



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA RESPONSABILITE PENALE DES DECIDEURS ET DES PERSONNES MORALES*

PHILIPPE RAIMBAULT

Référence de publication

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# **LA RESPONSABILITE PENALE DES DECIDEURS ET DES PERSONNES MORALES**

Les décideurs s'inquiètent souvent du récent mouvement de pénalisation de leurs activités. Cet article se propose d'évaluer l'effectivité de ce phénomène. L'analyse du droit positif témoigne alors d'un réel développement de la responsabilité pénale des décideurs – dont les causes essentielles sont politiques. Mais leur discours ne peut toutefois être accepté sans distanciation car les nouveaux dispositifs de pénalisation suscitent des réactions textuelles et pratiques qui permettent de neutraliser certaines incriminations et de limiter les poursuites pénales. De ce point de vue, le statut de décideur facilite le jeu de ces stratégies de contournement.

Decision-makers often worry about a recent trend of criminalisation of their activities. This paper attempts to evaluate the reality of this phenomenon. The analysis of current law testifies to the development of the criminal liability of leaders, which originates essentially in politics. However their discourse need to be accepted cautiously since the new instruments for penalising are faced to written and practical reactions which neutralise some offences and impede criminal charges. From this point of view the status of decision-maker makes it easier to work out strategies for avoiding criminal liability.

La responsabilité s'appréhende, au sens large, comme la nécessité morale, intellectuelle ou juridique de remplir un devoir, de satisfaire un engagement ou de réparer une faute. Bien qu'imprécise, cette définition permet de comprendre pourquoi la responsabilité est si souvent mobilisée : elle constitue un des moteurs essentiels des actions humaines, individuelles ou collectives, qu'elles se déroulent dans la sphère privée ou publique. Elle permet enfin de connecter différents registres normatifs, d'ordre philosophique, religieux, moral ou encore juridique. La multitude de ses usages interdit finalement d'en préciser la définition, sauf à en limiter la signification à un système normatif spécifique.

Encore faut-il nuancer ce propos puisque, même circonscrite au champ juridique, elle se décline en diverses formules. L'éclatement n'est certes pas total puisque ces registres se structurent autour d'une dichotomie essentielle : la fonction de réparation assignée à la responsabilité civile ou administrative se distingue de la fonction punitive des responsabilités disciplinaire, pénale, voire politique<sup>1</sup>. Les deux actions, relevant cependant d'une même démarche d'imputation, sont souvent menées en parallèle et disposent d'une vocation

normative similaire. Néanmoins, l'équilibre entre ces deux fonctions est susceptible de varier, comme l'illustre l'objectivation progressive de la responsabilité au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, laquelle témoigne de la volonté de privilégier les victimes. Plus récemment, un autre phénomène est venu bouleverser cet équilibre : le développement d'un réel engouement pour le juge pénal.

L'incendie du « Cinq-Sept » en 1970 et la condamnation du maire qui s'ensuivit marque le début du mouvement de pénalisation de la vie publique. Les années 1990 verront ensuite le recours au juge pénal se systématiser comme l'illustrent entre autres les affaires de Furiani ou du sang contaminé. Loin de se limiter aux décideurs publics, la pénalisation du contentieux vise également les chefs d'entreprise, responsables de multiples infractions à la législation du travail<sup>2</sup>. Ainsi, même si le phénomène est *a priori* plus discret en droit privé<sup>3</sup>, un « risque pénal » émerge pour l'ensemble des « décideurs », régulièrement sommés de répondre de leurs actes sur le plan pénal.

Reste que la catégorie des « décideurs » n'en est juridiquement pas une, comme le montrent l'absence du terme dans les écrits doctrinaux et le cloisonnement sectoriel des études réalisées sur la question. Pourtant, l'utilité d'une telle catégorie peut être établie. Publics ou privés, les « décideurs » disposent d'abord d'une même capacité à exercer un pouvoir, à prendre des décisions ayant des effets collectifs, susceptibles d'engager leur responsabilité à grande échelle. Par ailleurs, ces décideurs se heurtent souvent à des difficultés similaires et il ne paraît pas insensé de souhaiter comparer les régimes juridiques applicables. Enfin et surtout, ils agissent tous au sein d'une institution dotée d'intérêts spécifiques qui peuvent influencer sur leurs décisions. Ainsi, la catégorie des « décideurs » s'avère heuristique puisqu'elle met en exergue le lien d'interdépendance qu'ils entretiennent avec les institutions qu'ils dirigent. Elle rend alors possible une appréhension globale du phénomène de pénalisation de la société dans la mesure où ces institutions sont elles aussi concernées depuis que le nouveau Code pénal (NCP) a introduit dans le droit français la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales.

L'intérêt d'une identification large des personnes touchées par la pénalisation est donc tout simplement de permettre une évaluation de l'effectivité de ce phénomène. Une telle appréciation s'avère d'autant plus nécessaire que les individus concernés monopolisent souvent la parole sur le sujet, pour décrier, en évoquant le risque d'une paralysie des initiatives, cette nouvelle déclinaison de la judiciarisation de la société. Toutefois, le discours des personnes visées par les actions pénales ne saurait être admis sans distanciation. Or, une

quinzaine d'années de pratiques judiciaires depuis l'accélération du recours au juge pénal offre désormais à l'observateur un recul suffisant pour apprécier si la tonalité alarmiste du discours des acteurs est justifiée.

Pour ce faire, il convient tout d'abord de proposer une identification du phénomène de pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales (I), permettant d'établir sa réalité. Une fois son périmètre dessiné, il restera à évaluer l'ampleur du phénomène, en déterminant comment les instances judiciaires appréhendent la responsabilité/ irresponsabilité des décideurs et de leurs organisations. L'observation des pratiques atteste une neutralisation partielle de la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales (II).

## ***I- Identification d'un phénomène : la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales***

La détermination des contours du phénomène de pénalisation implique d'en recenser les manifestations en droit positif (A.). Une fois l'évolution normative établie, il conviendra d'en découvrir la signification (B.).

### ***A. Les manifestations de la pénalisation : une extension apparente des hypothèses de responsabilité***

Deux mouvements parallèles constituent la trame de la pénalisation : la multiplication des acteurs concernés (1.) et celle des incriminations (2.).

#### **1. La multiplication des acteurs concernés**

Longtemps bénéficiaires d'une immunité pénale justifiée par la séparation des autorités administratives et judiciaires, les fonctionnaires l'ont progressivement vue disparaître. En 1870, la suppression de la « garantie des fonctionnaires » instaurée par Bonaparte et renforcée par le Conseil d'État marque la fin de leur statut pénal spécifique, même si l'effet de la réforme fut un temps atténué par le jeu de la distinction entre faute personnelle et faute de service<sup>4</sup>. En 1935, l'admission de la possibilité d'engager la responsabilité pénale des fonctionnaires en

raison d'une faute de service met fin à l'ultime spécificité<sup>5</sup> : le droit pénal commun leur est désormais applicable.

Soumis à la même restriction d'immunité que les fonctionnaires jusqu'en 1935, les élus locaux bénéficient toutefois en 1974, l'émoi du « Cinq-Sept » aidant, d'un « privilège de juridiction ». Mal ressentie par le public, cette dérogation est abrogée en 1993 pour les soumettre au droit commun en matière pénale.

Une dernière restriction d'immunité découle de la création de la Cour de justice de la République par la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993. Cette institution vise à remédier à l'impunité pénale des ministres résultant en fait de la compétence exclusive à leur égard de la Haute Cour de justice (Rossetto, 1999). La lourdeur de la procédure et la politisation des pratiques se conjuguèrent en effet pour aboutir à de vrais dénis de justice. Le nouveau système laisse figurer des spécificités, mais il rapproche la nouvelle procédure du droit pénal ordinaire en incluant des magistrats au sein de la Cour et en donnant la possibilité aux citoyens de porter plainte. Même s'il est encore critiqué, le nouveau dispositif réduit l'immunité pénale des ministres. Il s'est de plus doublé d'un revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation, laquelle admet désormais de soumettre aux juridictions de droit commun les actes des ministres qui sont détachables de leurs fonctions (Beaud, 1998).

Au final, une accélération de la réduction des immunités pénales est bien perceptible depuis 1993. Ces évolutions procédurales nourrissent la pénalisation de la vie publique, tout comme y contribue l'émergence de la responsabilité pénale des personnes morales.

Du fait de sa rupture avec l'adage *societas delinquere non potest*, l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales est unanimement considérée comme la principale innovation du NCP. À titre d'exception au principe de responsabilité personnelle, ce dernier affirme en effet la responsabilité pénale de toutes les personnes morales, à l'unique exclusion de l'État. L'article 121-2 NCP exige la réunion de deux conditions cumulatives spécifiques pour que cette responsabilité puisse être engagée. L'acte délictueux doit d'abord être accompli matériellement par les organes ou les représentants de la personne morale. La seconde exigence impose que l'acte soit exécuté pour le compte de la personne morale. La conjugaison de ces deux conditions confronte alors les juges à l'épineux problème du cumul entre la responsabilité personnelle de l'auteur de l'infraction et celle de la personne morale pour le compte de laquelle il agit (Couturier, 1993). Malgré les incertitudes et ambiguïtés qui affectent le texte, son champ d'application est potentiellement vaste, laissant augurer un renforcement de la pénalisation. Le pronostic est renforcé par la récente suppression du principe de spécialité qui n'autorisait

initialement la mobilisation du mécanisme que *dans les cas prévus par la loi ou le règlement*. De fait, l'abrogation de cette formule par la loi du 9 mars 2004 *Perben II* généralise la responsabilité pénale des personnes morales (Raimbault, 2004).

La pratique juridictionnelle confirme le vaste potentiel d'incrimination de ce mécanisme qui permet de sanctionner des infractions économiques ou encore des atteintes au droit du travail (Maron/Robert, 1998). Moins touchées quantitativement, les personnes morales de droit public ont cependant fait l'objet de condamnations qui attestent, pardelà des réticences doctrinales unanimes (Mondou, 1993 ; Meyer, 1999), une réelle réception du mécanisme par les juges. La responsabilité des personnes morales permet ou facilite donc des poursuites auparavant difficiles ou impossibles, ce qui renforce un mouvement de pénalisation également étayé par le développement des incriminations.

## 2. La multiplication des incriminations

L'augmentation des dispositions pénales en droit interne se manifeste d'abord au cœur du droit pénal le plus classique. La promulgation du NCP a ainsi offert l'occasion de pallier des carences de la répression, en instituant par exemple le délit de mise en danger d'autrui (art. 223-1 NCP). Par ailleurs, le législateur identifie de nouveaux dommages collectifs qui expliquent notamment la pénalisation généralisée du droit de l'environnement (Bayle, 1993). Par-delà ce secteur, une réelle instrumentalisation du droit pénal est perceptible à travers les statistiques puisque 946 textes à incidence pénale ont été recensés entre 1985 et 1999 (Massot, 1999). À cette inflation pénale, s'ajoutent les sanctions administratives prises par les autorités administratives indépendantes qui se superposent parfois aux verdicts répressifs, accroissant encore l'impression de pénalisation.

Finalement, bien que la crise du droit pénal soit souvent dénoncée, les pouvoirs publics n'altèrent guère la pénalisation à sa source. Ils contribuent au contraire à nourrir ce contentieux en diversifiant les incriminations. L'inquiétude des décideurs trouve donc une part de légitimité dans l'évolution du droit national et se trouve renforcée par l'émergence d'un droit pénal international.

La référence au droit pénal international renvoie d'abord à la définition internationale d'infractions, lesquelles peuvent ensuite intégrer le droit interne, à l'instar du crime contre l'humanité. Les conventions internationales participent aujourd'hui largement à la formulation

des incriminations et cette influence risque de se renforcer avec le développement de la *coopération policière et judiciaire en matière pénale* (Titre VI du Traité Amsterdam)<sup>6</sup>.

L'expression s'entend aussi comme l'évocation de l'institution d'une véritable justice pénale internationale, laquelle se concrétise désormais avec la création de la Cour pénale internationale. Sans entrer dans le détail des procédures, il faut relever l'existence de cette nouvelle voie permettant d'engager la responsabilité des décideurs politiques et des fonctionnaires, notamment militaires.

Les développements internationaux du droit pénal viennent donc renforcer une tendance à pénaliser les comportements déjà marquée en droit interne. Les diverses manifestations du phénomène n'ont certes pas le même impact quantitatif, mais elles participent toutes d'une valorisation de la voie pénale dans l'établissement des responsabilités des décideurs. Il reste maintenant à élucider la signification cette évolution.

### *B. La signification de la pénalisation : une réponse hésitante à la demande de responsabilité*

Comprendre le mouvement de pénalisation implique de s'attarder sur les origines du phénomène (1.), avant de définir ses enjeux politiques (2.).

#### 1. Les origines de la pénalisation

Le souci d'améliorer la répression est la première justification du recours à des normes pénales, il est notamment invoqué pour fonder la responsabilité pénale des personnes morales. Une deuxième préoccupation, spécifiquement orientée vers les décideurs, rejoint cette volonté de perfectionner les modalités de punition. Il s'agit du principe d'égalité qui conduit à s'attaquer à leurs privilèges de juridiction et autres immunités. L'argument, particulièrement fort en droit français, est sans cesse sollicité. La référence mérite néanmoins d'être relativisée car ce principe n'échappe pas aux mobilisations contradictoires qui lui sont habituelles (Picard, 1993). Couplé avec une volonté de renforcer la répression, il conserve cependant un fort impact juridique.

Certaines carences du procès administratif sont de réelles incitations à se tourner vers le juge pénal. Ainsi, les mécanismes de responsabilité administrative ne satisfont pas toujours les victimes en raison de l'écran d'anonymat qu'offre l'usage fréquent de la faute de service. Cette occultation des responsabilités personnelles empêche une imputation précise du dommage et nuit à la reconnaissance de la victime. La logique d'indemnisation du juge administratif apparaît donc désormais insuffisante. À ce dépit s'ajoutent les avantages spécifiques du procès pénal. La charge de la preuve y est moins lourde pour les victimes car elle incombe aux autorités judiciaires dotées de moyens coercitifs. La procédure pénale présente aussi une utilité au plan de l'indemnisation puisque le juge d'instruction peut obliger le mis en examen à constituer des sûretés réelles ou personnelles pour préserver les droits des victimes (Art. 138 du code de procédure pénale).

Loin de s'expliquer seulement par le jeu des mécanismes juridiques, la pénalisation des activités des décideurs exprime l'existence d'attentes sociales. À cet égard, l'essentiel des besoins se résume en deux mots : comprendre et punir. Encore faut-il une prise de conscience préalable de l'existence d'un dommage, laquelle est relativement récente pour la plupart des préjudices subsumés sous l'appellation de *délinquance des cols blancs* (Lascoumes, 1997). Aussi l'éveil des individus vis-à-vis de ce type de criminalité constitue-t-il un facteur essentiel de l'aggravation de la pénalisation.

La volonté de comprendre correspond à un refus contemporain du risque et de la fatalité (Lombois, 1996) dans une société émancipée vis-à-vis du sentiment religieux et rassurée par le développement de l'État-providence. À l'inverse, l'exigence de sécurité se diffuse largement, sous forme d'assurances ou de mécanismes de solidarité sociale. Aussi, dès que ces protections défont et que survient un dommage, la victime tient à expliquer l'événement en comprenant le dysfonctionnement. Le juge pénal apparaît alors, du fait de ses pouvoirs d'investigations et de sa faculté d'organiser un débat public, comme l'interlocuteur susceptible de satisfaire *cette sorte d'attente de sens des gens* (Garapon, 1997, 9).

L'explication est d'autant plus forte que le besoin de comprendre est attisé sous la pression des médias. La médiatisation nourrit en effet la pénalisation à double titre : en posant des questions que les victimes sont incitées à porter en justice et en offrant une caisse de résonance à certaines actions pénales, publicité qui encourage certains plaignants à choisir cette voie. Aussi, bien qu'elle n'aille pas sans effets pervers – atteintes à la présomption d'innocence, à la vie privée... – la médiatisation constitue-t-elle indéniablement un facteur explicatif du développement de la pénalisation.



La détermination à faire sanctionner personnellement les coupables constitue le second moteur du développement de la responsabilité pénale. À cet égard, l'*a priori accusateur* (Vatier, 1997, 5) du procès pénal – instruction souvent menée exclusivement à charge, expertise pénale non contradictoire... – satisfait parfaitement, nonobstant ses défauts, le besoin de stigmatiser les responsables exprimé par les victimes. Son cérémonial présente de plus l'avantage pour les plaignants de permettre *de traduire leurs détresses, leurs angoisses en revivant le drame à l'audience et surtout de leur reconnaître le statut de victimes* (Laval, 2002, 19). Ainsi s'esquisse une mutation dans la perception du procès pénal : sa fonction de punition destinée à protéger la société glisse pour s'orienter vers la victime qu'elle contribue à reconforter. Au final, les objectifs de punition et de compréhension se rejoignent pour laisser percevoir la fonction politique désormais assignée à la responsabilité pénale.

## 2. Les enjeux politiques de la pénalisation

L'appel aux instruments de violence légitime traduit la remise en cause des « élites » par les citoyens et exprime une exaspération dont il faut comprendre les motifs. Il suffit pour cela de se rendre à l'évidence de l'inadaptation des autres mécanismes de responsabilité. Le cas des responsables politiques l'illustre puisque la doctrine constate unanimement que l'absence de responsabilité politique explique l'explosion de la responsabilité pénale (Beaud, Blanquer, 1999). Certains décideurs économiques font également les frais de la colère des petits actionnaires auxquels la pratique des « parachutes en or » laisse penser que la responsabilité professionnelle des patrons est un vain mot. Il reste certes toujours la voie de la responsabilité civile qui fonctionne pour sa part plutôt bien – y compris dans sa forme administrative – mais elle n'apporte pas nécessairement aux victimes la reconnaissance de culpabilité personnelle qu'elles attendent.

La responsabilité pénale se substitue donc aux responsabilités défailtantes pour compléter une responsabilité civile insuffisante. Par-delà l'appréciation portée sur ce phénomène, il est en lui-même révélateur d'une crise démocratique, de l'absence d'espace de débat public. Cette transformation du prétoire en théâtre du combat politique induit alors une reconfiguration du rôle des divers acteurs politiques.

Le transfert du débat politique devant les instances judiciaires affecte les équilibres institutionnels, en offrant aux juges un surcroît de légitimité qui leur permet de s'ériger en

contre-pouvoirs. Cette valorisation de la figure du juge se heurte cependant à quelques obstacles. D'une part, « le juge » n'est évidemment pas une catégorie uniforme et, pardelà l'irréductible altérité des individus, il se scinde en ordres de juridictions entre lesquels une concurrence existe (Hermann, 1998). Par ailleurs, l'accroissement du pouvoir des magistrats réactive la sempiternelle critique du « gouvernement des juges » (Demichel, 1995). La reconfiguration des pouvoirs qui s'opère sous l'influence de la pénalisation n'est donc pas linéaire ; elle s'expose aux résistances inhérentes à tout réaménagement d'envergure du Pouvoir. Ces dernières attestent en négatif l'impact de la pénalisation sur les structures politiques.

La confirmation du diagnostic émane d'un élargissement de l'analyse aux autres acteurs politiques. La pénalisation facilite en effet l'émergence de nouvelles forces, comme les associations auxquelles la faculté croissante de se constituer partie civile confère une capacité de sanction juridique indirecte. Leur activité n'est alors pas sans effets politiques, quand elle ne confine pas à l'activisme judiciaire revendiqué.

La pénalisation ne valorise toutefois pas uniquement des entités collectives puisqu'un seul individu peut, dès lors qu'il se prévaut de la qualité de victime, lancer le débat sur le comportement des décideurs en tentant d'engager un procès. Cette modalité d'intervention personnelle dans la sphère publique offerte par la pénalisation épouse l'individualisme des sociétés contemporaines, ce qui en renforce le développement. Dès lors, la banalisation des « affaires » participe en fait d'une restructuration du champ démocratique : celles-ci ne sont pas obligatoirement le signe d'une corruption accrue du pouvoir, mais plutôt l'expression d'une meilleure transparence.

Au final, la sollicitation croissante du juge pénal contribue à redistribuer les rôles entre les acteurs politiques. Ce mouvement n'est certes pas la cause exclusive de l'émergence ou du renforcement des nouveaux intervenants, mais il se conjugue à la crise des institutions représentatives pour valoriser des moyens d'intervention plus directs dans le jeu politique. Ainsi, les mobilisations sociales que suscite la pénalisation viennent la renforcer.

Toutefois, en dépit de ce solide potentiel d'institutionnalisation, le processus de pénalisation ne va pas sans provoquer de réactions. Aussi faut-il maintenant évaluer l'impact réel du phénomène, en analysant les effets des réponses imaginées par la pratique, souvent destinées à neutraliser une pénalisation fort décriée.

## ***II- Évaluation du phénomène : la neutralisation partielle de la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales***

En l'absence de données statistiques, le seul recours est l'analyse du droit positif. Une double neutralisation des nouveaux dispositifs résulte des réactions suscitées par le récent mouvement de pénalisation (A.) et de la pérennisation de réticences antérieures vis-à-vis de ce phénomène (B.).

### ***A. Une neutralisation suscitée par les nouveaux dispositifs : les réactions à la pénalisation***

En plus des restrictions textuelles qui empêchent certains décideurs d'être inquiétés (1.), émergent des restrictions pratiques qui conduisent à peu mobiliser les incriminations (2.).

#### **1. Les restrictions textuelles : des acteurs finalement peu inquiétés**

Face à la pénalisation croissante de leurs activités, les décideurs publics ont initié une réforme destinée à limiter l'engagement de leur responsabilité. La loi n° 96-393 du 13 mai 1996 incite ainsi les juges à l'apprécier *in concreto* en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de sécurité. Les doutes doctrinaux quant aux effets de ce texte allaient vite être confortés par la jurisprudence, des élus étant condamnés dans l'affaire des Thermes de Barbotan (Steinle-Feuerbach, 1997), des fonctionnaires subissant le même sort dans le procès du drame de Furiani (Prétot, 1997). Constatant son inefficacité, les élus ont alors revendiqué une autre intervention législative.

La loi *Fauchon* du 10 juillet 2000 réalise cette fois une vraie refonte de la culpabilité non intentionnelle. La définition de l'infraction n'y est certes pas modifiée en cas de lien de causalité direct entre la faute d'imprudence et le dommage, mais elle l'est en revanche dans l'hypothèse – la plus fréquente pour les décideurs – d'un lien de causalité indirect. Dans ce cas, sous réserve que l'auteur de l'infraction soit une personne physique, la faute doit être caractérisée ou encore constitutive d'une violation manifestement délibérée d'une obligation légale ou réglementaire de prudence ou de sécurité pour engager la responsabilité de son auteur. Cette exigence équivaut à une invitation du juge pénal à abandonner sa traditionnelle théorie

de l'équivalence des conditions – dont les effets répressifs sont bien connus – au profit de la théorie de la causalité adéquate pour apprécier l'imputation des dommages.

Ces changements, s'ils ne créent pas une impunité empêchant toute condamnation<sup>7</sup>, limitent toutefois les verdicts de culpabilité<sup>8</sup>. En dépit du risque politique qu'il représente et des quelques imperfections techniques qu'il recèle, ce texte est donc, aux yeux de ses promoteurs, une réussite.

Concernant la responsabilité pénale des personnes morales, il faut d'emblée concéder que la principale limite textuelle vient de tomber avec l'abrogation du principe de spécialité. La généralisation du mécanisme qui en résulte pourrait donc accentuer la pénalisation.

En revanche, les restrictions initiales liées au champ d'application personnel de cette responsabilité demeurent d'actualité. Les exclusions de responsabilité sont certes quasiinexistantes concernant les personnes morales de droit privé, mais l'État est placé hors du champ de cette responsabilité. En outre, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont pénalement responsables *que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de délégations de service public*. Loin d'être anodine, la précision emporte de réelles conséquences pratiques, l'affaire du Drac en témoigne<sup>9</sup>. La jurisprudence est certes encore peu développée, mais les quelques domaines déjà exclus, tels la police administrative ou l'éducation, sont suffisamment générateurs de dommages pour laisser penser que la restriction se révèle quantitativement importante. S'agissant des personnes publiques, seuls les établissements publics, les groupements d'intérêt public et de rares catégories résiduelles sont susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée sans entrave. Les limites dont ce dispositif juridique est affecté conduisent donc à en relativiser les effets, en soulignant notamment la persistance d'inégalités entre la situation des personnes publiques et celle des personnes privées. Ainsi, de nombreux textes atténuent la pénalisation en instituant des exceptions et dérogations au profit des décideurs et de certaines personnes morales, initiatives dont les effets sont renforcés par la faible mobilisation des incriminations.

## 2. Les restrictions pratiques : des incriminations peu mobilisées

En plus de leurs efforts de lobbying, les décideurs développent une logique de prévention des risques qui se décline sous des formes variées : intégration de volets juridiques au sein des programmes de formation, recours à une littérature pratique offrant des stratégies

destinées à s'épargner les affres d'un procès pénal. Les décideurs sont alors invités à faire un usage rigoureux de leurs pouvoirs ou à réclamer des informations auprès des autorités de contrôle (Barbieri, 1993 ; Conseil d'État, 1996). Ils sont aussi incités à user de la délégation de pouvoir (Clément, Vicentini, 2001), dont l'effet exonératoire est reconnu par la jurisprudence judiciaire<sup>10</sup>. L'anticipation du risque pénal est donc une réalité bien implantée dans l'environnement des décideurs, qu'ils soient publics ou privés.

L'effort de prévention se double d'une recherche explicite de dépénalisation qui passe par la réactivation d'autres modes de sanction, notamment disciplinaires (Truche, 1997). Le registre éthique ou déontologique est lui aussi souvent sollicité (Lascoumes, 1999) afin de dénier au législateur ou aux juges toute légitimité à intervenir, en prétextant l'existence d'une régulation interne à l'institution. Les acteurs font donc preuve d'imagination pour faire émerger des mécanismes d'anticipation, mais aussi des palliatifs à la responsabilité pénale. Ces nouvelles pratiques leur permettent d'éviter une mobilisation trop fréquente des incriminations pénales, donc de limiter les effets de la pénalisation en amont de toute action contentieuse.

L'identification des obstacles à la mise en œuvre des incriminations pénales n'est pas facile tant ils sont nombreux et peuvent émaner d'acteurs différents. S'agissant d'abord des victimes du préjudice, elles se heurtent parfois à l'inflation juridique qui les empêche de mobiliser les incriminations appropriées à leur affaire. Les optimistes se consolent en rappelant que la difficulté peut être contournée grâce au choix d'un bon avocat et par le biais du rôle attribué aux Parquets. Cette dernière objection mérite néanmoins d'être relativisée. En effet, chacun sait que le vote de dispositions pénales peut vite être ravalé au rang d'affichage politique dès lors que les moyens budgétaires alloués aux services répressifs ne sont pas à la hauteur des ambitions politiques énoncées, la relative impunité de la délinquance économique et financière l'a un temps montré.

Le délinquant lui-même dispose parfois de solutions pour éviter d'être poursuivi. La pratique des entreprises de transport maritime fournit un exemple significatif puisque des montages juridiques ou le jeu des filières étrangères leur permettent souvent d'échapper aux rigueurs du droit positif. Les multinationales s'appuient effectivement sur le respect de la souveraineté du pays où elles s'affilient ou encore sur des normes internationales souvent bien timides pour s'affranchir des tribunaux des pays victimes des pollutions. Dès lors, la pénalisation opérée en droit interne n'est qu'une façade déployée par quelques États. Ils font ainsi preuve de bonne volonté auprès de leur opinion publique, tandis qu'ils s'abstiennent dans le même temps, sous la pression des firmes multinationales, de promouvoir au plan

international des règles contraignantes et efficaces. Là encore, la stratégie d’affichage n’est pas loin.

Il n’est donc nul besoin de multiplier les exemples pour établir que, au delà de quelques difficultés techniques, la mobilisation des incriminations pénales se heurte avant tout aux stratégies individuelles et institutionnelles des acteurs juridiques. Ces moyens d’évitement ne jouent certes pas avec la même intensité pour toutes les infractions et tous les auteurs. S’agissant des décideurs, l’argument mérite cependant d’être pris en considération car leur situation rend plus aisée la mise en œuvre de ces stratégies.

### *B. Une neutralisation inhérente à la pénalisation de l’activité des décideurs : la pérennisation de réticences antérieures*

L’esquive pénale peut apparaître comme une tendance de fond au regard de l’existence de privilèges législatifs qui perdurent (1.) et de la récurrence des obstacles auxquels se heurtent les juridictions (2.).

#### 1. Des privilèges législatifs qui perdurent

La chasse aux impunités qui concrétise le mouvement de pénalisation n’empêche ni la persistance d’immunités, telles celle dont bénéficient les parlementaires pour préserver leur liberté politique, ni la permanence de juridictions spécialisées. Les ministres restent ainsi soumis à une juridiction d’exception : la Cour de justice de la République. Même si la réforme constitutionnelle de 1993 opère un rapprochement avec le droit commun, la mise en œuvre de la procédure demeure spécifique et le jugement continue d’obéir à une logique partiellement politique du fait de la composition – 75% de juges parlementaires – de la Cour. Or, le jugement par des pairs est de nature à susciter un corporatisme protecteur pour les personnes poursuivies. La rationalisation opérée reste donc partielle, comme l’atteste le traitement par la Cour de l’affaire du sang contaminé (Breen, 1995 ; Beaud, 1999). La pratique ultérieure atténue toutefois un peu ce constat puisque dix ans de jurisprudence témoignent d’une accélération du rythme des poursuites<sup>11</sup>, même si les condamnations effectives demeurent pour l’heure exceptionnelles<sup>12</sup>. La rareté des sanctions explique du reste le développement dans l’opinion

d'une lecture un peu cynique de la création de cette juridiction qui en fait l'élément d'une stratégie d'affichage destinée à apaiser la vindicte populaire. Par-delà les appréciations qu'elle suscite, la Cour de justice de la République constitue en tout cas une survivance des tribunaux d'exception de nature à limiter la pénalisation.

Le Président n'est quant à lui responsable *des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison*. La procédure hautement politique et la structure exclusivement parlementaire de la Haute Cour de justice, seule compétente pour le juger, parachèvent le tableau d'un privilège de juridiction absolu. Là encore, la pénalisation connaît un sérieux bémol à l'égard du principal dirigeant politique du pays. De plus, le Conseil constitutionnel renforce encore son immunité, en interdisant toute poursuite pénale devant les juridictions ordinaires durant le mandat, y compris pour des faits commis antérieurement à l'entrée en fonctions<sup>13</sup>. Les propositions de la Commission *Avril* relatives à l'évolution du statut pénal du Président ayant été opportunément oubliées, ce dernier reste pour l'heure bien protégé contre la pénalisation.

La réputation sulfureuse des juridictions d'exception conduit parfois les responsables à rechercher un moyen plus discret d'éluder leur responsabilité pénale. L'argumentation de la spécificité des fonctions exercées sert alors souvent de justification pour réclamer l'édiction de règles de fond dérogatoires au droit commun. Le premier réflexe des élus locaux face à leurs mises en cause pénales fut d'ailleurs de cet ordre, avant que la crainte de réactions hostiles ne les incite à procéder autrement. Cet exemple montre que la tentation des décideurs de faire adopter des textes explicitement protecteurs perdure.

Dans certains cas, cette logique de protection est implicite : derrière l'objectif proclamé d'un texte se dissimule alors la volonté d'exonérer les décideurs de leurs responsabilités.

L'institution de la responsabilité pénale des personnes morales peut faire l'objet d'une telle lecture, même si la réforme ne saurait être ravalée à ce seul but stratégique. Les premiers arrêts<sup>14</sup> ont confirmé que l'institution de ce mécanisme se traduisait en fait par une limitation de la responsabilité pénale des personnes physiques. Ainsi, un mécanisme législatif marquant *a priori* la pénalisation peut finalement être perçue comme une limite à l'accroissement de la responsabilité pénale des décideurs personnes physiques.

## 2. Des obstacles juridictionnels qui persistent

Un problème récurrent limite l'action répressive des magistrats : l'inadaptation des sanctions aux auteurs des infractions. La question se pose avec acuité dans le domaine politique, les peines pénales apparaissant parfois disproportionnées au regard de la faute politique commise (Beaud, 1999).

La difficulté s'est dupliquée avec l'apparition de la responsabilité pénale des personnes morales. La doctrine publiciste s'est beaucoup inquiétée de l'inadaptation des peines de droit commun à des entités fictives, en fustigeant notamment l'inutilité des peines non pécuniaires (Gartner, 1994). Ces auteurs rejoignent enfin les privatistes pour critiquer l'amende, seule peine pressentie comme véritablement applicable. Tous notent qu'elle peut conduire à sanctionner indirectement les victimes de l'infraction qui, en tant que contribuables ou salariés, font finalement les frais de la condamnation. Dès lors, faute d'imagination pour créer des sanctions spécifiques, le constat d'une large inadéquation du dispositif répressif s'impose. Dans ces deux cas, un régime de peine inapproprié contraint souvent le juge à une clémence dépassant ses intentions initiales.

Le mot « pressions » résume les obstacles politiques auxquels se heurtent parfois les juridictions dans leur mission répressive. Sans sombrer dans une caricature sommaire, il faut rappeler que l'organisation juridictionnelle ménage une place aux instructions politiques du fait de la dépendance – par ailleurs nécessaire pour mener une politique criminelle – du Parquet à l'égard de la Chancellerie. Couplé avec le rôle octroyé aux procureurs dans la détermination de l'opportunité des poursuites, cet aménagement de l'indépendance augure quelques abus. Classements sans suite ou ordonnances de non-lieu opportuns viennent ainsi rappeler que la proximité du pouvoir politique constitue un précieux atout en cas de poursuites pénales. Or, les décideurs politiques ou économiques sont, de par leur position institutionnelle et/ou sociale, plus enclins à bénéficier de ces dysfonctionnements que les « petits délinquants ». Dès lors, sans pour autant relayer l'idée d'une justice de classe – du moins dans le simplisme que véhicule souvent la formule – une évidence malpolie doit être rappelée : les pressions politiques sont de nature à atténuer le phénomène de pénalisation de l'activité des décideurs. Cette limitation potentielle du phénomène n'étonnera guère : elle constitue l'illustration contemporaine du combat perpétuel qu'est l'indépendance de la justice. Il n'y a finalement là qu'une confirmation de l'importance des enjeux démocratiques sous-jacents au développement de la pénalisation.



À l'heure du bilan, il faut admettre que le discours inquiet des décideurs prend racine dans les développements récents du droit positif. Pour autant, leurs propos ne sauraient être pris à la lettre car les nouveaux dispositifs de pénalisation suscitent des réactions qui permettent d'éluder certaines poursuites.

Le point d'équilibre n'est pas atteint dans un champ où la structuration normative et les pratiques judiciaires ne sont pas encore stabilisées. Aussi le bilan dépend-il du prisme adopté : le décideur ne voit que l'ombre du juge pénal, tandis que la victime se focalise sur les multiples moyens dont disposent les « coupables » pour lui échapper. Chacune de ces opinions recèle sa part de caricature. C'est pourquoi il faut prendre acte de la pénalisation, dont les effets sont trop patents pour être niés. Mais il convient d'admettre qu'elle engendre des réactions, suscite des stratégies destinées à en apaiser les effets. À cet égard, la qualité de décideurs des personnes visées n'est évidemment pas neutre : elle facilite leurs initiatives et en démultiplie les conséquences. Il ne s'agit pas pour autant d'évoquer un quelconque complot des décideurs, mais simplement de constater qu'un jeu de stratégies particulièrement efficaces leur permet d'échapper, plus souvent que d'autres, à la pénalisation de leurs activités. La situation peut certes être déplorée, mais la liberté politique est à ce prix. Seul le droit issu d'un débat démocratique peut en atténuer le coût, en proposant des modalités de responsabilité adaptées aux exigences politiques de la société.

## BIBLIOGRAPHIE

BARBIERI J.-F., 1993, L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales, *Les Petites Affiches*, 120, 22-28.

BAYLE M., 1993, L'incidence de la réforme en droit de l'environnement, *Les Petites Affiches*, 120, 40-47.

BEAUD O., 1998, La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres, Paris, *Dalloz*, chr. 177-182.

BEAUD O., 1999, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, coll. Béhémoth.

BEAUD O. , BLANQUER J.-M., 1999, Introduction, in BEAUD O. , BLANQUER J.-M. (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Descartes et Cie, coll. « Droit », 7-16.

BREEN E., 1995, Responsabilité pénale des agents publics : l'exemple de l'affaire du sang contaminé, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 781-791.

CLÉMENT G., VICENTINI J.-Ph., 2001, La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière pénale, *Les Petites Affiches*, 210, 5-13.

CONSEIL D'ÉTAT, 1996, *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, Paris, La Documentation française.

- COUTURIER G., 1993, Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques, *Revue des sociétés*, 307-314.
- DEMICHEL A., 1995, Le droit pénal en marche arrière, *Dalloz*, chr. 213-216.
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), 1997, *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz.
- GARAPON A., 1997, La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?, *Les Petites Affiches*, 12, 9-10.
- GARTNER F., 1994, L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, *Revue Française de Droit Administratif*, 126-158.
- HERMANN J., 1998, Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?, *Dalloz*, chr. 195-202.
- LASCOUTES P., 1997, *Élites irrégulières. Essai sur la délinquance d'affaires*, Gallimard.
- LASCOUTES P., 1999, Régulations professionnelles au-delà ou en deçà du droit ? Chartes éthiques et codes de bonne conduite, *Cahiers de la sécurité intérieure*, 36, 109-119.
- LAVAL N., 2002, *Le juge pénal et l'élu local*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes.
- LOMBOIS C., 1996, Rapport de synthèse, *Les Petites Affiches*, 120, 48-55.
- MARON A., ROBERT J.-H., 1998, Cent personnes morales pénalement condamnées, *Pénal*, 10, 4-5.
- MASSOT J., 1999, *Rapport remis au Garde des Sceaux*, 16 déc.
- MEYER F., 1999, Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles, *Revue Française de Droit Administratif*, 920-936.
- MONDOU C., 1993, Responsabilité pénale des collectivités territoriales, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 539-548.
- PICARD E., 1993, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application, *Revue des sociétés*, 261-287.
- PRÉTOT X., 1997, La responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics. À propos de l'affaire du Stade de Furiani, *Revue du Droit Public*, 1601-1614.
- RAIMBAULT Ph., 2004, La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2427-2430.
- ROSSETTO J., 1999, L'évolution de la responsabilité pénale des ministres sous la V<sup>ème</sup> République, in BEAUD O., BLANQUER J.-M. (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Descartes et Cie, coll. « Droit », 267-281.
- STEINLE-FEUEBACH M.-F., 1997, La responsabilité pénale des maires en cas de catastrophe (au regard des procès de Bruz et de Barbotan), *JCP*, I, 4057, 435-441.
- TRUCHE P., 1997, La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?, *Les Petites Affiches*, 12, 11-13.
- VARINARD A., 1981, À propos d'une recherche sur la criminalité des accidents du travail, la réaction pénale face à l'accident du travail, in COLLECTIF, *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 407-426.
- VATIER B., 1997, La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?, *Les Petites Affiches*, 12, 4-6.

## NOTES

1. Cette dernière relève d'une logique « répressive » dont atteste la fréquente référence au « vote-sanction », mais elle mérite d'être distinguée car elle est établie dans le cadre de procédures spécifiques, ne donnant pas lieu à un procès.
2. La Cour de cassation considère que les chefs d'entreprise sont responsables des infractions constatées dans leur établissement, sauf à rapporter la preuve d'une délégation de pouvoir expresse et effective : Cass. crim. 23 nov. 1950, *Bull. crim.* n° 267. Une loi de 1976 a cherché à limiter les effets de cette jurisprudence mais les possibilités d'exonération restent restreintes.
3. Quantitativement, les condamnations pénales de chefs d'entreprises sont beaucoup plus nombreuses. Mais les entrepreneurs contestent moins la pénalisation, car l'habitude leur en fait admettre le principe et parce que les poursuites sont relativement rares au regard du nombre d'infractions constatées (Varinard, 1981).
4. TC, 30 juil. 1873, *Pelletier*, *Rec.* p. 117 ; *GAJA* n° 2.
5. TC, 14 janv. 1935, *Thépaz*, *Rec.* p. 224 ; *GAJA* n° 49.
6. Si la compétence pour incriminer les manquements au droit communautaire reste exclusivement étatique, il arrive en effet que les textes communautaires enjoignent aux États membres de punir certaines violations des normes édictées au niveau supranational.
7. Cass. crim. 2 déc. 2003, *Pierrick P.*, *Droit pénal* 2004, n° 17, pour une faute caractérisée d'un maire.
8. L'affaire du Drac l'a démontré puisque la Cour de cassation y utilise cette loi pour renvoyer l'affaire devant la cour d'appel de Lyon, laquelle relaxe l'enseignante et la directrice d'école poursuivies : CA Lyon, 28 juin 2001, *Gaz. Pal.* 29-31 juil. 2001, p. 1140, note S. Petit.
9. Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 371, où l'arrêt condamnant la ville de Grenoble en raison de l'imprudence commise par une employée municipale lors de l'organisation d'une sortie scolaire est cassé en raison du caractère non délégable d'une activité située à la périphérie du service public de l'enseignement.
10. Cette jurisprudence – Cass. crim. 23 nov. 1950, *précité* – précise désormais que *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* : Cass. crim. 11 mars 1993, *Bull. crim.* n° 112.
11. Outre le procès du sang contaminé, la Cour a statué deux fois : le 16 mai 2000 sur le cas de S. Royal, accusée de diffamation, et le 7 juillet 2004 sur le cas de M. Gillibert, poursuivi pour escroquerie. Trois autres affaires en sont restées au stade de

l'instruction : prescription pour G. Dufoix mise en cause pour financement occulte d'une campagne électorale ; incompétence pour M. Noir poursuivi pour recel d'abus de biens sociaux et non-lieu pour C. Evin mis en cause pour homicide involontaire dans la gestion du dépistage du Sida. Enfin, trois dossiers sont en cours d'instruction : M. Sapin dans l'affaire du Crédit Lyonnais ; quatre anciens ministres de l'agriculture à propos de la contamination des victimes humaines de la « maladie de la vache folle » ; C. Pasqua dans trois procédures visant des faits présumés de complicité et recel d'abus de biens sociaux et de corruption passive.

12. E. Hervé, seul condamné lors du procès du sang contaminé, a été dispensé de peine. Seul M. Gillibert a donc fait l'objet d'une condamnation effective : trois ans de prison avec sursis et 20 000 € d'amende.
13. CC 98-408 DC, 22 janv. 1999, consid. 16, *Rec.* p. 29.
14. Le bilan des cent premières condamnations de personnes morales fait clairement apparaître la tendance des juridictions à éluder la responsabilité des personnes physiques (Maron/Robert, 1998).