité croissante de l'environnement, économique, réglementaire, pousse ainsi les organisations à mettre en place une politique de gestion des risques en vue de les maîtriser. Une bonne gestion des risques est celle qui permet d'anticiper. Dès lors l'entreprise doit mettre en place une gestion des risques dont le but est de doter celle-ci des moyens d'anticipation, c'est ainsi que le management des risques apprécie les différents moyens de réduction des risques, leur efficacité, leurs impacts éventuels sur d'autres et leur coût. Si les risques financiers, ont donné lieu

Ce danger qui pèse sur les agents qu'il s'agisse de personnes physiques, ou de personnes morales, explique le développement de l'audit précontentieux à caractère pénal et rend nécessaire la mise en place de mécanismes de prévention.

### **1- L'AUDIT PENAL**

L'audit interne constitue un véritable outil de maîtrise des risques, l'audit interne est définie « comme étant une activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations, lui apporte ses conseils pour les améliorer.

L'audit aide cette organisation à atteindre ses objectifs en évaluant, par une approche systématique et méthodique, ses processus de management des risques, de contrôle et de gouvernement d'entreprise, et en faisant des propositions pour renforcer leur efficacité » (Berrada, 2017).

L'audit doit dépasser la seule conformité pour s'intéresser à la performance, les éléments moteurs de l'audit interne doivent être la sensibilisation à l'autocontrôle et le développement de l'appropriation des bonnes pratiques.

En l'occurrence, cet audit ne conduit pas à l'examen de la seule conformité d'une situation juridique à la norme pénale mais s'étend à un conseil de gestion du risque pénal. Par conséquent, la politique d'intervention pénale au sein de l'entreprise vise d'une part à cerner les causes objectives de la réalisation d'une infraction correspondant à l'activité propre de la structure et d'autre part à mettre en place une méthode de surveillance et de mise en garde du risque pénal.

Cette méthode doit permettre d'abord d'assurer l'entreprise contre le risque identifié et ensuite de mettre en lumière, de manière générale, les personnes dépositaires d'un

pouvoir qui, à l'occasion de l'exercice de leurs missions, sont susceptibles de commettre une infraction

L'audit pénal doit être envisagé comme une procédure méthodique et rigoureuse, qui a pour objet de détecter des comportements, souvent de bonne foi, mais qui exposent leurs auteurs à des poursuites pénales. Elle se présente selon quatre niveaux distincts : celui de la conformité, celui de la sécurité, celui de l'efficacité et enfin celui de la formation (Darsa, 2015).

Concrètement, l'intervention de l'auditeur devra, dans un premier temps, vérifier la conformité d'une situation factuelle à une norme juridique, c'est une étape essentielle car elle consiste à s'assurer que l'agent a observé la réglementation en vigueur et que ses actes sont en conformité avec les prescriptions pénales.

Ensuite, l'auditeur doit relever les causes qui ont pu conduire à l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale ou celle des dirigeants, tel l'absence de procédures d'alarme. L'auditeur devra aussi vérifier si les choix opérés sont sûrs, sans pour autant remettre en cause les choix de l'entreprise, il devra attirer l'attention des responsables sur les risques que peuvent représenter leurs décisions.

Aux termes de cette seconde étape, l'auditeur peut mettre en évidence les incohérences, voir les erreurs, susceptibles de faire courir un risque pénal à l'entreprise et à ses dirigeants.

A partir de cette analyse, l'auditeur proposera par exemple :

- Une réorganisation de la structure pour minimiser le risque dans l'enchaînement des interventions des agents et ce par la mise en place d'un nouvel organigramme tendant à diminuer autant que possible le risque pénal dans l'entreprise objet de l'audit.
- De réelles délégations de pouvoir pour protéger le PDG, il mettra en place des procédures pour éviter certains comportements ou pratiques qui constituent des délits.
- De nouveaux instruments juridiques par exemple, de contrats, de délégation générale ou spéciale.
- Une formation des agents intervenants sur les délits propres à l'activité et au secteur.

L'audit pénal apportera ainsi une meilleure information et formation des différents intervenants car la sensibilisation au risque pénal devra susciter des réflexes de types « signaux d'alarme »

Enfin, l'audit pénal n'évite pas totalement le risque du contentieux, mais il en diminue considérablement l'éventualité.

### 2-MOYENS ET INSTRUMENTS DE PREVENTION ET ANTICIPATION DU RISQUE PENAL

Afin de prévenir la réalisation du risque pénal, et de palier à toute ignorance, l'entreprise peut mettre en place des outils préventifs en interne très variés : tels codes de bonne conduite et des chartes éthiques, et d'encourager l'autorégulation, encourager le gouvernement d'entreprise. Il faut aussi former des opérationnels du risque et mettre en place un système de délégation de pouvoirs efficace.

**a-Information, contrôle et veille juridique:** A priori par l'instauration de mécanismes de prévention par l'information et le contrôle, exemple : introduction de mécanismes de contrôle approfondi et non formel de régularité, ce qui permettra de faire l'économie de certaines infractions. (Delams-Marty, 1990)

Il est recommandé également de réaliser une veille juridique ; c'est-à-dire l'analyse, l'étude et le suivi des textes législatifs et réglementaires par des professionnels, permettant de connaître avec précision le cadre normatif dans lequel l'entreprise évolue afin d'anticiper tout comportement à risque.

A noter que cette veille doit être déterminée avec précision pour être efficace. Il est en effet nécessaire de la limiter à l'activité de l'entreprise elle doit concerner (Millet, 2017) :

- L'évolution législative et réglementaire
- L'ensemble des règles techniques
- La jurisprudence et la doctrine

**b-L'autorégulation :** par la mise en place des codes de bonne conduite et éthique de l'entreprise.

La pratique des codes de bonne conduite a connu une explosion depuis une trentaine d'années, il s'agit de promouvoir l'adoption ou d'ensembles désignés sous des noms variés : codes principes directeurs ou guides ou encore charte contenant des règles qualifiées de règles éthique,

de conduite, ou de déontologie ou tout simplement d'usages, tantôt limitées à une entreprise, tantôt étendues à l'échelle nationale et internationale (Delams-Marty).

Il s'agit d'établir un document, dans lequel l'entreprise entend définir les valeurs auxquels elle est attachée ou les principes généraux qui gouvernent son activité. La charte éthique apparaît comme un outil de bonne gouvernance permettant une responsabilisation sociale de l'entreprise.

Ce document répond à un souci croissant des entreprises de faire preuve de transparence tout en permettant de fixer un certain nombre de règles de conduite.

En pratique, cet outil peut, d'abord permettre un rappel des grands principes et valeurs auxquels l'entreprise est attachée, la prévention des conflits d'intérêts et la lutte contre la corruption ; Il peut aussi aborder les questions suivantes : gestion de l'entreprise, questions sociétales et environnementales.

Bien que cette pratique suscite quelques critiques doctrinales (Millet, 2017), Selon delmas Marty « *le risque est bien réel de glisser insensiblement d'une éthique supplétive vers une éthique alternative destinée à remplacer la règle de droit. L'objectif inavoué, de faire obstacle à une intervention du législateur devenue prétendument inutile, aboutirait en réalité à privatiser la règle de droit et à transformer le chef d'entreprise, directement concerné comme justiciable potentiel, en législateur, policier et juge au mépris de la plus élémentaire séparation des pouvoirs* ». Néanmoins, elle peut se révéler comme un véritable outil de bonne gouvernance pour le dirigeant qui a effectivement la volonté d'exercer elle-même une autodiscipline afin d'empêcher les comportements délictueux parce qu'ils peuvent fausser la concurrence et donner au public une mauvaise image de l'ensemble du monde des affaires.

Or, force est de constater que dans certains cas les codes de conduites jouent un simple rôle d'alibi, faisant croire à une moralisation de la vie des affaires qui n'existerait pas en réalité « *sortes d'écrans protecteurs, les codes de conduite auraient alors pour principale fonction de s'interposer entre le délinquant et le groupe social, de manière à empêcher toute véritable réaction sociale à l'infraction. D'instruments de prévention, ils deviendraient substituts à la répression* » (Marty, 1990).

Finalement, il faut souligner que ces codes constituent de simples recommandations à caractère consensuel, car n'ayant aucune valeur impérative ni coercitive ils devraient fonctionner davantage comme outil de prévention.

En conclusion, il est souhaitable que l'évaluation du risque pénal précède toute prise de décision importante susceptible d'engager la responsabilité pénale des personnes physiques ou morales concernées. En effet, la mise en place d'instruments de prévention bien que n'excluant pas le risque d'infractions, devrait permettre d'en réduire considérablement l'éventualité, notamment en attirant l'attention des intervenants sur un comportement délictueux qu'ils n'ont pas imaginé, en toute bonne foi.



## BIBLIOGRAPHIE :

- Amzazi M, (2013), éléments de droit criminel.
- Berrada M, (2017), l'Audit interne, tout simplement, outil de création de valeur et 'amélioration de la gouvernance des organisations.
- Blaise J B, (2007), droit des affaires.
- Bonan F, (1986), Le guide pénal du chef d'entreprise et du commerçant.
- Bonfils F, (2009), droit pénal des affaires.
- Bosquet DJ B (1997), Droit pénal des sociétés.
- Bresson J, (1958), « inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques », Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé.
- Cosson J (1987), « l'inflation pénale dans la loi française sur les les sociétés commerciales » Revue internationale de droit pénal » les sociétés commerciales et le droit pénal, le droit pénal de l'environnement, vol 58.
- Coulon J, (2008), la dépenalisation de la vie des affaires.
- Darsa JD, (2017), les risques stratégiques et financiers de l'entreprise.
- Giudicelli-delage G, (2006), Droit pénal des affaires.
- Larguier J (1992), Droit Pénal des affaires.
- Lazrak R, (1999), le nouveau droit pénal des sociétés.
- Lepage A, maistre de chombon P, salomon R, (2015) Droit pénal des affaires, lexisNexis,.
- Leyssac M, Mihman A, (2009), Droit pénal des affaires, Manuel théorique et pratique.
- Millet A, (2017) Guide pratique sur le risque pénal dans l'entreprise, avril, 2017.
- Pradel J, (1990), droit pénal économique.
- Pradel J, (2009), La pénalisation du droit des affaires, Fondation pour le droit continental.
- Pradel J, (2016), Droit pénal général.
- Stasiak F, (2009) « Droit pénal des affaires ».
- Véron M (2013), droit pénal des affaires.