

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Une mise en cause accrue des personnes morales de droit public

L'ESSENTIEL

■ **Généralisation**

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 établit un principe de généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Les infractions commises par ces dernières n'auront plus besoin d'être énumérées.

■ **Continuité**

Toutefois, les conditions de mise en cause de la responsabilité pénale des collectivités locales sont inchangées.

UNE ANALYSE DE
Didier SEBAN
et Isabelle GUTTADAURO,
avocats à la Cour,
Cabinet Seban & Associés

A compter du 31 décembre 2005, une personne morale de droit privé, comme de droit public, sera susceptible de se voir reprocher toute infraction de droit commun, dans les conditions de l'article 121-2 du Code pénal. Depuis la réforme du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, les personnes morales de droit privé, comme de droit public, hormis l'Etat, peuvent engager leur responsabilité pénale, sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal, dont les dispositions ont été récemment modifiées par la loi du 9 mars 2004.

Aux termes de l'article susvisé, pris dans sa rédaction antérieure au 9 mars 2004: «les personnes morales, à l'exception de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 du Code pénal et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants». L'article 121-2 du Code pénal instituait ainsi une responsabilité pénale spéciale, dans la

mesure où elle devait être spécifiquement prévue pour l'infraction considérée.

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a profondément modifié le régime juridique de la responsabilité pénale des personnes morales. En effet, les termes «dans les cas prévus par la loi ou le règlement» ont été abrogés. La loi établit de ce fait un principe de généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Les personnes morales de droit public autres que l'Etat ne sont pas exclues de cette réforme. Il convient dès lors de s'interroger sur l'impact de cette loi à l'égard des collectivités territoriales et des établissements publics. Par ailleurs, la question se pose de savoir si le principe de généralisation issu de la loi du 9 mars 2004 aggravera la pénalisation de l'activité des personnes morales de droit public ou si, en définitive, cette réforme n'aura qu'un retentissement minime sur leur responsabilité.

Cette réforme étend la liste des infractions pouvant être reprochées aux personnes morales. Toutefois, elle ne modifie pas les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Par ailleurs, nombre d'incriminations devaient en pratique échapper au mécanisme du nouvel article 121-2 du Code pénal.

I. La principe de généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales

A. Pas de remise en cause des conditions de mise en œuvre

Dans sa rédaction initiale de 1994, l'article 121-2 du Code pénal limitait les incriminations susceptibles d'être reprochées aux personnes morales à une liste d'infractions,

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Code pénal, article 121-2.

par ailleurs sans cesse rallongée par le législateur. La responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait donc être engagée que si un texte répressif le prévoyait expressément pour l'infraction en cause. Or, la liste exhaustive des infractions, pour lesquelles la responsabilité pénale des personnes morales était prévue, restait difficile à établir. De plus, le législateur manquait de cohérence lorsqu'il envisageait, pour une infraction précise, la possibilité de rechercher la responsabilité pénale de la personne morale et restait néanmoins muet sur cette possibilité à l'égard d'infractions similaires.

Le législateur a donc pris acte de ces imperfections juridiques en ouvrant le champ d'application matérielle de la responsabilité pénale des personnes morales. Le principe de généralité s'appliquera donc à compter du 31 décembre 2005 alignant la responsabilité pénale des personnes morales sur celle des personnes physiques.

Toutefois, l'exacte portée de la loi du 9 mars 2004 ne doit pas être méconnue. Cette loi n'a absolument pas remis en cause les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des collectivités territoriales et des établissements publics. Celles-ci connaissent les mêmes limites qu'auparavant.

1. La notion d'activité susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public

Les collectivités territoriales ne sont responsables que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de service public (art. 121-2 alinéa 2 du Code pénal). Le juge pénal devra donc continuer à rechercher les activités déléguables et celles qui ne le sont pas. Il vérifiera si une activité, gérée en régie par une collectivité territoriale et à l'occasion de laquelle une infraction a été commise, était susceptible de connaître un mode de gestion déléguée. A titre d'exemple, les transports en commun, les cantines scolaires, le ramassage des ordures ménagères, la distribution de l'eau sont des activités susceptibles de délégation.

De même, la jurisprudence a considéré comme pouvant faire l'objet d'une activité susceptible de délégation de service public la gestion d'un abattoir intercommunal (1) ou l'exploitation en régie du domaine skiable d'une commune (2).

Par ailleurs, la jurisprudence a retenu la responsabilité pénale d'une commune du chef d'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement sans autorisation préfectorale préalable, en considérant que l'exploitation d'une station de traitement de résidus urbains constituait une activité déléguable (3).

En revanche, l'état civil, l'organisation des élections, la délivrance des permis de construire ne sont pas déléguables. D'autres activités non plus : la police administrative, la constatation des infractions, le service des archives, la gestion des chambres mortuaires des établissements de santé, les services d'incendie et de secours.

De même, la jurisprudence a exclu les activités scolaires et périscolaires (affaire du Drac) du champ des activités susceptibles de délégations (4).

Cette obligation selon laquelle le juge se doit de rechercher si, pour l'exécution du service concerné, une délégation était ou non possible, peut, en pratique, aboutir à des solutions juridiques peu compréhensibles. A titre d'exemple, le service public de l'éducation n'est pas, selon la jurisprudence constante,

À NOTER

Les collectivités ne sont responsables que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de service public.

susceptible de délégation (5). En revanche, celui de la fourniture des repas scolaires l'est. Ainsi, lorsqu'une commune prendra une délibération par laquelle elle entend suspendre la fourniture de produits frais aux seules cantines des écoles dont les enfants scolarisés sont majoritairement issus de l'immigration, elle engagera sa responsabilité pénale pour discrimination (article 432-7 du Code pénal). Toutefois, si le maire refuse d'admettre aux classes de découvertes les écoles dont les enfants scolarisés sont majoritairement issus de l'immigration, celui-ci n'engagera pas la responsabilité de la commune pour discrimination. Il engagera heureusement sa propre responsabilité pénale.

2. Une responsabilité pénale « par ricochet »

L'imputation dite « par ricochet » demeure. Le mécanisme de la responsabilité pénale des personnes morales nécessite l'intervention de

personnes physiques. Ces dernières commettent une infraction imputée par la suite à la personne morale dont elles sont les organes ou les représentants. Les éléments constitutifs de l'infraction que l'on veut imputer à la personne morale doivent donc être recherchés sur le chef de l'organe ou du représentant de celle-ci. Le juge n'a pas à rechercher si la personne morale a souhaité l'infraction.

Il recherchera, dans un premier temps, si une infraction a été commise par l'organe ou le représentant, personne physique, puis analysera ensuite si les circonstances de l'infraction permettent d'imputer celle-ci à la personne morale. Ainsi, la disparition du principe de spécialité n'entraîne pas la mise en œuvre automatique de la responsabilité pénale de la collectivité publique.

Ainsi, concernant les personnes morales de droit public, l'organe sera le maire et le conseil municipal pour la commune ; le président du conseil général et le conseil général pour le département et le président du conseil régional et le conseil régional pour la région.

Concernant les établissements publics, il s'agira des président, directeur ou directeur général.

3. L'infraction doit être commise dans l'intérêt de la personne morale

La responsabilité de la collectivité territoriale ou de l'établissement public ne peut être engagée que si l'infraction a été commise pour le profit ou pour le compte de la collectivité ou de l'établissement. Ainsi, le maire n'engage pas la responsabilité de la commune si l'infraction a été commise dans son propre intérêt ou pour son profit personnel.

Ainsi, pour chaque espèce, et afin d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale de droit public, le juge devra, avant d'étudier les éléments constitutifs de l'infraction, répondre à trois questions préalables :

- l'infraction a-t-elle été réalisée dans le cadre d'une activité susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public ?
- l'infraction a-t-elle été commise par le représentant de la personne morale ?
- l'infraction a-t-elle été commise pour le compte de la personne morale ?

(1) Crim. 23 mai 2000, Bull. crim. n° 200.

(2) Crim. 14 mars 2000, Bull. crim. n° 114.

(3) CA Montpellier, 22 octobre 2002.

(4) Crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n° 371.

(5) Crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n° 371, Affaire du Drac.

Néanmoins, la loi du 9 mars 2004 n'est pas totalement dépourvue d'impact sur la responsabilité pénale des collectivités territoriales et des établissements publics, dans la mesure où ces personnes pourront faire l'objet d'une sanction pénale lorsqu'une infraction de droit commun sera commise dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de délégations de service public par leurs organes ou représentants.

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales n'ont donc pas été modifiées. Seule la liste des infractions susceptibles d'être reprochées, notamment aux collectivités publiques décentralisées, a été allongée.

B. Les nouvelles incriminations dont une collectivité publique pourra être auteur ou complice

A compter du 31 décembre 2005, toute infraction de droit commun sera susceptible, désormais, d'engager la responsabilité pénale de la collectivité publique ou de l'établissement public. Le principe de généralisation de la responsabilité ne concerne que les infractions de droit commun qui seront commises postérieurement au 31 décembre 2005. Aucune portée rétroactive ne pourra être attribuée à la loi de 2004, loi pénale de fond plus sévère. Concernant les infractions qui ont été commises entre le 1^{er} mars 1994 et le 31 décembre 2005, le juge devra leur appliquer le mécanisme ancien de la spécialité.

1. Les infractions codifiées

Le risque pénal sera, en 2006, très large. Seules quelques infractions échapperont également à la répression.

Ainsi, les infractions de presse échapperont au principe de généralisation. En effet, l'article 55 de la loi du 9 mars 2004 insère dans la loi sur la liberté de la presse de 1881 un article 43-1, ainsi qu'un article 93-4 dans la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et électronique, aux termes desquels les dispositions de l'article 121-2 du Code pénal ne sont pas applicables aux infractions susceptibles d'être réprimées selon le mécanisme de la responsabilité « en cascade ». A titre d'exemple, une commune, un département, une région ne pourront pas engager leur responsabilité pénale pour le délit de diffamation publique ou celui d'injures publi-

ques. Il n'en demeure pas moins que nombre d'infractions auparavant exclues du champ d'application de l'article 121-2 du Code pénal pourront, vraisemblablement, être imputées aux personnes morales.

Par exemple, le harcèlement moral (article 222-33-2 du Code pénal) pourra trouver une juste application, lorsqu'une commune, par l'intermédiaire du maire, aura multiplié les sanctions disciplinaires illégalement prises dans l'unique dessein de provoquer la démission de l'agent victime. De même, le délit de discrimination (article 432-7 du Code pénal) pourra désormais être imputé à une personne morale de droit public.

Par ailleurs, les contraventions de défaut de réponse à une réquisition des autorités judiciaires ou administratives (article R 642-1 du Code pénal) ou d'abandon d'armes ou d'objets dangereux (article R 641-1 du Code pénal) pourront également être appliquées à une personne morale de droit public.

Cependant, si, théoriquement, toutes les infractions qui, jusqu'à présent, ne pouvaient être commises que par « une personne dépositaire de l'autorité publique », « investie d'un mandat électif public » ou « chargée d'une mission de service public » pourront s'appliquer aux personnes morales de droit public, comme de droit privé, il convient, néanmoins, de s'interroger sur l'imputabilité de telles infractions aux personnes morales. En effet, il semble que dans de telles hypothèses, un élément constitutif de l'infraction fera défaut; une personne morale de droit public n'étant pas, par exemple, investie d'un mandat public.

Il en est de même des infractions du livre IV, titre III, chapitre II du Code pénal, relatives aux atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique. L'intitulé du chapitre sous-entend que ces infractions ne peuvent être commises que par les personnes ayant la qualité de fonctionnaire ou d'élu. Or une commune ou un département ne sont pas des personnes « chargées d'un mandat électif » ou « dépositaire de l'autorité publique ».

2. Les infractions hors Code pénal

Les infractions hors Code pénal pourront bien évidemment engager la responsabilité pénale des personnes morales.

A titre indicatif, les infractions au droit de l'urbanisme pourront être imputées aux per-

sonnes morales. Ainsi, à compter du 31 décembre 2005, la jurisprudence sera en mesure d'imputer l'infraction de construction sans permis (article L.480-4 du Code de l'urbanisme) à la personne morale propriétaire ou responsable des travaux. Il convient de noter que la responsabilité pénale de la personne morale pourra, toutefois, se cumuler avec celle de son dirigeant.

Les contraventions du Code de la santé publique, prévues et réprimées aux articles R.3512-1 et R.3512-2, pourront être reprochées aux personnes morales de droit public. Le premier de ces textes réprime le fait de fumer dans des lieux publics et le second sanctionne le fait de mettre à la disposition des fumeurs des lieux inadaptés à l'usage du tabac ou de ne pas procéder à une signalisation apparente rappelant l'interdiction de fumer dans les lieux publics. A titre d'exemple, la chambre criminelle a rejeté, en 2005, le pourvoi dirigé contre un arrêt de cour d'appel qui relaxait le maire d'une commune, également président du conseil d'administration du centre communal d'action sociale (CCAS), du chef de la contravention prévue par l'article R.3512-2³ du Code de la santé publique (6). En l'espèce, le maire

À NOTER

Toute infraction de droit commun est susceptible, à compter du 1^{er} janvier 2006, d'engager la responsabilité pénale d'une collectivité.

n'avait pas fait respecter les mesures de signalisation rappelant l'interdiction de fumer dans un foyer d'accueil géré par ce centre.

Les juges énonçaient que le prévenu « n'a reçu, ni de la loi, ni d'une délégation du conseil d'administration du centre communal, de pouvoir de contrôle ou de surveillance en matière d'hygiène et de sécurité. Les juges en concluent que la poursuite n'a pas été dirigée contre l'auteur de l'infraction constatée ». Il convenait, dès lors, de rechercher le véritable auteur de cette contravention. Or, en faisant application du principe de spécialité, la jurisprudence ne pouvait répondre à cette question. A compter du 31 décembre 2005, il sera désormais possible d'engager, dans une telle hypothèse, la responsabilité du centre, établissement public doté de la personnalité morale, dont certaines activités sociales et médico-sociales peuvent d'ailleurs faire l'objet de délégations de service public.

Toutefois, il convient de rappeler que, dans ces hypothèses, le juge pénal devra, au pré-

lable, s'interroger sur la nécessaire présence d'une activité susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public, ce qui ne manquera pas de rendre l'application de la loi peu cohérente!

● **La responsabilité de l'agent public**

A. L'inadéquation quant à certaines incriminations

Certaines infractions ne peuvent vraisemblablement pas être imputées à des personnes morales. Elles ne semblent ni adaptées ni adaptables au mécanisme d'imputation à la personne morale des faits délictueux commis par la personne physique.

De surcroît, comme il l'a déjà été indiqué, certaines infractions, de par leur définition et les éléments constitutifs qui les composent, ne semblent pas pouvoir être imputables aux personnes morales de droit public.

A titre d'exemple, il apparaît difficilement envisageable qu'une personne morale, de droit public, comme de droit privé, puisse être condamnée sur le fondement de l'article 222-33 du Code pénal réprimant le harcèlement sexuel, dans la mesure où le but de l'infraction n'est propre qu'à la personne physique. Comment peut-on, sans tomber dans l'excès, affirmer qu'un maire aura abusé de son autorité pour obtenir les faveurs sexuelles d'un de ses fonctionnaires « pour le compte » de la commune?

Par ailleurs, l'imputation du délit d'interruption illégale de grossesse pose des difficultés d'application. Aux termes de l'article L.2222-2 du Code de la santé publique, l'interruption de grossesse est pénalement réprimée lorsqu'elle est pratiquée notamment par une personne qui n'a pas la qualité de médecin, ou dans un lieu autre qu'un établissement hospitalier. Si l'imputation de cette infraction à un hôpital public ou privé semble logiquement concevable, celle-ci paraît être une hypothèse d'école à l'encontre d'une collectivité territoriale.

Il en est de même du délit d'évasion (article 434-27 du Code pénal). Le délit ne peut pas être reproché à une personne morale, dans la mesure où l'auteur de cette infraction ne peut être qu'un détenu.

Quant au délit de prise illégale d'intérêt (article 432-12 du Code pénal), cette infraction

pose de sérieux problèmes d'application. En réalité, l'essence de ce délit réside dans ce que l'agent public agit frauduleusement pour rechercher un intérêt personnel distinct de celui de la collectivité représentée. Le maire d'une commune qui, par ses pouvoirs de préparation ou de propositions des décisions de son conseil municipal, fait exclure du périmètre d'une ZAC divers lots ou immeubles sur lesquels il possède des droits (7) n'agit pas « pour le compte » de la commune, mais dans un intérêt personnel exclusif de l'intérêt de celle-ci. Le délit d'ingérence a été institué pour supprimer toute volonté chez l'agent public de satisfaire un intérêt personnel par des pouvoirs qu'il tient de par sa fonction ou de son statut dans la collectivité. Au surplus, lorsque la collectivité est lésée par l'infraction, il n'est pas pensable que l'organe fautif puisse engager la responsabilité pénale de la personne qui est victime. Tel est le cas lorsqu'un président du conseil général ordonne des dépenses au profit d'une société qui apporte un important soutien financier à deux entreprises dont ce président est en même temps actionnaire et administrateur (8). Le département, lésé par l'infraction du fait d'une perte financière illégale, ne peut être à la fois prévenu et victime du chef de délit d'ingérence.

Ainsi, toutes les infractions pour lesquelles la personne morale est victime ne peuvent pas engager sa responsabilité. Le maire commettant un détournement de biens ou fonds publics (articles 432-15 et 432-16 du Code pénal) de la commune ne peut pas engager la responsabilité pénale de celle-ci.

Il existe donc parmi toutes les incriminations que consacre le droit français des infractions qui ne peuvent vraisemblablement pas être commises par des personnes morales et, notamment, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Ces infractions apparaissent inapplicables aux personnes en cause.

En conséquence, il convient d'attendre de la jurisprudence qu'elle résiste à la tentation d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale pour des infractions qui ne lui sont logiquement pas imputables. Il appartiendra dès lors aux juridictions de déterminer les infractions dont les éléments matériels pourront être vraisemblablement imputables à une personne morale.

B. Les carences du législateur quant aux modalités de la répression

La peine principale demeure l'amende. L'article 131-38, alinéa 1^{er} du Code pénal prévoit que le taux maximum de l'amende est estimé au quintuple de celui applicable aux personnes physiques. Ce principe de multiplication par cinq manquait toutefois d'effectivité, lorsqu'une personne morale se voyait reprocher un crime qui n'était puni à l'égard des personnes physiques que d'une peine de réclusion. C'est pourquoi, l'article 131-38, alinéa 2, issu de la loi du 9 mars 2004, prévoit, désormais, que

À NOTER
Seule l'amende constitue une sanction réellement applicable à une collectivité locale.

lorsqu'aucune peine d'amende n'est prévue pour des crimes concernant les personnes physiques,

l'amende maximum encourue par les personnes morales sera de 1 million d'euros.

La loi du 9 mars 2004 n'a pas abrogé les textes sur le fondement desquels la juridiction prononçait les peines complémentaires contre la personne morale, et n'a pas non plus envisagé ces peines pour les infractions qui, avant la réforme, ne pouvaient pas être imputées aux personnes morales et qui, la réforme en vigueur, pourront engager leur responsabilité pénale. En conséquence, pour ces dernières infractions, seule la peine d'amende quintuplée sera envisageable. Ainsi, l'amende sera l'unique peine encourue lorsqu'une commune se sera rendue coupable d'entrave à l'exercice de la justice (article 434-7-1 du Code pénal).

Concernant les personnes morales de droit public, cet oubli semble avoir moins d'importance, dans la mesure où la plupart des peines complémentaires de l'article 131-39 du Code pénal ne peuvent pas être appliquées aux collectivités publiques.

Face au principe de généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, les juridictions devront user des dispositions de l'article 121-2 du Code pénal avec discernement, afin d'éviter de recourir à des artifices intellectuels qui méconnaîtront la logique interne des textes. ■

7. Article 23 de la loi n° 2003-630 du 18 juillet 2003.
8. Article 23 de la loi n° 2003-630 du 18 juillet 2003.