



**POWER OF JUDGES**  
*A friend not a foe*

May 2009

Réalisée par **Joseph Breham**

Sous la supervision de **William Bourdon**

Avec la collaboration de **Loic Padonou, Yann queinnec**



## Table des matières

Résumé .....	4
Introduction .....	6
Identification d'un phénomène : la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales	8
Les manifestations de la pénalisation : une extension apparente des hypothèses de responsabilité....	8
La multiplication des acteurs concernés .....	8
La multiplication des incriminations .....	12
La signification de la pénalisation : une réponse hésitante à la demande de responsabilité .....	13
Les origines de la pénalisation .....	13
Les enjeux politiques de la pénalisation .....	15
Evaluation du phénomène : la neutralisation partielle de la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales .....	18
Une neutralisation suscitée par les nouveaux dispositifs : les réactions à la pénalisation .....	18
Les restrictions textuelles : des acteurs finalement peu inquiétés .....	18
Les restrictions pratiques : des incriminations peu mobilisées .....	19
Une neutralisation inhérente à la pénalisation de l'activité des décideurs : la pérennisation de réticences antérieures .....	24
Les indéniables avantages du recours aux juges.....	28
Conclusions .....	31

## Résumé

La présente étude réalise un diagnostic sur le pouvoir des juges à l'égard de l'action des « décideurs », entendus comme personnes dirigeant les institutions publiques ou privées. L'observation de la législation de sept pays (France, Grande Bretagne, Espagne, Suisse, Belgique, Italie et Allemagne) et de sa mise en œuvre permet d'évaluer l'impact des dispositifs de pénalisation et l'apport positif de l'action des juges.

L'existence de nouveaux dispositifs de pénalisation de l'activité des décideurs est indéniable. Ces mécanismes permettent de multiplier les causes de responsabilité d'un nombre de décideurs en perpétuels augmentation et ce même pour des comportements commis à l'étranger

Le point d'équilibre n'est pas atteint dans un champ où la structuration normative (traités internationaux, loi, règlements ...) et les pratiques judiciaires (jurisprudence) ne sont pas encore stabilisées. S'il est évident que les traités, lois et règlements permettent un recours plus fréquent au juge pénal, il est tout aussi indéniable que la pratique des tribunaux ne sanctionne que les violations les plus graves du pacte social.

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 et suscite des stratégies destinées à en apaiser les effets.

Cependant, la possibilité, même relativement peu utilisée, de recourir au juge pénal recèle de nombreux avantages tant d'un point de vue économique, que moral ou démocratique. Il est, en toute occurrence, une réalité indéniable et une nécessité incontournable pour la stabilité de nos sociétés démocratiques.

Le juge pénal est aujourd'hui vécu comme l'ultime garant dans une société où le discrédit du politique est patent. Attention, à trop utiliser le juge, celui ci perdra de son tranchant.

## Introduction

La notion de pouvoir des juges, autrement qualifiée de « gouvernement des juges », est concomitante et indissociable du phénomène de pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales. Ainsi toute étude sérieuse sur la légitimité des critiques concernant le pouvoir des juges ne peut faire l'impasse sur une analyse des phénomènes de pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales qu'ils dirigent.

La notion de « décideurs » n'existe pas sur le plan juridique. 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 et sur le comportement desquels ils peuvent, en retour, influencer.

La notion de personne morale constitue une des pierres angulaires de l'ensemble des droits nationaux européens. L'intégralité des pays analysés a connu un phénomène d'élargissement de la responsabilité des personnes morales, bien que les voies suivies pour ce faire ont techniquement différé d'un pays à l'autre : certains ont eu recours à la responsabilité pénale, d'autres à la responsabilité administrative. Cependant, le caractère pénal sous jacent de ces nouvelles responsabilités est mis en exergue par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui les englobe toutes dans sa définition de la « matière pénale », et ce nonobstant les différentes qualifications utilisées par les droits nationaux.

Les décideurs monopolisent souvent la parole sur le risque pénal qu'ils encourent, pour décrier, en évoquant le risque d'une paralysie de l'initiative individuelle, cette nouvelle déclinaison de la judiciarisation de la société. Toutefois, ce discours ne saurait être admis sans réflexion. Aujourd'hui, une vingtaine 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 d'identifier les contours du phénomène de pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales (1), permettant ainsi d'établir sa réalité. Une fois ce 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 cette pénalisation (2). Cependant, les avantages induits par le recours au juge, bien qu'ils restent peu fréquents, sont eux indéniables (3).

# 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 afin d'en découvrir la signification.

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

Trois mouvements parallèles ont amené à une extension de la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales :

- **la multiplication des personnes** susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée.
- **La multiplication des comportements** susceptibles d'engager la responsabilité des décideurs et de leurs organisations.
- **L'extension de la compétence internationale** des juges nationaux.

## La multiplication des acteurs concernés

Jusqu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les États européens connaissaient tous des privilèges de juridiction qui empêchaient les agents publics et les décideurs politiques d'être jugés par les juridictions de droit commun pour les activités relatives à leurs fonctions. Ces privilèges aboutissaient à une impunité de fait des décideurs publics qui ne voyaient que rarement leurs responsabilités engagées.

A compter du XX<sup>ème</sup> siècle, un phénomène de déspecialisation des juridictions est à l'œuvre, mettant ainsi un terme à l'irresponsabilité de fait des décideurs publics et politiques.

### Illustration

En France, dès 1870, la « garantie des fonctionnaires » instaurée par Bonaparte et renforcée par le Conseil d'État est supprimée, marquant la fin de leur statut pénal spécifique. 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 : 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 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.

Les décideurs économiques n'ont jamais bénéficié textuellement de privilèges similaires aux décideurs publics. Ils ont donc toujours été, en théorie, susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée dans les mêmes conditions et devant les mêmes juridictions que tout un chacun. Néanmoins, la pratique attestait d'une irresponsabilité de fait. Il existait donc des barrières non textuelles - hors des textes de loi - à la mise en cause de la responsabilité des décideurs économiques. L'évolution égalitariste des sociétés européennes pendant les années 1970 a eu raison des réticences des magistrats.

Ainsi, dès le début des années 1980, les décideurs économiques et politiques pouvaient voir - et ont vu - leur responsabilité engagée sur un plan pénal<sup>1</sup>.

### **La première détention provisoire d'un décideur économique pour un accident du travail**

Le 29 septembre 1975. Le juge Patrice de Charette de la Contrie ordonne l'inconcevable: mettre en prison un PDG après un accident du travail. L'affaire fait immédiatement scandale, car il s'agit d'une première : Chaperon est, en effet, un décideur. Il dirige une usine chimique appartenant au groupe Charbonnages de France.

Or, cet accident n'est pas fortuit : le comité d'hygiène et de sécurité de l'usine avait, antérieurement à l'accident, averti la direction sur le défaut de sécurité, et cela à trois reprises. Les locaux, de plus, étaient mal éclairés, par une unique ampoule de puissance insuffisante.

Enfin, la victime était un handicapé, qui n'aurait jamais dû occuper le poste où il a trouvé la mort.

En se fondant sur la jurisprudence de la Cour de Cassation, selon laquelle est responsable d'un accident « celui qui a la compétence, les pouvoirs et l'autorité », le juge ordonne la mise en détention provisoire du PDG.

A compter des années 1990, les droits pénaux européens ont affirmé, à titre d'exception au principe de responsabilité personnelle, une forme de responsabilité pénale des personnes morales.

---

<sup>1</sup> Cf Annexe n°1

L'arsenal théorique pour engager la responsabilité des décideurs et de leurs organisations était donc complet dès les années 1990 : il n'existait plus ni limitation psychologique, ni verrou textuel à l'engagement de la responsabilité pénale des décideurs et de leurs organisations.

### **Illustration : l'affaire Urba <sup>2</sup>**

L'affaire Urba, un bureau d'études, porte sur les conditions d'attribution des marchés publics et concerne le financement occulte du Parti socialiste français. Elle éclate le 19 Avril 1989, lorsqu'une dalle de béton s'effondre et provoque la mort de deux salariés du chantier.

Elle aboutit, après de multiples rebondissements, à la condamnation du trésorier du parti socialiste à 18 mois de prison avec sursis et 2 ans d'inéligibilité.

Cette affaire est symptomatique des stratégies de neutralisation des incriminations mises en place par les décideurs. En effet, une loi d'amnistie est votée le 21 décembre 1989. En outre, elle sera à l'origine du mécanisme français de financement public des partis politiques.

### **L'extension de la compétence internationale des juges nationaux**

Traditionnellement, la sanction pénale, quintessence de la souveraineté des Etats ne pouvaient être rendu que pour des infractions commises sur le territoire national (principe de la compétence territoriale) et/ou par des nationaux et/ou contre des nationaux (principe de la compétence personnelle active ou passive).

Aujourd'hui, la communauté internationale au nom d'un certain universalisme de valeurs de nombreux comportements sont universellement reconnus comme des crimes - du génocide à la corruption - 50 ans d'évolution vers un universalisme des valeurs protégées.

Ainsi, à la définition universelle des crimes répond une compétence universelle. Cette évolution est encore en cours et les solutions sont donc toujours en cours et fluctuantes.

### **La compétence universelle de l'Audiencia Nacional:**

En vertu de la loi sur le pouvoir judiciaire n°6/1985 et de la loi organique n°11/99 les tribunaux espagnols sont

compétents à se prononcer sur des crimes commis à l'étranger par des espagnols ou des étrangers lorsqu'il s'agit de génocide, terrorisme ou d'autres crimes qui, selon un traité international ratifié par l'Espagne, doit être poursuivi en Espagne.

En se fondant sur ces textes de loi, les juges de l'Audiencia Nacional, en général, et Balthasar Garçon, en particulier, ont pu poursuivre des généraux guatémaltèques, le général Pinochet et plus récemment des généraux israéliens.

Ces dispositions sont à l'heure actuelle peu utilisées à l'encontre des décideurs économiques. Mais l'Espagne ayant ratifié les conventions contre la corruption, contre le financement du terrorisme et contre la criminalité transnationale organisée, rien ne s'oppose désormais que les dirigeants d'entreprises soient, un jour traduits devant les tribunaux espagnols.

La pratique des juridictions confirme le vaste potentiel d'incrimination de ces mécanismes. Ainsi sont ouvertes de nombreuses enquêtes concernant tant le droit pénal classique que des atteintes au droit du travail, au droit de l'environnement ou au droit économique<sup>3</sup>.

### **La multiplication des incriminations**

L'augmentation des dispositions pénales en droit interne se manifeste d'abord au cœur du droit pénal le plus classique (atteintes aux biens comme le vol, le recel... ou aux personnes comme les délits de blessure ou d'homicide involontaire). Par ailleurs, le législateur identifie de nouveaux dommages collectifs qui expliquent notamment la pénalisation généralisée du droit de l'environnement.

### **L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales en droit français**

En 1992, un principe de spécialité encadrait la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français. Celle-ci ne pouvait être recherchée que pour des infractions spécialement signalées par le législateur.

Entre 1994 et 2005, par le jeu de multiples réformes, les infractions spécialement visées ont crû exponentiellement, inversant, de facto, le principe de spécialité.

En 2005, le masque de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales tombe. Toutes les infractions peuvent dorénavant être reprochées aux personnes morales.

---

<sup>3</sup> Pour un aperçu non exhaustif des affaires ayant ébranlé la classe politique française cf : <http://www.stiring.net/affaires/>

Il est indéniable que les droits européens ont connu une importante expansion des cas de mise en jeu de la responsabilité des décideurs et de leurs organisations. Cette expansion n'est pas apparue *ex nihilo*, elle est la réponse de nos sociétés démocratiques à une attente de plus en plus forte de responsabilité de la part de leurs citoyens.

## **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**, avant de définir ses **enjeux politiques**.

### **Les origines de la pénalisation**

Il ne fait aucun doute que 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. A cet égard, les fonctions de la sanction pénale correspondent parfaitement à ce besoin social de répression. En effet, on considère classiquement que la sanction pénale répond à une triple attente :

- Un besoin de prévention : en érigeant un interdit fort et durement sanctionné, le droit pénal trace les lignes rouges à ne pas dépasser. Ce faisant, il conduit les citoyens rationnels –via une analyse coût-bénéfice quasi comptable – à ne pas franchir le Rubicon de l'infraction pénale.
- Un besoin de rétribution : la sanction pénale est vécue comme le prix à payer pour se libérer de la dette contractée envers la société lors de la commission de l'infraction.
- Un besoin de protection : en empêchant la réitération d'un comportement gravement asocial (ne serait-ce qu'en confinant le délinquant dans une cellule), la sanction pénale protège la société.

Une deuxième préoccupation est plus spécifiquement orientée vers les décideurs : le principe d'égalité qui conduit à s'attaquer à leurs privilèges de juridiction et autres immunités. L'argument est sans cesse sollicité.

Cependant, loin de s'expliquer par le seul jeu des mécanismes juridiques, la pénalisation des activités des décideurs exprime également l'existence d'attentes sociales. À cet égard, l'essentiel des besoins se résume en deux mots : comprendre et punir.

La volonté de compréhension traduit le refus actuel du risque et de la fatalité dans des sociétés où la foi – et son pendant la croyance – ont été remplacées par la raison et donc la compréhension. Elle témoigne d'une prise de conscience de l'existence d'un dommage, laquelle est relativement récente pour la plupart des préjudices induits par la *délinquance des cols blancs*. 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.

### **Illustration : Le scandale de l'hormone de croissance**

Entre 1973 et 1988, plusieurs patients sont traités par de l'hormone de croissance extraite d'hypophyses humaines. À la suite de ce traitement, plusieurs cas de la maladie de Creutzfeldt Jacob se déclarent (30 en Grande Bretagne, 98 en France à ce jour).

L'association des victimes de l'hormone de croissance voit le jour et regroupe les victimes et leurs familles. Celle-ci indique dans ses missions qu'elle intervient dans trois domaines : aide aux familles, recherche scientifique et juridique.

L'association définit elle-même son action judiciaire : « Au delà de l'aspect scientifique, l'association des victimes de l'hormone de croissance s'est donnée pour mission de contribuer à la recherche de la vérité dans le volet pénal de ce drame sanitaire. ».

L'aspect compréhension est donc, pour cette association de victimes, au cœur du procès pénal.

L'éveil des consciences individuelles est évidemment attisé par la tourmente médiatique. La médiatisation nourrit la pénalisation en posant des questions que les victimes sont incitées à porter en justice et en offrant une caisse de résonance à certaines actions pénales.

La détermination à faire sanctionner personnellement les présumés coupables constitue le second moteur du développement de la responsabilité pénale. À cet égard, l'*a priori accusateur* du procès pénal satisfait parfaitement le besoin de stigmatiser les responsables. Les caractères personnel et infamant de la responsabilité pénale permettent également de répondre à cette attente.

Au final, les objectifs de punition et de compréhension se rejoignent pour laisser percevoir la fonction politique désormais assignée à la responsabilité pénale.

## **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.

La responsabilité pénale se substitue aux responsabilités professionnelles ou politiques jugées défailtantes et pour compléter une responsabilité civile considérée insuffisante.

### **La défailtance de la responsabilité politique**

L'affaire de l'incendie des paillotes Corse : sur ordre du préfet Bonnet, des gendarmes sont allés incendier des paillotes illégales sur les plages de Corse. Cet incendie a eu lieu dans un contexte de tension et de revendications nationalistes corses particulièrement tendu.

Mis en cause à cette occasion par l'opposition parlementaire, le Premier ministre en exercice a déclaré du haut de la tribune de l'Assemblée nationale : « La responsabilité d'un gouvernement se mesure donc à l'aune de sa politique et des actes qu'il accomplit lui même ou ordonne, et non d'après des manquements individuels qui les contredisent. » Selon lui, la seule obligation pour le gouvernement dans cette affaire est de ne pas entraver l'action de la justice pénale, qui devient la seule instance compétente pour démêler les responsabilités.

En ne prenant pas leurs responsabilités politiques, les hommes publics nourrissent le contentieux pénal, le juge pénal étant vécu comme dernier recours.

### **La défailtance de la responsabilité professionnelle**

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.

L'affaire Axel Miller, du nom du président du directoire de la banque Dexia, est symptomatique de cette colère. Alors que la banque Belge venait d'être recapitalisée par les Etats, Axel Miller demande à percevoir son indemnité de départ d'un montant de 3,7 millions d'euros.

Il n'a jamais été prétendu que M. Miller aurait commis une infraction pénale, mais cette absence de responsabilité professionnelle, justifiée ou non, induit un sentiment d'injustice chez le plus grand nombre et peut pousser à rechercher

la responsabilité du dirigeant sur un plan juridique.

Par-delà l'appréciation portée sur ce phénomène, il est révélateur d'une crise démocratique, de l'absence d'espace de débat public et de la perte relative de pouvoirs des Etats par rapport aux acteurs privés (les entreprises transnationales en particulier). Cette transformation du prétoire en théâtre du combat politique (au sens plein du terme) induit alors une reconfiguration du rôle des divers acteurs politiques.

Cette valorisation de la figure du juge se heurte cependant à quelques obstacles. L'accroissement du pouvoir des magistrats réactive la sempiternelle critique du « gouvernement des juges ». La reconfiguration des pouvoirs 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 et sociales.

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 d'engager des actions judiciaires confère une capacité de sanction juridique indirecte.

#### **Illustration : Les actions des associations en droit pénal**

Le code de procédure pénal français prévoit en son article 2 que l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par une infraction. L'exercice de l'action civile devant le juge répressif permet d'imposer l'ouverture d'une instruction.

Depuis 1983, le législateur, sous la pression de la société civile, n'a eu de cesse de reconnaître à de plus en plus d'associations la possibilité d'exercer l'action civile devant les tribunaux répressifs.

Le 05 mai 2009 par exemple, les juridictions françaises se sont prononcées en faveur de la recevabilité de la plainte visant les conditions dans lesquelles un très important patrimoine immobilier et mobilier a été acquis en France par les chefs d'Etat Omar Bongo (Gabon), Denis Sassou N'Guesso (Congo-Brazzaville) et Teodoro Obiang (Guinée équatoriale). Ainsi, le juge pénal français est appelé par des associations au secours d'une responsabilité politique inexistante dans ces trois pays.

Dès lors, la banalisation des « affaires » participe en fait d'une restructuration du champ démocratique. En outre, celles-ci ne sont pas obligatoirement le signe d'une corruption accrue du pouvoir, mais plutôt l'expression d'une meilleure transparence.

Toutefois, 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.

## Evaluation du phénomène : la neutralisation partielle de la pénalisation de l'activité des décideurs et des personnes morales

En l'absence de données statistiques sur les méthodes de neutralisation, 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 et de la pérennisation de réticences antérieures vis-à-vis de ce phénomène.

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

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

#### Les restrictions textuelles : des acteurs finalement peu inquiétés

Face à la pénalisation croissante de leurs activités, les décideurs initient des réformes destinées à limiter l'engagement de leur responsabilité. Par exemple en France, la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 incite ainsi les juges à apprécier la responsabilité des élus *in concreto* en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de sécurité.

Constatant l'inefficacité de cette loi, 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 limitant d'avantages la responsabilité des élus.

#### Illustration : L'affaire du DRAC

Le 4 décembre 1995, lors d'une sortie scolaire, six enfants meurent, surpris par la brusque montée des eaux de la rivière Drac provoquée par un lâcher d'un barrage EDF situé en amont. Seize enfants et leur institutrice, Véronique Rostaing, en avaient échappé, mais l'accompagnatrice du groupe avait elle aussi péri noyée.

Le 12 décembre 1998, la cour d'appel de Grenoble avait condamné la directrice de l'école et l'institutrice en se fondant sur la théorie de l'équivalence des conditions – en vertu de laquelle peut être considéré comme responsable pénalement toute personne qui a commis une faute même indirectement à l'origine du dommage. Le 18 juin 2002, la Cour de Cassation annule l'arrêt de la cour d'appel en se fondant sur la loi Fauchon qui devait s'appliquer rétroactivement à cette affaire.

Ce nouveau texte précise, en effet, la responsabilité des personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé ou contribué à créer la situation permettant sa réalisation. Pour que la responsabilité de

l'auteur indirect soit retenue, il faut désormais établir qu'il a violé "de façon manifestement délibérée" une obligation de prudence ou de sécurité, et qu'il a commis une "faute caractérisée" exposant autrui "à un risque d'une particulière gravité" qu'il ne pouvait "ignorer".

Cette affaire illustre particulièrement les méthodes de neutralisation utilisées par les décideurs politiques. En effet, sanctionnés pénalement sous l'emprise de l'ancienne loi, les mêmes faits ne sont plus répréhensibles pénalement à compter de l'adoption de la loi nouvelle.

Ces changements, s'ils ne créent pas une impunité empêchant toute condamnation, limitent comme illustré ci - dessus les verdicts de culpabilité. 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.

### **Les restrictions pratiques : des incriminations peu mobilisées**

Outre leurs efforts de lobbying, les décideurs développent, sous des formes variées, une logique de prévention des risques : 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 ainsi invités à faire un usage rigoureux de leurs pouvoirs et à user de la délégation de pouvoir, dont l'effet exonératoire est reconnu par la jurisprudence. 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. Le registre éthique ou déontologique est lui aussi souvent sollicité afin de dénier au législateur ou aux juges toute légitimité à intervenir, en prétextant l'existence d'une régulation interne à l'institution.

### **La publicité mensongère**

Le code de la consommation réprime dans ses articles L 120-1 et suivants la publicité mensongère sous la qualification de pratiques commerciales trompeuses.

Cette infraction est entendue de façon large par le juge ; en effet, il n'est nul besoin de démontrer qu'un consommateur a été réellement trompé par une pratique commerciale pour entrer en voie de condamnation. En outre, la notion même de pratique commerciale est définie largement comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication

commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs".

Afin de tarir cette source, potentiellement abondante, de contentieux pénal, les professionnels de la publicité – annonceurs, médias, agence – conseils en communications – ont créé un organisme de régulation professionnel de la publicité – l'Association de Régulation Professionnelle de la Publicité.

Cette association s'est dotée d'un Jury de Déontologie Publicitaire qui a pour mission de statuer sur les plaintes du public à l'encontre de publicités diffusées. Toutes les décisions du JDP feront l'objet d'une publication systématique et pourront donner lieu, pour les campagnes constituant des manquements aux règles professionnelles, à des sanctions pouvant aller jusqu'à une demande –non contraignante - de cessation immédiate de diffusion adressée aux médias.

Ainsi, les professionnels de la publicité ont mis en place un mécanisme de plainte qui emprunte les atouts du système judiciaire, tout en étant dépourvu de toutes possibilités de sanction.

Ainsi, le juge voit sa légitimité déniée, tant aux yeux du public que du législateur. Les statistiques des condamnations en matière de publicités mensongères le démontrent : en 2006, seulement 365 condamnations<sup>4</sup> ont été prononcées pour publicité mensongère. Piètre résultat lorsque l'on sait que lors d'une étude portant sur 181 publicités analysées par l'ADEME –organisme public en charge de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie – 65 ne respectaient pas les règles de la déontologie publicitaire.<sup>5</sup>

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. Le délinquant dispose souvent de solutions pour éviter d'être poursuivi.

La pratique des entreprises transnationales fournit un exemple significatif puisque des montages juridiques ou le simple recours à la notion d'autonomie juridique des sociétés composant un groupe permettent souvent d'échapper aux rigueurs du droit positif.

Elles s'appuient effectivement sur des normes de conflit de loi ou de juridiction rendant aléatoire toute tentative de poursuite. Par ailleurs les normes internationales demeurent le plus souvent dépourvues de volet contraignant, permettant aux délinquants de s'affranchir des tribunaux des pays victimes des pollutions.

---

<sup>4</sup> Cf. Annuaire statistique de la justice, édition 2008 disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_stat\\_anur08\\_20081013.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_anur08_20081013.pdf)

<sup>5</sup> Etude citée p. 30 du Rapport de la direction des études économiques et de l'évaluation environnementale du ministère de l'écologie du développement et de l'aménagement durable : « Le secteur des médias face à sa responsabilité environnementale ». Disponible sur <http://observatoiredelapublicite.fr/wp-content/uploads/2009/01/2008-le-secteur-des-medias-face-a-sa-resp-enviro.pdf>.

### **Illustration : La marée noire provoquée par le naufrage de l'Erika**

Le 12 décembre 1999, l'ERIKA, pétrolier affrété par le groupe Total fait naufrage au large des côtes bretonnes, provoquant une des pires marées noires jamais subie – plus de 400 km de côtes gravement souillées et environ 150 000 oiseaux morts. Le coût du naufrage, estimé par les victimes (Etat, communes, particuliers et association) avoisine le milliard d'euros. Total SA (société mère du groupe Total) a été condamné en première instance à verser 192 millions d'euros au titre de la pollution.

Le groupe TOTAL est intervenu dans cette catastrophe à la fois au titre de sa filiale Total raffinage et distribution comme vendeur du fioul et au titre de la filiale Total international limited comme affréteur de la cargaison. Ainsi deux entités juridiquement distinctes sont intervenues. L'une comme transporteur, l'autre comme vendeur du pétrole.

Les résidus de l'ERIKA sont juridiquement qualifiés de déchets, ce qui entraîne l'application du droit communautaire afférent aux déchets et partant le principe de la responsabilité en chaîne du producteur de déchets. En l'espèce, il ne fait aucun doute et il n'a jamais été contesté que le producteur et le détenteur des déchets sont deux entités du groupe Total.

Cependant, la contribution financière du producteur de déchets ne peut être supérieure à sa contribution causale au risque de pollution. Ainsi, si un producteur est considéré comme étant à l'origine du risque de pollution comme cela est le cas lorsque le vendeur-affréteur n'a pas pris les précautions nécessaires pour éviter un tel événement notamment dans le choix même du navire affrété, il pourra être condamné à rembourser l'ensemble des coûts liés à la dépollution ; parallèlement s'il est considéré comme n'étant pas directement responsable du risque de pollution, sa contribution financière aux opérations de dépollution devra être strictement limitée notamment lorsque les coûts inhérents à leur élimination ne peuvent être pris en charge par les fonds de garantie spécifiques aux pollutions marines.

Le Conseil d'Etat dans une décision du 10 avril 2009 a d'ailleurs considéré que Total Distribution Raffinage en tant que producteur du produit générateur des déchets ne pouvait être tenu de supporter les coûts d'élimination des déchets dans la mesure où la société n'avait pas contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire.

Enfin, lorsque les mécanismes d'enquêtes sur des infractions financières présumées sont mis en œuvre par les organes gouvernementaux en charge de ces questions, l'exécutif décide parfois d'interrompre arbitrairement toute action en cours. La dépendance de ces organes de contrôle au pouvoir permet au délinquant de disposer une fois de plus de solutions afin d'éviter d'être poursuivi, il suffit alors de faire pression sur le politique.

### **Illustration : L'affaire BAE**

Le *Serious Fraud Office* (SFO), organisme gouvernemental indépendant, enquête, instruit et poursuit les délits financiers graves et complexes.

À ce titre, le SFO avait enquêté sur les marchés conclus par le groupe *BAE Systems* (firme britannique spécialisée dans l'aérospatial et la défense) avec l'Arabie Saoudite. Les recherches autour du contrat *Al Yamamah* signé dans les années 80 avec Riyad, et ayant rapporté 43 milliards de livres à la société britannique, mettaient en évidence les comptes suisses de dirigeants saoudiens présentant des transactions suspectes.

En décembre 2006, Tony BLAIR, alors Premier ministre britannique a fait clôturer l'enquête pour des considérations de sécurité nationale et internationale, ce qu'a critiqué le MI6, services de renseignement extérieur de Grande-Bretagne.

Ainsi, la pénalisation opérée en droit interne n'est souvent qu'une façade déployée par quelques États. Ils font, ce faisant, 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. La stratégie d'affichage n'est pas loin.

Il n'est nul besoin de multiplier les exemples pour établir qu'au-delà de quelques difficultés techniques, la mobilisation des incriminations pénales se heurte avant tout aux stratégies individuelles et institutionnelles des acteurs juridiques. S'agissant des décideurs, l'argument mérite d'être particulièrement pris en considération car leur situation rend plus aisée la mise en œuvre de ces stratégies.

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

Un problème récurrent limite l'action répressive des magistrats : l'inadaptation des sanctions aux auteurs des infractions.

La difficulté s'est accrue avec l'apparition de la responsabilité pénale des personnes morales. En ce qui concerne l'amende, seule peine pressentie comme véritablement applicable, 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. Un régime de peine inapproprié contraint souvent le juge à une clémence dépassant ses intentions initiales.

### **Illustration : L'affaire Siemens**

Siemens s'est rendu coupable de corruption en ayant versé d'importants pots-de-vin à des responsables gouvernementaux au Nigeria, en Russie et en Libye notamment, afin de décrocher de gros contrats internationaux. C'est pourquoi, le 15 décembre 2008, l'entreprise a été condamnée par les justices américaines et allemandes à verser une amende record d'environ 1 milliard d'euros.

Il paraît important de noter que le montant des caisses noires alimentées par Siemens soit 1,3 milliards d'euros est supérieur à l'amende infligée, tandis qu'aux Etats-Unis des spéculations annonçaient une sanction de plusieurs milliards d'euros. C'est pourquoi le PDG du groupe, Peter Löscher a pris cette décision comme « le plus beau des cadeaux de Noël »<sup>6</sup>.

L'argumentation de la spécificité des fonctions exercées ou de la spécificité de l'activité sert alors souvent de justification pour réclamer l'édiction et l'application de règles de fond dérogatoires au droit commun.

### **Illustration : L'affaire UBS**

UBS ayant aidé des clients américains à échapper au fisc américain, l'Internal Revenue Service a poursuivi la banque suisse au pénal. Un accord entre la banque et les autorités américaines a été trouvé par lequel UBS a accepté de verser 780 millions de dollars et de livrer les noms de quelque 300 clients américains. C'est la première fois qu'un établissement bancaire a été autorisé par l'autorité fédérale de surveillance bancaire suisse (FINMA) à divulguer « un nombre limité de données relatives à des clients » dans le dessein de garantir « la stabilité du système financier suisse ».

Or, au lendemain de la conclusion de cet accord, le fisc américain a déposé une nouvelle plainte contre UBS, au civil cette fois, visant à la délivrance d'informations sur 52000 comptes secrets qui recèleraient 14,8 milliards de dollars d'actifs. C'est alors que le Tribunal administratif fédéral a interdit à la FINMA de transmettre les données bancaires de clients d'UBS aux autorités fiscales américaines.

Ainsi, une juridiction suisse interdit à l'un de ses justiciables, à savoir UBS d'accomplir des actes qui pourraient être

---

<sup>6</sup> Siemens condamné à près d'un milliard d'euros d'amende, AFP, 15 décembre 2008.

requis par une juridiction américaine saisie d'une plainte déposée par le fisc.

L'enjeu, ici, est le secret bancaire, et le tribunal administratif fédéral suisse semble placer ce principe au dessus de la répression d'infractions commises au détriment du fisc américain.

La spécificité de l'activité des établissements bancaires suisses les dispenserait donc de se soumettre au droit commun en la matière, et aux exigences de juridictions étrangères, américaines en l'espèce.

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.

Sans pour autant relayer l'idée d'une justice de classe, une évidence malpolie doit être rappelée : les pressions des milieux politiques et des milieux d'affaires sont de nature à atténuer le phénomène de pénalisation de l'activité des décideurs, le "différentiel d'illégalisme" - cher à Michel Foucault - est patent en la matière.

#### **Illustration : Les décideurs économiques sont peu poursuivis**

Selon une étude de J. Goethals<sup>7</sup>, plus de 60% des cadres supérieurs ont commis dans le cadre de leur travail une infraction punie de plus de 3 ans d'emprisonnement (faux en écriture par exemple) dans les 6 derniers mois.

La banque mondiale estime pour sa part que concernant la seule corruption, plus de mille milliards d'euros sont versés chaque année en pot de vin.

Ainsi, au regard du nombre de délinquants et partant de la quantité d'infractions commises, mais également du coût engendré par la commission de ces infractions. Il semblerait logique que le nombre de condamnations soit important et que le quantum des peines soit sévère. Le tableau ci-après démontre qu'il n'en est rien.

---

<sup>7</sup> Méthodologie de la statistique criminelle : L'œuvre de JaakVan Kerckvoorde. Disponible sur : [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds\\_0378-7931\\_1998\\_num\\_22\\_2\\_1661](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds_0378-7931_1998_num_22_2_1661)

<b>Infractions à la législation économique et financière</b>	<b>1989</b>	<b>1999</b>
Travail et sécurité sociale	7 772	8 451
Fraudes et contrefaçons	2 808	2 177
Législation sur la concurrence, les prix	2 428	2 755
Législation sur les sociétés	2 835	1 577
Atteintes aux finances publiques	3 442	2 278
<b>Total</b>	<b>19 285</b>	<b>17 238</b>
Nombre total de délits jugés dans l'année	565 469	454 131
Nombre de délits économiques et financiers	19 285	15 840
<b>Rapport délits éco-fi/délinquance totale</b>	<b>3,41%</b>	<b>3,80%</b>

Ce constat d'un faible taux de recours effectif aux juges en matière d'infractions des décideurs ne doit pas pour autant en faire perdre de vue les nombreux bénéfices qui y sont associés.

## Les indéniables avantages du recours aux juges

La pénalisation de l'activité des décideurs est une nécessité pour le maintien de la confiance dans le jeu de nos institutions démocratiques.

En effet, la mondialisation économique permet aux sociétés transnationales de s'affranchir des frontières et, partant, de s'affranchir des contrôles étatiques donc démocratiques ; d'autant plus que cette incapacité à contrôler s'est accompagnée d'une politique volontariste de dérégulation.

Ainsi, le jeu démocratique subit une modification des pouvoirs. Le pouvoir politique perd sa primauté sur le pouvoir économique. Parallèlement, le citoyen-électeur perd également de son influence ; le citoyen-consommateur remplissant le vide ainsi laissé. Certains auteurs<sup>8</sup> n'hésitent plus à parler de consumocratie.

L'électeur exerce son pouvoir à travers le système électif, le consommateur joue de son influence de façon plus diffuse : pour les comportements qui lui apparaissent comme les plus répréhensibles, le recours au juge, comme dernier rempart de l'impartialité et seul détenteur de la « force légitime », devient une nécessité en ce qu'il permet de maintenir la confiance des citoyens dans le système démocratique, condition nécessaire à une société apaisée.

En outre, en sanctionnant les violations de la loi les plus grossières, le juge permet aux divers acteurs de jouer selon les mêmes règles et ce faisant, rend possible les conditions d'une concurrence saine entre acteurs économiques.

L'aspect préventif de la pénalisation des acteurs n'est pas à négliger. En effet, les décideurs fuient les sanctions et la médiatisation de leurs comportements dommageables, c'est pourquoi ils n'ont de cesse de gommer les aspects les plus néfastes, ou à tout le moins les plus voyants de leurs comportements. Or, lorsqu'un comportement est incriminé par le législateur il est souvent l'objet d'une médiatisation ayant de fait un effet dissuasif sur les décideurs.

Cet aspect est d'autant plus évident que de nombreux opérateurs économiques, pour éviter les procès et leur médiatisation, s'imposent par contrats et par leurs chartes éthiques (dont la valeur contraignante est de plus en plus invoquée) le respect de nombreuses normes internationales.

---

<sup>8</sup> Professeur Martin Dumas Université Laval, Thèse à paraître à la London School of economics. Pour un aperçu des idées cf : <http://consumarchy.blogspot.com/>.

Ainsi, de nombreuses règles, internationales en particulier, qui ne sont pas directement contraignantes pour les décideurs économiques, le deviennent par le biais de normes infra-législatives. A cet égard les propositions du professeur John Ruggie sur l'obligation de « due diligence » sont particulièrement éclairantes.

Enfin, la lutte contre certaines infractions telles que la corruption constitue parfois un piège juridique pour les États qui sont alors tentés d'utiliser un droit d'exception, qui risquera de porter atteinte aux droits fondamentaux des délinquants, et de susciter à son tour la confusion des pouvoirs.

Cette thèse de Jacques Chevallier selon laquelle en luttant contre la corruption politique certains magistrats occidentaux, Italiens par exemple, ont favorisé certaines dérives, voire certaines entorses au principe de l'Etat de droit, avec « le spectre du gouvernement des juges »<sup>9</sup> est nuancée. C'est ainsi que Mireille DELMAS MARTY voit en cette analyse un avertissement, et le risque d'une délégitimation de toute la justice, car « bien qu'il faille éviter les excès d'un gouvernement des juges, il faut aussi éviter d'utiliser le spectre du gouvernement des juges comme argument pour soumettre les juges au gouvernement »<sup>10</sup>.

#### **Illustration : L'affaire Mani Pulite.**

Cette opération judiciaire lancée en 1992 contre la corruption du monde politique italien par des procureurs indépendants a abouti à la disparition d'importants partis politiques italiens.

L'action du ministère public au cours de cette affaire a fait l'objet de nombreuses critiques notamment quant à l'arbitraire souvent dénoncé de certaines détentions provisoires.

Toutefois, force est de constater que cette affaire a permis un véritable « coup de balai » dans le monde politique italien du début des années 1990.

---

<sup>9</sup> Jacques Chevallier, *L'état de droit*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1994.

<sup>10</sup> M. Delmas-Marty et S. Manacorda, *La corruption, un défi pour l'État de droit et la société démocratique* : *Rev. Sc. Crim.* 197, p. 696 s

## Conclusions

À l'heure du bilan, il faut admettre que le discours inquiet des décideurs sur le pouvoir des juges prend racine dans les développements récents du droit positif. Pour autant, leurs propos ne sauraient être pris à la lettre car le bilan de la mise en œuvre des nouveaux dispositifs de pénalisation visant les décideurs et les personnes morales est loin d'être tranché.

L'existence de nouveaux dispositifs de pénalisation de l'activité des décideurs est indéniable, mais ils suscitent des réactions et des dispositifs qui permettent d'éviter nombre de poursuites.

Le point d'équilibre n'est pas atteint dans un champ où la structuration normative (traités internationaux, loi, règlements ...) et les pratiques judiciaires (jurisprudence) ne sont pas encore stabilisées. S'il est évident que la structure normative permet un recours au juge pénal concernant les actions des décideurs, il est tout aussi indéniable que la pratique des tribunaux ne sanctionne que les violations les plus graves du pacte social.

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 et 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 l'exercice de leur influence 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.

Néanmoins, la possibilité, même relativement peu utilisée, de recourir au juge pénal recèle de nombreux avantages tant d'un point de vue économique, que moral ou démocratique. Il est, en toute occurrence, une réalité indéniable et une nécessité incontournable pour la stabilité de nos sociétés démocratiques.