

**Groupe d'étude
sur la
responsabilité pénale
des
décideurs publics**

Rapport au Garde des Sceaux

16 décembre 1999



TABLE

Introduction	4
Chapitre Ier	
Réduire le champ des délits non-intentionnels	15
1. Introduire aux articles 221-6 et 222-19 du Code pénal relatifs aux délits d'homicide et de blessures involontaires les notions de lien direct et de faute qualifiée	14
2. Harmoniser les dispositions relatives à l'appréciation <i>in concreto</i>	18
3. Modifier la terminologie du manquement consistant en la violation d'une prescription légale ou réglementaire.....	21
Chapitre II	
Etendre la responsabilité pénale des personnes morales	25
1. Rappel du régime actuellement en vigueur.....	25
2. Arguments pour et contre l'extension de la responsabilité des personnes morales de droit public.....	28
3. Proposition d'une ouverture limitée pour remédier aux cas les plus sensibles de mise en cause des décideurs publics.....	37
Chapitre III	
Enrayer la création de nouvelles infractions sanctionnées pénalement	43
1. Un moratoire : pas de nouvelles infractions pénales en l'an 2000.....	45
2. Rechercher d'autres formes de sanctions	45
Chapitre IV	
Ramener les manquements les moins graves au Code des marchés publics au niveau de la contravention	48
1. Distinguer, parmi les délits de favoritisme, les actes graves et les actes moins graves.....	49
2. Préférer un seuil objectif à la recherche délicate de l'intention coupable.....	49
3. Conserver en l'état le délit de prise illégale d'intérêt.....	51

Chapitre V

limiter les recours abusifs au juge pénal 52

- 1.** Introduire des conditions plus strictes de recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile 52
- 2.** Réaffirmer ou renforcer les sanctions à l'encontre des auteurs de plaintes avec constitution de partie civile abusives 57
- 3.** Favoriser le droit de réponse de la personne dont la mise en examen est parue dans un organe de presse 59

Chapitre VI

Rendre la mise en examen moins systématique et moins traumatisante..... 60

- 1.** Eviter les mises en examen trop précoces et favoriser l'information des magistrats sur des éléments de droit public..... 60
- 2.** Favoriser l'usage de la procédure du témoin ou du témoin assisté 65
- 3.** Exiger une réelle motivation des mises en examen 68
- 4.** Rappeler la possibilité de délocalisation de certaines affaires 71
- 5.** Rendre les conditions de la garde à vue mieux adaptées à la dangerosité réelle des personnes..... 72

<u>Chapitre VII</u>	
<u>Favoriser les modes de règlement des conflits autres que pénaux</u>	74
1. Inciter les administrations à user de la transaction.....	75
2. Faciliter la saisine du Médiateur de la République	77
3. Améliorer l'information des victimes et de leurs conseils	79
4. Renforcer la pratique des sanctions disciplinaires.....	82
5. Faciliter l'orientation précoce des victimes vers la juridiction compétente.....	89
6. Rendre la justice administrative plus efficace et plus rapide.....	90
<u>Chapitre VIII</u>	
<u>Mieux armer juridiquement les décideurs publics</u>	95
1. Propositions applicables à l'ensemble des décideurs publics	95
2. Propositions propres aux collectivités locales	107
<u>En guise de conclusion</u>	113
<u>Annexes</u> :	115
n° 1. Lettre de mission	
n° 2. Composition du groupe d'étude	
n° 3. Séances - Auditions - Contributions	
n° 4. Bibliographie	
n° 5. Eléments statistiques (fragmentaires)	
n° 6. Eléments de droit comparé	

INTRODUCTION

Investi par la lettre de Madame le Garde des Sceaux en date du 8 juin 1999¹ de la mission de rechercher des remèdes au malaise de nombreux décideurs publics, élus ou fonctionnaires, face à ce qu'ils ressentent comme une pénalisation croissante et injuste de leur responsabilité, le groupe d'étude² a procédé à l'audition de très nombreuses organisations représentant les élus des différentes collectivités territoriales, les agents publics de l'Etat, des fonctions publiques territoriale et hospitalière, les magistrats judiciaires et administratifs, les victimes, leurs assureurs ou leurs conseils³. Il a travaillé en étroite liaison avec les correspondants que lui avaient désignés les ministres principalement intéressés. Il a dépouillé une très importante documentation émanant tant de ces interlocuteurs que du Parlement ou de la doctrine⁴. Il a étudié la situation de nombreux pays étrangers⁵.

¹ Annexe n° 1 - lettre de mission.

² Annexe n° 2 - composition du groupe.

³ Annexe n° 3 - liste des auditions.

⁴ Annexe n° 4 - éléments de bibliographie.

⁵ Annexe n° 6 - éléments de droit comparé.

Au terme de ce travail intense, mais nullement exhaustif, il présente un rapport qui s'inspire des constatations suivantes :

- le phénomène est indéniable même si sa matérialité et son étendue font l'objet d'appréciations divergentes ;

- la pénalisation est sans doute liée à des évolutions sociales sur lesquelles il est difficile d'agir, mais elle a aussi son origine dans des règles ou des comportements des acteurs de la vie publique qui n'ont rien d'irréversibles ;

- les solutions déjà envisagées ou proposées sont très nombreuses, mais elles ont toutes un coût ou des inconvénients politiques, juridiques, psychologiques ou financiers.

Reprenons rapidement ces trois points avant d'en venir aux propositions qui s'en inspireront.

I - Un phénomène difficilement appréhendable mais indéniable

Sur l'étendue matérielle du phénomène, le groupe a recueilli différents éléments statistiques⁶ d'où il tire une double conclusion : même si elle reste numériquement très marginale par rapport à l'effectif des décideurs publics concernés (que l'on prenne la totalité des élus et agents publics ou qu'on se limite aux maires, adjoints et présidents de conseils régionaux ou généraux d'une part, fonctionnaires de catégorie A d'autre part), la pénalisation ne s'en est pas moins fortement accrue au cours des deux dernières décennies.

⁶ Annexe n° 5.

Sans doute convient-il de distinguer ce qui a trait à des mises en cause pénales pour des manquements prémédités à la probité ou, notamment dans le cas de ceux qui sont en rapport avec des enfants, pour des faits de pédophilie, et ce qui concerne les infractions que l'on continue à qualifier de non intentionnelles malgré les termes de l'article 121-3 du Code pénal⁷. Nul ne songe en effet à regretter que la répression des premiers se fasse plus efficace, même si les mises en cause infondées, mais largement médiatisées, peuvent être, dans ces domaines, particulièrement lourdes de conséquences.

Il faut néanmoins constater que la frontière entre les uns et les autres n'est pas aussi facile à tracer qu'on le dit parfois. Un délit tel que celui de l'article 432-14, flétri couramment sous le nom de favoritisme et placé dans une section du code consacrée aux manquements au devoir de probité, peut souvent être constitué par un manquement involontaire à une règle complexe et mal comprise du Code des marchés. Et que dire des innombrables délits d'atteinte à l'environnement dont le principe est très généralement approuvé jusqu'au jour où il se trouve constitué par des conséquences imprévisibles d'une décision, en elle-même opportune, voire indispensable pour sauvegarder d'autres intérêts ?

On reviendra plus précisément dans le corps du rapport sur l'analyse juridique de ces différentes infractions. Constatons seulement à ce stade qu'il est indéniable que leur multiplication et l'augmentation corrélative des mises en cause qui en sont la conséquence génèrent chez les décideurs publics un sentiment d'insécurité que toutes les auditions ont souligné. Est particulièrement mal vécue la disproportion notable entre mises en examen et condamnations. La conséquence de ce sentiment peut être, chez les plus courageux, une prise de risque permanente, chez les plus prudents, un refus croissant des

⁷ *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

responsabilités liées à certaines activités ; on pense aux sorties scolaires ou aux aires de jeux pour les enfants. Dans tous les cas, cette situation ne peut durer sans risques majeurs pour le bon fonctionnement de la démocratie et de l'appareil judiciaire lui-même.

II - Une évolution qui n'avait rien d'inéluctable

On attribue souvent le phénomène de la pénalisation de la vie publique à une évolution irréversible des comportements sociaux. S'il en était ainsi, la mission du groupe n'aurait pas eu beaucoup de chances de succès. Sans nier l'existence de ces tendances lourdes, le présent rapport repose au contraire sur l'idée que bien des décisions des acteurs de la vie publique ou des modes d'organisation de l'appareil politique, administratif et judiciaire ont contribué au développement du phénomène et qu'il n'est pas trop tard pour les revoir ou les modifier.

Précisons tout d'abord que l'exigence croissante de nos concitoyens à l'égard des acteurs de la vie publique a, elle-même, des causes multiples et des conséquences qui ne sont pas toutes négatives. La recherche systématique d'un coupable qui puisse être sanctionné pénalement peut, sans doute, reposer sur des motivations vindicatives, compréhensibles mais sans véritable utilité sociale ; mais elle peut aussi être inspirée par la volonté d'éviter à l'avenir la répétition de catastrophes que l'administration n'avait pas su ou pu prévenir. De la même façon, la poursuite beaucoup plus systématique aujourd'hui de manquements, même mineurs, à la probité peut-être inspirée par des règlements de compte entre adversaires politiques, mais aussi par un légitime souci de moraliser la vie publique. Enfin, s'il est exact que la victime d'une

catastrophe recherche plus volontiers un coupable du côté de l'administration, monde qui lui est étranger, que dans son propre comportement ou dans celui d'un autre citoyen ordinaire auquel il peut se comparer (fumeur invétéré, chauffeur imprudent ou artisan maladroit), il n'est pas en soi malsain que ceux qui exercent des responsabilités soient appelés à davantage de responsabilité.

Il reste que la recherche systématique d'un coupable est elle-même inséparable d'évolutions que l'on ne peut approuver, même s'il est difficile de les inverser : appétit croissant pour les procédures contentieuses plutôt que pour les règlements amiables, refus de tout risque, fût-il lié à des événements aussi naturels que des phénomènes météorologiques, médiatisation de la douleur des victimes ou de leurs proches, coupure de plus en plus profonde entre la technostructure et le citoyen ordinaire.

Ces constatations conduiraient au découragement si une nouvelle fois l'on n'avait la conviction que cette évolution n'a pas été entièrement spontanée et que bien des décisions ou des comportements des acteurs publics ont contribué à la renforcer. Si tel est bien le cas, il n'est sans doute pas trop tard pour réagir.

Un bref retour en arrière conforte dans le sentiment que la responsabilité de la pénalisation de la vie publique est largement partagée et que bien des réformes de textes ou des évolutions de comportements, animées des meilleures intentions ont eu des retombées inattendues, mais toujours dans un sens favorable à la pénalisation.

N'est-ce pas le législateur qui a adopté les textes législatifs qui ont défini les infractions (favoritisme, mise en danger) dont les élus souvent

eux-mêmes législateurs critiquent aujourd'hui la définition trop large ? N'est-ce pas lui qui ajoute sans cesse à la liste des associations habilitées à se porter partie civile et donc à mettre en mouvement la procédure pénale ? N'est-ce pas lui qui, dans l'intention louable de favoriser les droits de la défense, a rendu inéluctable la mise en examen de toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé comme auteur ou complice, aux faits dont le juge d'instruction est saisi ? Ou encore qui, pour remédier à de simples difficultés procédurales, a supprimé purement et simplement ce que l'on appelait abusivement des privilèges de juridiction, et qui n'était qu'une garantie de plus grande impartialité à l'égard des élus ou agents publics mis en cause ?

Le Gouvernement n'est pas non plus exempt de reproches. Il n'est certes pas étranger à la pénalisation de la vie publique en multipliant les qualifications pénales dans les projets de loi qu'il prépare et dans les textes qu'il adopte pour ce qui est des contraventions. Le pouvoir réglementaire porte la responsabilité directe de l'inflation des normes, en particulier dans le domaine des règles de sécurité, sans se soucier toujours de savoir si elles sont matériellement applicables, alors que leur méconnaissance sera sanctionnée pénalement. Le pouvoir hiérarchique, quant à lui, a trop longtemps refusé d'exercer ses responsabilités dans le domaine disciplinaire pour s'étonner que les citoyens recherchent d'autres sanctions, notamment par la voie pénale. Il n'a pas toujours su définir clairement les responsabilités des uns et des autres, encourageant de ce fait les mises en examen les plus larges.

Enfin, nos juridictions elles-mêmes ont contribué à cette évolution. Dans le souci louable de mettre fin à des privilèges⁸, les tribunaux de l'ordre judiciaire ont admis la constitution de partie civile contre des agents

⁸ On se souvient de l'article vengeur du Professeur Liet-Veaux **La caste des intouchables ou la théorie du délit de service* - Dalloz 1952 ch. XXVIII - p. 133 et du revirement de jurisprudence opéré par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 janvier 1953 (Dalloz 1953 - p. 109 avec le rapport du conseiller Patin).

publics auxquels était reprochée une faute de service. Dans le même esprit, le tribunal des conflits⁹ dans un des rares cas où le garde des sceaux siège avec la voix décisive a interdit que le conflit soit élevé devant le juge d'instruction sur une action tendant à la condamnation civile d'un agent public pour faute de service. De nombreuses condamnations à des dommages-intérêts sont prononcées par les tribunaux répressifs alors que les agissements en cause constituent à l'évidence des fautes de service. Comment dans ces conditions les victimes et leurs conseils n'en tireraient-ils pas la conclusion que la voie pénale est la plus efficace et la plus rapide pour obtenir réparation ? Le juge administratif a lui aussi sa part dans cette évolution, moins par la lenteur de la procédure qui n'est pas son apanage, que par la timidité dont il a fait preuve dans l'usage de ses pouvoirs d'instruction ou d'octroi de provision, confortant ainsi les requérants dans leur préférence pour la voie pénale. La tendance ancienne du juge administratif à étendre, dans une intention évidemment favorable à l'indemnisation des victimes, le champ de la faute de service ou non dépourvue de tout lien avec le service a contribué, de son côté, à donner le sentiment que le droit de la responsabilité de la collectivité publique encourageait une déresponsabilisation de ses agents.

Bref, de nombreuses décisions, procédant d'intentions souvent très louables, mais sur lesquelles il n'est nullement impossible de revenir, ont accéléré voire suscité le phénomène que l'on déplore aujourd'hui.

III - Des solutions multiples dont aucune n'est sans inconvénient

Depuis les rapports Delevoye-Fauchon de 1995 et Fournier de 1996 jusqu'aux nombreux amendements parlementaires présentés dans la discussion des projets de réforme de la justice en passant par les

⁹ Arrêt du 6 octobre 1989 - *Préfet de la région Provence, Alpes, Côte d'Azur, Préfet du Rhône c/Mme Laplace* - Rec. Lebon - p. 295.

propositions de la doctrine, des associations d'élus ou des syndicats de fonctionnaires, l'inventaire des solutions possibles est impressionnant. Au risque de décevoir, le présent rapport fera donc peu de propositions entièrement originales.

Ce qu'il peut, en revanche, essayer d'apporter, c'est un approfondissement des raisons qui ont pu s'opposer, à ce jour, à l'adoption de mesures dont l'efficacité paraît peu douteuse. C'est qu'en effet aucune n'est exempte d'inconvénients politiques, juridiques ou psychologiques et que la plupart ont un coût financier.

Certaines se heurtent à des obstacles majeurs d'ordre constitutionnel, notamment au principe d'égalité devant la justice. Encore faut-il en prendre l'exacte mesure, puisque ce principe n'a pas fait obstacle jusqu'ici à ce que les décideurs publics fussent l'objet d'incriminations qui leur sont propres : il faut rappeler que le principe d'égalité n'a jamais empêché qu'un traitement différent s'applique à des personnes placées dans une situation différente pourvu que cette différence soit en rapport avec l'objet de la mesure. Il ne faut pas oublier non plus que certains autres principes constitutionnels parmi lesquels figure la continuité du service public s'imposent aux seuls décideurs publics.

D'autres solutions soulèvent des objections d'ordre politique qui peuvent être dirimantes : tout ce qui, aux yeux de l'opinion publique, paraîtrait s'apparenter à une auto-amnistie de la classe politique est évidemment à écarter. Il en va de même de toute mesure qui serait ressentie comme un report sur le contribuable de la charge qui pèse actuellement sur les décideurs publics au titre des amendes qui peuvent leur être infligées et qui restent pour l'instant à leur charge personnelle.

D'autres impliquent, par rapport à des principes fort anciens, des révisions plus ou moins déchirantes : on peut penser à la théorie de l'équivalence des conditions ou à celle de l'identité de la faute civile et

pénale du côté de la jurisprudence judiciaire, mais aussi à certains aspects de la distinction entre faute personnelle et faute de service du côté de la jurisprudence administrative.

D'autres nécessitent une attitude plus responsable de la part de ceux qui informent l'opinion publique et qui contribuent à lui faire croire que toute mise en cause pénale est déjà la reconnaissance d'une culpabilité. La liberté d'information doit être mieux conciliée avec le respect de la présomption d'innocence. Dans le même esprit, on ne peut envisager de responsabiliser davantage les magistrats ou les plaignants sans garder à l'esprit des principes aussi essentiels que l'indépendance de la justice ou le droit de déclencher l'action publique par la constitution de partie civile.

Enfin et surtout, il n'est guère de réforme qui n'ait un coût financier : il serait irresponsable de proposer d'améliorer la compétence ou la protection juridiques des décideurs publics, la formation des magistrats, l'efficacité du contrôle de légalité, la rapidité de l'indemnisation des victimes, ou de raccourcir les délais de jugement de la juridiction administrative sans prendre en compte l'importance des moyens qui seraient à dégager.

Tels étant les principes qui ont guidé le groupe, les propositions qu'il est en mesure de faire seront retracées en huit chapitres se proposant de :

- I. Réduire le champ des délits non intentionnels ;
- II. Etendre la responsabilité pénale des personnes morales ;
- III. Enrayer la création de nouvelles infractions sanctionnées pénalement ;

IV. Ramener les manquements les moins graves au code des marchés au niveau de la contravention ;

V. Limiter les recours abusifs au juge pénal ;

VI. Rendre la mise en examen moins systématique et moins traumatisante ;

VII. Favoriser les modes de règlement des conflits autres que pénaux ;

VIII. Mieux armer juridiquement les décideurs publics.

1. Introduire aux articles 221-6 et 222-19 du Code pénal relatifs aux délits d'homicide et de blessures involontaires les notions de lien direct et de faute qualifiée.

Selon le nouveau Code pénal issu des lois du 22 juillet 1992, tel que complété par des textes de loi postérieurs, le principe est qu'il n'y pas de crime ou de délit sans intention de le commettre (article 121-3, alinéa 1, du Code pénal). La culpabilité non intentionnelle (envisagée dans son deuxième alinéa et qui s'en démarque par l'introduction de l'adverbe toutefois) revêt un caractère d'exception à ce principe général.

Dans le cadre de la mission qui lui a été assignée, le groupe d'étude a porté sa réflexion sur le particularisme de la délinquance non intentionnelle et a recherché, au terme d'une analyse critique de deux principes anciens qui régissent notre droit positif, si une approche plus nuancée des notions de faute et de causalité ne permettrait pas une sanction des délits non intentionnels plus équitable qu'elle ne l'est actuellement.

Le législateur moderne, sans définir la faute, a énuméré dans des articles d'incrimination, cinq comportements générateurs de responsabilité. La question s'est posée de savoir s'il fallait assimiler la faute civile qui oblige son auteur à réparer les conséquences dommageables de la faute la plus légère et la faute pénale. La Cour de cassation, en raison des termes généraux employés par la loi pour envisager la faute (le fait de causer à autrui) y a répondu par l'affirmative, dans un arrêt rendu le 18 décembre 1912 par la deuxième Chambre civile, et ce principe d'unicité de la faute civile et pénale a été consacré par la jurisprudence ultérieure.

Cependant, cette confusion entre la faute pénale d'imprudence et la faute quasi-délictuelle civile conduit à des effets inéquitables pour celui qui est mis en cause. En effet, le droit civil et le droit pénal poursuivent des objectifs différents. Le premier contient des dispositions ayant simplement pour but d'indemniser la victime du dommage, tandis que le second a pour mission de sanctionner un comportement dangereux.

Parallèlement, s'est développée la théorie dite de l'équivalence des conditions. De multiples espèces puisées dans l'actualité tendent à démontrer que la recherche de la relation causale n'est pas toujours aisée et se complique lorsque plusieurs agissements ou omissions ont concouru, à des degrés divers, à la réalisation de dommages, qu'ils soient imputables à des tiers ou à la victime elle-même.

L'appréciation de la causalité a fait l'objet d'interprétations différentes de la part des juridictions civiles, administratives et pénales : en matière civile et administrative, la jurisprudence s'est attachée à la théorie de la causalité adéquate, cherchant à rattacher à l'événement dommageable celui de ses antécédents qui était normalement de nature à le produire, alors que les tribunaux répressifs ont opté pour la théorie de l'équivalence des conditions selon laquelle il suffit que le fait illicite ait concouru à la réalisation du dommage pour qu'il soit possible de mettre en jeu la responsabilité de son auteur.

Transposer l'approche de la responsabilité du droit civil et administratif au plan pénal aurait le mérite de permettre le départ entre des comportements fautifs en soi, mais qui n'ont pas eu d'incidence sur le dommage en litige et ceux qui y ont directement concouru ; cela imposerait, en outre, au juge pénal une plus grande rigueur dans la formulation de son raisonnement. Encore faudrait-il admettre, afin de ne pas assurer une trop large impunité à ceux dont le comportement n'a eu

qu'une influence causale secondaire, que seules seraient exclues de la répression des fautes de moindre gravité.

Sous réserve d'améliorations terminologiques, le groupe d'étude, en l'état de sa réflexion, propose une modification des textes prévoyant et réprimant les délits d'homicide et de blessures involontaires, qui pourraient être ainsi rédigés (*les modifications proposées figurent en caractères gras*) :

Article 221-6 du Code pénal :

Le fait de causer **directement**, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende.

Sera puni des mêmes peines quiconque aura indirectement causé par maladresse, imprudence, négligence ou manquement à une obligation de prudence imposée par la loi ou les règlements la mort d'autrui, dès lors que son comportement révélera une action ou une omission constitutives d'une faute grave.

En cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende.

Article 222-19 du Code pénal :

Le fait de causer **directement à** autrui, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une

incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende.

Sera puni des mêmes peines quiconque aura indirectement causé par maladresse, imprudence, négligence ou manquement à une obligation de prudence imposée par la loi ou les règlements une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois, dès lors que son comportement révélera une action ou une omission constitutives d'une faute grave.

En cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 300 000 francs d'amende.

2. Harmoniser les dispositions relatives à l'appréciation *in concreto*.

Rappel des textes concernés tels qu'issus de la loi du 13 mai 1996 :

Article 121-3, alinéa 3, du Code pénal :

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

**Articles insérés dans le Code général des
collectivités territoriales :**

Le maire ou un élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation (**Art. 2123-34**) ; le président du conseil général ou un vice-président ayant reçu une délégation (**Art. 3123-28**) ; le président du conseil régional ou un vice-président ayant reçu une délégation (**Art. 4135-28**) ; ne peut être condamné sur le fondement de l'article 121-3 du Code pénal pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie.

**Article 11 bis A de la loi du 13 juillet 1983 portant
droits et obligations des fonctionnaires :**

Les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales, compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie.

Le but poursuivi par le législateur de 1996 était d'éviter une appréciation théorique et abstraite de la faute et de conduire le juge pénal à apprécier le contexte de l'acte commis. Inséré dans un texte de portée générale, s'agissant d'une disposition du Code pénal relative à l'intention,

ce principe d'appréciation *in concreto* a été décliné dans des dispositions figurant au Code général des collectivités territoriales, sans vocation répressive, ainsi que dans le statut de la fonction publique, avec deux différences rédactionnelles notables.

La rigueur juridique et la position vers laquelle s'est, d'ores et déjà, orientée la Cour de cassation (voir, notamment, sur ce point, la motivation de la Chambre criminelle dans son arrêt rendu le 24 juin 1997 statuant sur l'affaire de Furiani, ou les développements du Conseiller Guerder, dans le rapport annuel (p. 103) de la Cour de cassation pour 1998) amènent le groupe d'étude à proposer une modification de l'article 121-3 du Code pénal, en lien avec les différences de rédaction relevées, qui pourrait porter sur les deux points suivants :

en premier lieu, et s'agissant du fardeau de la preuve, il apparaît que la formulation du troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal repris ci-dessus, implique que la personne poursuivie fasse la démonstration de l'accomplissement de diligences normales, alors que les textes de déclinaison requièrent l'établissement, par la partie poursuivante, de la défaillance du prévenu dans l'accomplissement de ses diligences, compte tenu du contexte qui lui était propre.

Le défaut de diligence dont il s'agit constituant un élément du délit, il convient de considérer que la preuve en incombe à l'accusation. Dès lors, le texte de l'article 121-3 du Code pénal pourrait utilement reprendre une formulation calquée sur celle des textes de déclinaison énoncés plus haut et (*étant précisé que la modification proposée figure en caractères gras*) les termes : il y a également délit (...) sauf si l'auteur des faits a accompli (...) seraient remplacés par : il y a également délit (...) **dès lors qu'il est établi que (...)**.

en second lieu, et sur l'étendue de la notion de diligences normales, il ressort de la lecture comparée du texte répressif de portée générale, d'une part, et des textes particuliers, d'autre part, que ces derniers adjoignent au premier un élément d'appréciation supplémentaire des diligences normales puisqu'ils invitent, en outre, le juge à s'attacher aux difficultés propres aux missions que la loi lui confie.

Le simple examen, qu'impose le Code pénal, de la nature des missions ou des fonctions confiées à l'auteur des faits poursuivis pourrait opportunément être étendu à celui des difficultés qui leur sont propres eu égard aux buts poursuivis. L'alignement proposé paraît, de surcroît, de nature à permettre une égale appréciation du comportement de l'ensemble des justiciables.

Dans une rédaction nouvelle, l'article 121-3 du Code pénal *in fine* pourrait être formulé selon l'une ou l'autre des deux propositions retenues par le groupe d'étude, à savoir (*les modifications proposées figurent en caractères gras*) :

(...) compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions **et des difficultés propres aux missions que la loi lui confie**, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

ou bien, selon la rédaction alternative suivante tenant compte du fait que cet article est de portée générale : (...) compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions **et des difficultés inhérentes à leur exercice**, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

3. Modifier la terminologie du manquement consistant en la violation d'une prescription légale ou réglementaire.

Les dispositions du Code pénal énumérant les cinq comportements dont un seul suffit à caractériser une faute non intentionnelle, évoquent le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi et les règlements.

A la faveur des auditions de décideurs publics pratiquées, il est apparu que cette forme plurielle pouvait être source d'erreur d'appréciation et qu'il serait opportun de lui substituer la forme singulière.

Il conviendrait, en effet, d'exprimer en termes clairs et juridiquement précis que ne sont pas concernés les manquements au devoir de prudence ou de sécurité lorsque l'obligation n'est contenue que dans des documents dépourvus de valeur réglementaire, telles que des instructions ou des circulaires, mais que doivent être, en revanche, respectées les obligations édictées par des autorités détenant le pouvoir de prendre des règlements, tels le Président de la République, le Premier ministre (statuant par voie de décrets ou d'arrêtés), les ministres, les préfets ou les autorités exécutives ou délibérantes des collectivités locales.

C'est pourquoi le groupe d'étude est amené à proposer de remplacer le terme les règlements contenu dans les articles **121-3, alinéa 3, 221-6 et 222-19** par sa forme au singulier, soit : **le règlement**.

Il est à noter que d'autres propositions tendant à voir modifier les dispositions du Code pénal ont été avancées par les membres du groupe d'étude ou lui ont été soumises à l'occasion des multiples investigations auxquelles il a procédé et qu'il a été décidé de les écarter, soit qu'elles soient apparues trop restrictives, en ce qu'elles ne visaient qu'une catégorie de fautes non intentionnelles, soit qu'elles aient été estimées par trop extensives, en ce qu'elles visaient à réformer des textes de portée générale (tel l'article 121-1 du Code pénal) et risquaient, échappant au périmètre du champ de la présente étude, de produire des bouleversements imprévisibles ou indésirables dans l'appréciation de la responsabilité en général.

CHAPITRE II : Etendre la responsabilité pénale des personnes morales

Le groupe d'étude a examiné avec soin la question de la responsabilité pénale des personnes morales, souvent évoquée lors des auditions auxquelles il a procédé.

La responsabilité pénale des personnes morales est une des innovations fondamentales du nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. D'application récente, l'appréciation de ses conséquences est encore difficile et se limite nécessairement à un débat plutôt abstrait sur les principes juridiques qu'elle introduit ou modifie et sur les attentes ou craintes que suscite cette nouvelle forme de responsabilité.

Le groupe n'a pas échappé à ces débats et ces difficultés. Sans pouvoir parvenir à une position unanime, il a finalement proposé une extension mesurée des cas d'ouverture de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Il lui apparaît qu'il serait nécessaire d'en tirer un bilan dans quelques années pour en apprécier les conséquences, avant de prendre une position définitive.

1. Rappel du régime actuellement en vigueur.

A) Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est posé à l'article 121-2 du Code pénal :

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices de mêmes faits.

Par ailleurs un certain nombre de dispositions du Code pénal prévoient explicitement la responsabilité des personnes morales : c'est ainsi le cas de l'article 221-7 pour l'infraction définie à l'article 221-6 (homicide involontaire par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence), et l'article 222-22 pour l'infraction définie aux articles 222-19 et 222-20 (incapacité totale de travail causée à autrui par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence).

On remarque que le Code pénal actuellement en vigueur ne pose pas de règle générale selon laquelle les collectivités publiques seraient responsables pénalement, mais introduit deux principales restrictions qui répondent à des logiques différentes :

L'Etat n'est pas responsable pénalement.

Ainsi que le rappelle l'étude du Conseil d'Etat de 1996, la responsabilité pénale de l'Etat avait été exclue lors de l'élaboration du nouveau Code pénal entré en vigueur en 1994. Cette exclusion avait été adoptée sans trop de débats et n'a pas été remise en cause depuis.

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables que des infractions commises dans l'exercice

d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

L'insertion de ces termes au deuxième alinéa de l'article 121-2 du Code pénal a été inspirée par le souci d'éviter une rupture d'égalité entre les activités des personnes privées et des activités analogues exercées par les collectivités locales. Les seules activités pour lesquelles les personnes publiques sont susceptibles d'être déclarées pénalement responsables sont celles qui pourraient être exercées, par d'autres personnes que la collectivité locale concernée, par délégation.

Cette restriction exclut du champ de la responsabilité pénale des collectivités locales les activités de police, qui ne peuvent pas être déléguées à d'autres personnes morales (CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. 595 ; - CE, 10 déc. 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Rec. 675 ; - CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton et autres et société Sceatauparc exploitation*, Rec. 175 ; DA 1994, n° 356 et concl. S. Lasvignes, chron. 10/11 ; RDP 1994.1852, obs. Auby)¹⁰. Cette exclusion n'est pas toujours comprise par les maires, qui voient dans ce pouvoir de police la source principale des risques de mise en cause de leur responsabilité pénale.

De plus, la notion d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public n'est pas toujours interprétée de la même façon par les juges administratif et répressif, ce dernier ayant tendance à concevoir la notion de façon plus extensive que le premier.

¹⁰ Ce qui ne signifie pas que le maire doit exercer personnellement l'ensemble des pouvoirs de police qui lui sont dévolus: il peut les déléguer à un adjoint : CE, 4 janv. 1995, *Epoux Metras*, Rec. CE p.682.

En revanche, en ce qui concerne les établissements publics autres que les groupements de collectivités territoriales, l'ensemble de leurs activités sont susceptibles de mettre en cause leur responsabilité pénale.

Enfin, la notion d'organes ou représentants des personnes morales peut donner lieu à des interprétations divergentes d'une juridiction à l'autre, mais il ne faut pas exagérer ce risque. En particulier, la question de savoir si cette notion inclut les agents de la personne morale a pu être débattue, bien qu'il semble généralement admis qu'elle se limite aux quelques personnes qui expriment juridiquement la volonté de ces personnes morales. Mais l'article 121-2 est encore récent et a fait l'objet de trop peu d'applications pour que la jurisprudence ait pu préciser complètement les contours de cette notion.

2. Arguments pour et contre l'extension de la responsabilité des personnes morales de droit public.

A) Les tenants de l'extension de la responsabilité des personnes morales en attendent une diminution corrélative des mises en cause des élus et agents publics.

Contrairement à une idée souvent émise, la responsabilité de la personne morale ne peut pas affranchir entièrement les personnes physiques de leur responsabilité pénale.

1°) *L'article 121-2 du Code pénal dispose expressément que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.*

Le droit positif est d'une parfaite clarté : la responsabilité de la personne physique et celle de la personne morale au nom de laquelle elle agit ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Il arrive fréquemment, dans le cas d'un délit d'imprudence ou de manquement à une obligation de sécurité, que l'une et l'autre soient mises en cause.

Cette situation n'apaise donc pas les inquiétudes de certains décideurs publics, en particulier des élus locaux. Ils affirment ne pas réclamer une quelconque impunité mais souhaitent que les particularités des missions de service public qu'ils exercent soient prises en compte, en leur évitant de se voir reprocher tout événement survenu dans le territoire de leur ressort.

L'idée a donc été plusieurs fois émise que, pour certaines infractions, la responsabilité de la personne morale pourrait se substituer ou être mise en cause préalablement à celle de l'agent public ou de l'élu.

2°) Les décideurs publics et, en premier lieu les élus locaux, considèrent comme inéquitable le fait d'être poursuivis personnellement pour des infractions non intentionnelles, constituées par des actes qu'ils n'ont pas commis personnellement ou des omissions qu'ils ne pouvaient pas éviter. Ils souhaitent donc une protection législative accrue pour empêcher ce qu'ils considèrent comme une mise en cause pénale injustifiée.

Pourtant, les particularités des fonctions des élus et des agents publics ont déjà été prises en compte par le législateur. La loi du 13 mai 1996, cela a été rappelé, a atténué ce qui pouvait apparaître comme un caractère systématique de la mise en cause des décideurs publics. Le juge est désormais invité à apprécier au cas par cas la situation du décideur public en vérifiant que l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de

ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait (article 121-3 du Code pénal). Le Code général des collectivités territoriales et le statut général de la fonction publique ont été modifiés dans le même sens, bien qu'en des termes légèrement différents.

Il est trop tôt, compte tenu notamment du petit nombre d'espèces, pour apprécier objectivement les premiers effets de cette modification du Code pénal. Ainsi, par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹ n'a pas encore pu, faute d'une jurisprudence suffisante, préciser les effets de ces dispositions.

Devant ce qu'ils considèrent comme une protection inefficace par la loi pénale, certains décideurs souhaitent impliquer davantage les personnes publiques. Ils soutiennent même que la logique de la faute de service, c'est-à-dire celle dont l'agent n'est que l'instrument mais qui révèle une faute de la collectivité publique, devrait se traduire pénalement par l'engagement exclusif de la responsabilité de la collectivité¹².

Agissant comme représentant de la personne publique, l'agent disparaîtrait derrière cette personne publique, qui serait seule appelée à répondre des actes accomplis en son nom et de leurs conséquences, tant devant le juge administratif (au titre de la responsabilité civile) que devant le juge pénal.

¹¹ Qui a, pour l'instant, statué sur une seule affaire, celle des thermes de Barbotan (Cass. crim., 29 juin 1999 ; voir un premier commentaire dans Touvet, Ferstenbert et Cornet **Les grands arrêts du droit de la décentralisation** Dalloz 1999, p. 490). Rappelons ici que le chapitre précédent contient une proposition de modification de ces textes.

¹² Contrairement à une jurisprudence bien établie du tribunal des conflits (TC, 14 janv. 1935, *Thépaz*, Rec. CE p.224 ; S. 1935.3.1 ; **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, n°52, Dalloz) selon laquelle une faute de service peut néanmoins constituer aussi une faute pénale de l'agent.

3°) Mais une telle exclusion serait contraire au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la justice.

En effet, une telle exclusion de la responsabilité pénale des agents publics et des élus instituerait à leur profit une protection dont ne bénéficieraient pas d'autres personnes auteurs des mêmes infractions, au seul motif que les uns agissent au nom d'une personne morale de droit public, les autres au nom d'une personne de droit privé ou en leur nom personnel. Le caractère contestable de cette inégalité est renforcé par un obstacle constitutionnel.

Sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC rendue le 17 janvier 1989 a traduit une conséquence du principe d'égalité devant la loi pénale¹³. A été censurée une disposition prévoyant que les mesures prises en exécution des décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pouvaient pas engager la responsabilité personnelle du président de cet organisme.

Ainsi toute exclusion de la responsabilité pénale de certaines personnes au motif que serait alors mise en cause celle d'une personne morale dont elles sont les représentants courrait de grands risques d'inconstitutionnalité.

4°) Elle heurterait à juste titre l'opinion, faisant des élus et agents publics des citoyens à part, intouchables par le juge pénal.

Un tel report de la responsabilité des élus ou agents publics sur la collectivité dont ils sont l'émanation conduirait à faire bénéficier ces

¹³ *Nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé (Rec. CC p. 18).

personnes d'une immunité totale. Quoiqu'ils fassent ou s'abstiennent de faire, leur éventuelle responsabilité pénale s'effacerait derrière celle de la collectivité publique. Ils ne risqueraient donc aucune condamnation pénale. Cette protection absolue pourrait facilement être assimilée par l'opinion publique à l'équivalent d'une amnistie accordée par le Parlement à une catégorie de citoyens dont font souvent partie les parlementaires eux-mêmes.

Le groupe d'étude a donc écarté toute exclusion de la responsabilité pénale des personnes physiques au profit de celle des personnes morales.

Il a, en revanche, envisagé une extension de la responsabilité pénale des personnes morales en conservant la possibilité de mettre en cause simultanément celle d'une personne physique pour les mêmes faits.

B) Le groupe d'étude a aussi examiné l'ensemble des arguments qui rendent délicate une extension même ponctuelle de la responsabilité des personnes morales.

1°) L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public pourrait être comprise par l'opinion comme une *fuite des élus devant leurs responsabilités*, faisant ressurgir le souvenir de précédentes amnisties.

Le groupe, a cependant, considéré que ce risque était limité en cas d'extension mesurée de la responsabilité pénale des collectivités publiques, surtout dans l'hypothèse où ne serait affirmée qu'une mise en cause prioritaire de la collectivité avant celle de l'agent ou de l'élu, ou encore maintenue une mise en cause concurrente.

2°) La représentation de la personne morale dans la procédure engagée et le procès pénal pose certaines difficultés.

A la suite d'un accident, les services de police ou de gendarmerie enquêtent en entendant, outre les agents chargés du service défaillant, le maire et ses adjoints concernés.

Si le juge d'instruction décide la mise en examen de la personne morale, il s'adressera à son représentant : le maire ou le président de l'exécutif local devra alors comparaître. Quelle sera la réaction de l'opinion ? Fera-t-elle la distinction entre le maire, représentant de la commune et le maire, M. ou Mme X ou Y ? Une assimilation de la personne et de la fonction n'est pas impossible de la part de victimes ou de l'opinion publique encore sous le coup de l'émotion. Se partagent ici ceux qui croient possible ou non la perception de la dissociation des deux visages de l'élu ou de l'agent.

Lors du procès pénal, qui représentera la commune ? Dans la plupart des cas, le maire sera ce représentant. Il n'en ira autrement que si le maire est mis en cause personnellement (auquel cas le président du Tribunal de grande instance désigne une autre personne physique, qui n'est pas nécessairement un membre du conseil municipal, pour représenter la commune) ou s'il estime plus opportun, notamment pour éviter l'opprobre né d'une assimilation abusive, de ne pas apparaître personnellement devant le tribunal, faisant représenter la commune par un adjoint ou un fonctionnaire.

Le groupe reconnaît que cette substitution n'est pas idéale. Outre la difficulté à choisir cette personne physique envoyée comme bouc émissaire au procès pénal, on peut s'interroger sur la pertinence de la

représentation de la commune en justice par une personne qui n'en est pas l'exécutif et n'a pas à être mandatée par le conseil municipal, alors que la qualité de ce représentant peut avoir un rôle déterminant.

Cet argument n'a pas arrêté le groupe d'étude, qui a estimé que la distinction entre le représentant de la collectivité et la personne physique sera compréhensible par l'opinion. En outre, les premières expériences de représentation de collectivités locales devant le juge pénal ne semblent pas avoir soulevé trop de difficultés pratiques.

3°) *Les sanctions pénales ne sont pas toutes adaptées aux personnes morales de droit public.*

La responsabilité de la personne morale, paradoxe de notre droit pénal dont l'objet est de punir et non de réparer, apparaît particulièrement difficile à mettre en oeuvre en ce qui concerne les sanctions. La sanction pénale, dont l'un des objets est l'amendement du coupable, a-t-elle un sens à l'encontre d'une personne morale, *a fortiori* de droit public ? Certes elle exerce aussi une fonction de prévention et d'intimidation, dont on peut penser qu'elle est remplie par la publicité de la sanction, qui peut favoriser ensuite le désaveu des élus par leurs électeurs, ou servir d'exemple à l'égard de toutes les collectivités.

Le groupe d'étude a admis que la plupart des peines applicables aux personnes morales prévues par le Code pénal (articles 131-37 à 131-49 du code) sont inadaptées aux personnes morales de droit public, soit parce qu'elles sont impossibles à prononcer, ainsi en est-il des sanctions prévues au dernier alinéa de l'article 131-39 (dissolution ou placement sous surveillance judiciaire), soit qu'elles sont inadaptées parce qu'elles iraient à l'encontre de la mission de service public confiée à la collectivité publique (et il en est ainsi de l'exclusion des marchés publics, de

l'interdiction d'exercer, de la confiscation de l'objet, ou de la fermeture de l'établissement à l'origine des faits incriminés).

C'est l'amende qui tient la plus grande place parmi les sanctions pénales applicables aux collectivités locales. D'ailleurs, les 100 premiers cas de condamnations de personnes morales (analysés par une circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 26 janvier 1998)¹⁴ montrent que c'est toujours une amende qui est prononcée à l'encontre des personnes morales de droit public. Le montant de cette amende tient compte des capacités financières supposées des personnes morales : à leur encontre, le taux maximum de l'amende qui leur est applicable est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi [le règlement] qui réprime l'infraction (articles 131-38 et 131-41).

Semblent également envisageables l'affichage, la publication ou la diffusion de la décision. Certes ils peuvent conduire à porter l'opprobre sur la personne publique, qui n'en a pas besoin dans ces circonstances. A l'inverse, leur caractère dissuasif peut jouer efficacement : il n'est jamais agréable pour un exécutif local de supporter une contre-publicité pour sa collectivité, surtout s'il s'agit d'une large diffusion d'une décision judiciaire la sanctionnant pour mauvais fonctionnement des services municipaux.

4°) Les amendes seraient en réalité payées par le contribuable, et même parfois par la victime.

La condamnation de la collectivité territoriale à une amende pourrait être comprise par l'opinion comme un transfert de la responsabilité, non seulement pénale, mais aussi financière, de l'élu vers la collectivité qu'il représente. Mais, bien que la condamnation soit d'une nature toute différente, c'est déjà le cas pour une condamnation civile

¹⁴ JCP, Ed. G., 4 mars 1998, p. 402, n° 20035.

prononcée par le juge administratif : c'est aussi le budget de la collectivité, et donc peut-être en partie le bénéficiaire de cette condamnation, qui supportera la charge des dommages-intérêts.

5°) L'ouverture plus large de la responsabilité pénale des personnes morales risquerait, aux yeux de certains, d'ouvrir davantage les prétoires et de *renforcer le mouvement de pénalisation de l'action publique et de la société française*. Elle inciterait encore davantage les victimes à assouvir leurs désirs vindicatifs en s'adressant au juge pénal, alors qu'il serait préférable de les orienter vers la recherche d'une responsabilité civile, moins traumatisante pour les élus et agents publics, et financièrement plus profitable aux victimes.

Le groupe s'est trouvé démuni pour examiner de façon pertinente cet argument et la probabilité de réalisation des risques qu'il énonce. Il a considéré que ces risques ne sont pas certains, surtout dans l'hypothèse d'une extension mesurée de la responsabilité pénale des personnes morales qui s'accompagnerait d'une restriction simultanée des possibilités de mettre en cause les personnes physiques devant le juge pénal.

La question de savoir si l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale protège les représentants de cette personne morale ne peut pas être définitivement tranchée. Une circulaire ministérielle du 26 janvier 1998 fait le point des 100 premières condamnations de personnes morales. Mais ses conclusions doivent être relativisées. Si on peut écrire que dans toutes les procédures concernant des personnes morales de droit public, aucune personne physique n'a été condamnée, soit en raison de l'absence de poursuites soit en raison de la relaxe de la personne physique poursuivie, il faut ajouter que cette observation ne repose que sur 5 (cinq) condamnations, chiffre insuffisant pour en tirer des enseignements d'ordre général.

6°) *La cohérence du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires pourrait être affectée.* Les juridictions pénales, pourtant incompétentes pour condamner les personnes publiques à réparer un dommage causé par leur agent en cas de faute de service, se verraient, beaucoup plus largement qu'aujourd'hui, reconnaître le droit de leur infliger des amendes.

Le juge pénal deviendrait le principal organe de contrôle des personnes publiques, alors qu'il connaît moins bien leur fonctionnement réel et ses condamnations risqueraient de n'être pas toujours adaptées à leurs contraintes propres.

On peut craindre aussi une propension du juge répressif, contraire au principe de séparation des pouvoirs, à statuer sur l'action civile même lorsque la personne poursuivie est une personne morale de droit public, dont la responsabilité relève du juge administratif, sans que les préfets disposent des informations nécessaires pour contrecarrer cette dérive en élevant le conflit. Là encore, le groupe ne s'est pas arrêté à cet obstacle, constatant, par un argument, il est vrai, réversible, que l'exception au principe de séparation des pouvoirs a été admise par le législateur de 1993 qui a introduit en 1994 dans le Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, fût-elle limitée.

Fort de cet examen pondéré des espoirs et des craintes, les uns et les autres encore pour l'essentiel dépourvus de possibilités de vérification, que suscite une extension de la responsabilité pénale des décideurs publics, le groupe d'étude estime possible d'en proposer une ouverture limitée.

3. Proposition d'une ouverture limitée pour remédier aux cas les plus sensibles de mise en cause des décideurs publics.

Le groupe d'étude a choisi de proposer une solution aux cas les plus sensibles de mise en cause des élus, et aussi des agents publics, en utilisant des notions juridiques déjà présentes dans le Code pénal. Il est conduit à suggérer une ouverture limitée de la responsabilité pénale des personnes publiques pour certaines infractions, même dans les cas où la faute résulte d'une activité qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public.

A) Une ouverture limitée aux manquements aux obligations de prudence ou de sécurité prévus par la loi ou le règlement.

La faute non intentionnelle à raison de laquelle les poursuites pénales semblent être le plus mal ressenties est le manquement aux obligations de prudence ou de sécurité prévues par la loi ou le règlement. En effet, un tel manquement ne peut souvent être prévu, car les obligations de sécurité résultent de normes techniques décidées hors de la collectivité, parfois difficiles à connaître et presque impossibles à respecter tant elles sont lourdes pour les finances locales. Il trouve sa cause dans l'abstention de chacun des acteurs, quel que soit son niveau hiérarchique, accaparé qu'il est par la souci de veiller à d'autres exigences de l'intérêt général, et ne résulte pas d'une action que tel ou tel aurait personnellement commise. Il a pour conséquence un accident apparemment imprévisible qui émeut l'opinion et conduit les victimes ou leurs ayants droit à chercher un coupable ou, au moins un responsable. De plus, cette infraction figure déjà au Code pénal, ce qui facilitera l'application d'une règle différente applicable à elle seule.

Ce manquement peut affecter non seulement des activités susceptibles de délégation de service public, pour lesquelles la mise en cause de la responsabilité de la personne morale peut déjà être invoquée, mais surtout des activités que la collectivité publique ne peut pas déléguer, principalement l'exercice de son pouvoir de police.

Le groupe d'étude propose donc d'étendre la responsabilité pénale des collectivités locales à toutes leurs activités lorsqu'a été commis un manquement non délibéré à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement¹⁵, défini aux articles 221-6 et 222-19 du Code pénal.

Le groupe s'est situé dans la logique de sa première proposition, qui vise à introduire une gradation dans les fautes et les responsabilités. Il ne s'agit plus ici de combiner le caractère direct ou indirect du lien entre la faute et le dommage avec le degré de gravité de la faute, mais de prévoir un engagement différent de responsabilité selon que le manquement est délibéré ou non.

B) Préférer la recherche de la responsabilité de la personne morale, sauf dans le cas où le manquement est délibéré.

Le groupe a rejeté les solutions radicales qui auraient consisté à rendre exclusives la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique. Il a aussi repoussé les solutions compliquées qui auraient permis une recherche prioritaire de la responsabilité de la personne morale, au terme de laquelle celle de la personne physique

¹⁵ Le règlement et non les règlements, si est adoptée la proposition figurant dans le Chapitre I du présent rapport.

aurait alors pu être mise en cause sous certaines conditions. Il en résulterait, en effet, un allongement sensible des procédures, en particulier une mise en cause très tardive du décideur public, peut-être plusieurs années après le dommage. La permanence du risque pénal n'apaiserait pas les élus et agents publics, et la lenteur de la procédure serait dommageable pour les victimes.

Le groupe propose donc une mise en cause concurrente de la personne morale et de la personne physique pour les manquements à une obligation de prudence ou de sécurité. Il sait que dans cette hypothèse, la responsabilité pénale de la personne morale est prioritairement engagée et celle de ses représentants beaucoup plus rarement. Dans la plupart des cas, la personne physique n'a fait qu'agir au nom de la personne morale et il semble plus équitable de faire peser surtout, sinon seulement, sur cette dernière la responsabilité pénale du dommage.

Cependant, pour ne pas faire des élus et des agents publics des personnes excessivement protégées, le groupe d'étude propose aussi de reprendre une distinction qui figure déjà dans le Code pénal entre les manquements ordinaires pourrait-on dire, et les manquements délibérés¹⁶ à une obligation de prudence ou de sécurité. Ces derniers, qui correspondent à une volonté consciente d'enfreindre le règlement (par exemple le maintien en service d'un équipement qu'une expertise, un rapport officiel ou une note motivée des services de la collectivité aurait décrit comme dangereux) ne pourraient mettre en jeu la responsabilité pénale que de la personne physique, auteur délibéré de cette transgression.

¹⁶ Qui font déjà l'objet d'une distinction par les articles 221-6 et 222-19 du Code pénal pour ce qui est de l'ampleur de la sanction

En pratique, on peut penser que le partage s'établirait alors entre les poursuites, dirigées le plus souvent contre la seule personne morale, apaisant ainsi les décideurs publics et celles qui viseraient ces agents publics ou élus s'ils ont consciemment manqué à une obligation de prudence ou de sécurité précisément définie. L'élu ne serait plus désormais en première ligne, puisque sa responsabilité personnelle ne serait mise en cause que si le dommage résulte de son comportement personnel et non de l'inertie d'une collectivité publique.

Le groupe d'étude propose alors, non d'apporter une nouvelle modification aux articles 221-6 et 222-19 du Code pénal, mais plutôt de modifier l'article 121-2 du même Code qui définit la responsabilité pénale des personnes morales, en introduisant la distinction selon une rédaction que pourrait préparer la direction des affaires criminelles et des grâces, et qui pourrait s'inspirer des termes suivants :

Elles [les personnes morales de droit public] sont, sauf s'ils ont été commis de façon délibérée, responsables des manquements à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement commis par leurs organes ou leurs représentants ayant causé la mort d'autrui ou une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois.

C) La suppression de l'exclusion de l'Etat du champ de la responsabilité pénale.

La responsabilité pénale de l'Etat peut se heurter à certains arguments théoriques et pratiques.

Ainsi que l'a montré l'étude du Conseil d'Etat de 1996¹⁷, il ne semble pas que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires interdise de mettre en cause devant le juge répressif la responsabilité pénale de l'Etat. Comme pour les autres personnes publiques, l'Etat est susceptible d'être condamné à des dommages-intérêts par les juridictions administratives, ses agents peuvent faire l'objet de condamnations pénales, même en cas de faute de service. Sous cet angle, la responsabilité pénale de l'Etat n'apparaît pas différente de celle des autres personnes publiques.

L'argument tiré de la souveraineté de l'Etat n'apparaît pas non plus décisif, dès lors que la responsabilité civile de l'Etat est déjà susceptible d'être mise en cause.

Le principal obstacle à la responsabilité pénale de l'Etat tient à son rôle dans l'exercice de la répression pénale. L'Etat, qui représente la société toute entière lésée par des agissements contraires à la loi pénale, pourrait difficilement se voir poursuivi par un Parquet qui exerce l'action publique au nom de l'Etat : l'Etat serait à la fois auteur du dommage, victime, censeur et juge. Détenteur du monopole du pouvoir de contraindre, peut-il aller jusqu'à s'infliger des peines ?

Les excellents arguments opposés à la responsabilité pénale de l'Etat ont paru au groupe pouvoir s'effacer derrière un souci d'égalité entre agents de l'Etat et des autres collectivités publiques.

Cette place à part réservée actuellement à l'Etat, hors d'atteinte de toute procédure pénale, a, en effet, semblé au groupe d'étude méconnaître l'égalité entre les agents publics.

¹⁷ Pages 96-102

Pourquoi un agent d'une collectivité locale chargé d'une mission de surveillance d'un équipement public pourrait-il s'abriter derrière la responsabilité pénale de la collectivité publique qui l'emploie, alors qu'un agent de l'Etat exerçant les mêmes fonctions à l'égard d'un équipement analogue exploité par l'Etat en serait privé, se retrouvant en première ligne dès l'ouverture de la procédure ?

Ce déséquilibre a semblé au groupe difficile à justifier. Aussi propose-t-il de supprimer, à l'article 121-2 du Code pénal, l'exclusion de l'Etat du principe de responsabilité pénale des personnes morales.

Le groupe d'étude est conscient des modifications importantes que pourrait entraîner l'introduction de la responsabilité pénale de l'Etat dans notre droit. Cependant, il estime que les cas encore peu nombreux d'ouverture de cette responsabilité devraient permettre d'expérimenter cette nouvelle forme de responsabilité pénale, quitte à l'abroger dans quelques années si les inconvénients qui s'en dégageraient apparaissaient trop lourds.

CHAPITRE III : Enrayer la création de nouvelles infractions sanctionnées pénalement

Toujours plus de sanctions pénales ?

Le groupe d'étude a considéré la production législative et réglementaire en matière pénale depuis une quinzaine d'années.

Des statistiques produites par la direction des affaires criminelles et des grâces, il ressort qu'au cours des quinze dernières années (de 1984 à septembre 1999), près de mille textes (946 exactement) législatifs ou (surtout) réglementaires ont prévu de nouvelles sanctions pénales¹⁸. Le rythme s'est accéléré depuis 1996. On constate donc une propension, tant du législateur que du pouvoir réglementaire, à assortir d'une sanction pénale toute méconnaissance d'une obligation. Comment s'étonner ensuite de la pénalisation croissante de la société et de la tendance à rechercher de plus en plus systématiquement l'intervention du juge pénal ?

¹⁸ Nombre de textes à incidence pénale.

	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Total
Lois et ordonnances	25	19	19	14	19	21	20	27	16	20	8	20	6	20	12	278
Décrets	18	29	19	31	18	27	25	48	25	50	57	68	78	86	64	665
Total	43	48	38	45	37	48	45	75	41	70	65	88	84	106	76	946

1. Un moratoire : pas de nouvelles infractions pénales en l'an 2000.

Cette situation a semblé au groupe d'étude constituer une des racines du mal dont souffrent les décideurs publics et, au-delà, la société française toute entière. Il faut s'engager sans tarder dans la voie de l'absence de sanctions pénales pour tout ce qui ne mérite pas d'être pénalisé et qui, à l'avenir, ne devrait pas en faire l'objet.

Le ministère de la justice devrait, avec l'aide du secrétariat général du gouvernement et du Conseil d'Etat statuant en formation administrative, exercer un rôle de filtre pour, à l'occasion de l'élaboration des projets de loi et de décrets, repousser l'introduction dans ces projets de dispositions pénales qui ne seraient pas absolument indispensables, et demander aux départements ministériels concernés de s'interroger davantage sur le recours à d'autres formes de sanctions.

De manière un peu symbolique, le groupe demande au gouvernement et au Parlement d'instaurer, pour une année, un moratoire sur la création de toute nouvelle infraction pénale. Il ne s'agit pas d'une année d'impunité, mais de stabilisation du droit pénal, qui montrerait la volonté d'orienter le règlement des conflits entre les personnes vers d'autres voies que la recherche systématique d'une sanction pénale.

2. Rechercher d'autres formes de sanctions.

Cette année devrait être utilisée par chaque département ministériel pour analyser la pertinence des sanctions pénales existantes et rechercher, pour celles qui seraient d'application délicate ou dépourvues

d'effets tangibles, d'autres formes de sanctions à l'encontre de leurs auteurs.

Les indicateurs statistiques fournis par la direction des affaires criminelles et des grâces révèlent que le nombre d'infractions en vigueur, qui s'élevait à 8805 en 1989, est monté à 10 029 en novembre 1999. Au cours des quinze dernières années, les abrogations sont plus rares que les créations et les modifications de nouvelles sanctions, ce qui explique la croissance significative du nombre de sanctions pénales existantes.

Au cours de la même période, hors 1988 et 1995, années d'amnistie, on constate cependant une certaine stabilité des condamnations prononcées, surtout pour les délits. De 1987 à 1997 inclus, le nombre de condamnations prononcées par les cours d'assises est passé de 2636 à 2981 (avec un minimum à 2543 en 1992), celui des condamnations prononcées par les tribunaux correctionnels de 413 000 à 435 000 (avec un maximum de 469 000 en 1990 et un minimum de 277 000 en 1988, année d'amnistie), celui des contraventions infligées par les tribunaux de police de 91 000 à 99 000 (avec un pic à 105 000 en 1990 et un minimum de 28 000 en 1995, année d'amnistie).

Le sentiment de pénalisation ne ressort donc pas d'un accroissement significatif du nombre de condamnations, mais du nombre d'infractions en vigueur dans notre droit. Le groupe pense que c'est ce nombre excessif qui suscite l'impression de complexité des règles en vigueur, le recours parfois exagéré au juge pénal et l'inquiétude des décideurs publics menacés par le très grand nombre d'infractions susceptibles d'être commises. C'est ce nombre qu'il faut réduire, d'autant plus que, de manière très constante depuis 1987, 98 % des condamnations inscrites au casier judiciaire (crimes, délits et contraventions de la 5^{me} classe) le sont en répression de seulement 500 des 10 000 infractions existantes.

L'année 2000 pourrait donc être mise à profit pour procéder à un examen systématique de l'ensemble des sanctions pénales existantes et évaluer leur pertinence. Cette mission impartie à chaque département ministériel, et coordonnée par la direction des affaires criminelles et des grâces, sera facilitée par le nécessaire recensement de tous les textes comportant des indications financières libellées en francs, qui doivent être modifiés pour transcrire ces indications en euros.

D'une façon plus théorique, n'est-il pas plus efficace de punir l'auteur d'une infraction sur le même registre que celui où il a manqué à ses devoirs ?

Celui qui commet une banqueroute frauduleuse est interdit de diriger une entreprise, le chauffard se voit privé de son permis de conduire, le candidat qui triche avec les règles de financement des campagnes électorales est déclaré inéligible... Les administrations sont donc invitées par le groupe d'étude à envisager le remplacement de nombreuses sanctions pénales par d'autres formes de sanctions, plus adaptées au comportement fautif¹⁹.

¹⁹ Voir sur ce point les propositions figurant au Chapitre VII du présent rapport.

CHAPITRE IV : Ramener les manquements les moins graves au Code des marchés publics au niveau de la contravention

Le groupe d'étude s'est interrogé sur le périmètre exact de sa mission. En effet, certains manquements au Code des marchés publics, dont la qualification délictuelle résulte de l'article 432-14 du Code pénal²⁰, peuvent être analysés, selon les hypothèses, soit comme des infractions non intentionnelles, qui entrent sans aucun doute dans la mission de réflexion du groupe, soit comme des infractions intentionnelles qui en sont exclues. Selon ses motivations, le même fait peut constituer l'un ou l'autre et est soumis aux mêmes sanctions.

1. Distinguer, parmi les délits de favoritisme, les actes graves et les actes moins graves.

Les faits les plus souvent mentionnés et qui mettent en cause les élus de bonne foi sont de simples erreurs matérielles ou procédurales, commises par les services lors de l'ouverture des plis ou la vérification des

²⁰ Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou (...) investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics (...) ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

offres, ou bien des dépassements minimes de seuils dus à des contraintes extérieures à la volonté des élus. Il arrive qu'un contrôle de légalité vigilant, ou le plus souvent des entreprises évincées de l'attribution du marché, informent le Parquet de ce manquement. L'élu se trouve alors engagé dans une procédure pénale qu'il ne comprend pas, s'en étant remis, pour les maires des communes petites ou moyennes dépourvues de services techniques et juridiques, aux indications parfois imprécises des services de l'Etat ou d'organismes de conseil, voire aux incertitudes du Code des marchés publics, par exemple en ce qui concerne la notion d'opération. Il comprend d'autant moins sa mise en cause que le délit qui lui est reproché, celui de favoritisme, est le même que celui qu'ont commis consciemment quelques élus dénoncés lors de procès médiatisés. Peut-on traiter de la même manière l'exécutif d'une grande collectivité qui favorise sciemment une entreprise lors d'un marché de plusieurs dizaines de millions de francs et celui d'une commune de deux cents habitants qui commet une erreur de procédure en appliquant de bonne foi ce qu'il croit être la règle posée par le Code des marchés pour la réfection de la toiture de la mairie-école ou de l'église de la commune ?

Le groupe, reprenant ici les demandes unanimes des associations d'élus, considère que la répression des infractions les plus graves au Code des marchés, surtout s'il en résulte un enrichissement personnel, doit rester sévère. Il a, en revanche, souhaité atténuer les sanctions qui sont susceptibles de frapper l'élu de bonne foi dont les services ont commis une simple erreur sans intention coupable.

2. Préférer un seuil objectif à la recherche délicate de l'intention coupable.

Deux voies au moins sont envisageables :

La première consisterait à distinguer selon que la violation du Code des marchés a été ou non consciente. Lors des auditions auxquelles il a procédé, le groupe a beaucoup entendu parler d'erreur administrative, qui ressemblerait à la faute de service, qu'il faudrait distinguer de l'erreur volontaire, qui traduirait la faute personnelle. Cette distinction conduirait à revenir trop nettement sur la jurisprudence *Thépaz* (TC, 14 janv. 1935, cf. *supra*) et à exonérer systématiquement de toute sanction pénale certaines fautes de service pourtant répréhensibles.

La seconde a recueilli les faveurs du groupe d'étude : la fixation d'un seuil financier qui distinguerait les manquements lourdement ou légèrement réprimés.

Le groupe d'étude ne propose pas de modifier le droit applicable aux marchés les plus importants, qui continueraient à être classés comme des délits assortis de sanctions lourdes, en termes d'amendes comme de peines d'emprisonnement.

En revanche, pour les manquements relatifs à des marchés publics restés en deçà d'un seuil qui reste à déterminer, il faudrait opérer un déclassement en contraventions, punies par l'amende la plus élevée, celle de la cinquième classe.

Ce déclassement présente au moins trois avantages :

il fait disparaître la procédure lourde et traumatisante de la mise en examen par le juge d'instruction, tant redoutée des élus placés sous le regard de ceux qui l'assimilent à une déclaration de culpabilité ;

il maintient la sanction pénale. Certains trouveront peut-être encore inéquitable de frapper d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 000 francs (et même 20 000 francs en cas de récidive) un élu dont les services ont commis, en toute bonne foi, une erreur de procédure. Mais les enjeux de la passation des marchés sont tels que la sanction doit subsister ;

il est objectif : la fixation d'un seuil selon le montant du marché ne laisse pas de place à d'infinis débats, qui seraient plutôt une cause de complication s'agissant de contraventions.

3. Conserver en l'état le délit de prise illégale d'intérêt.

En revanche, le groupe d'étude ne propose aucune modification aux sanctions applicables au délit de prise illégale d'intérêt, qui doivent rester dissuasives pour éviter aux élus et agents publics les tentations de mélanger l'intérêt général dont ils ont reçu la charge et leurs intérêts privés.

CHAPITRE V : Limiter les recours abusifs au juge pénal

1. Introduire des conditions plus strictes de recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile.

Aux termes de l'article 2 du Code de procédure pénale : L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. La victime d'une infraction peut se constituer partie civile à titre incident, lorsque des poursuites ont déjà été engagées par le procureur de la République, mais peut aussi agir à titre principal, mettant alors en mouvement l'action publique. Cette originalité du droit français, inconnue dans la plupart des pays étrangers²¹, trouve sa justification dans le fait qu'elle constitue la contrepartie du principe de l'opportunité des poursuites et permet à toute personne, physique ou morale, qui se prétend victime d'une infraction de lutter contre une éventuelle inertie du Parquet.

Les faits dénoncés doivent être susceptibles de qualification pénale et il n'est pas exigé de la partie civile, au stade de l'information préalable, qu'elle prouve l'existence de l'infraction.

²¹ Voir annexe n° 6.

Il lui suffit, par ailleurs, devant le juge d'instruction, de justifier de la possibilité d'un préjudice direct pour que sa constitution soit recevable. Sur ce dernier point, la Chambre criminelle de la Cour de cassation se montre extrêmement bienveillante, estimant avec constance et encore dans de récents arrêts (cf., à cet égard, un arrêt rendu le 8 juin 1999), qu'il suffit, pour admettre la recevabilité de l'action de la partie civile, que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge de considérer comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec la loi pénale, laissant au juge du fond le soin d'établir la réalité de l'infraction et de statuer sur l'existence du préjudice ainsi que sur son lien avec l'infraction dénoncée.

La réunion de ces éléments contraint le juge d'instruction, saisi d'une plainte avec constitution de partie civile, à instruire comme s'il était saisi par un réquisitoire introductif, et ceci quelle que soit la position du ministère public sur la plainte, sous réserve des circonstances limitativement énumérées par l'article 86, alinéa 4, du Code de procédure pénale autorisant ce dernier à prendre des réquisitions de non informer.

Les associations, ou, plus généralement, les personnes morales qui défendent un intérêt collectif spécifique ne sont jamais directement et personnellement lésées par les infractions qui portent indirectement atteinte à cet intérêt et ne devraient donc pas pouvoir se constituer parties civiles.

Cependant, dérogeant au principe posé par l'article 2 du Code de procédure pénale, de nombreuses dispositions législatives, insérées dans les articles 2-1 et suivants du même code ou dans d'autres codes (comme le Code rural, celui du travail ou celui de la santé publique) ou encore dans des lois non codifiées, ont été adoptées ces dernières années pour reconnaître à ces personnes morales le droit de se constituer partie civile. Les modalités d'exercice de leurs droits ne sont pas uniformes et c'est la

possibilité de se constituer à titre principal qui génère le plus de difficultés, puisqu'elle revient à ce que d'aucuns ont appelé une privatisation du droit public.

A de multiples reprises, les personnes invitées par le groupe d'étude à contribuer oralement ou par écrit à sa réflexion ont évoqué, au rang des préoccupations sur lesquelles il leur paraissait nécessaire de se pencher, la faveur actuellement accordée au plaignant. La façon extensive dont sont appréciées les conditions de recevabilité des plaintes leur est apparue porteuse d'un risque de pénalisation accrue et de dérives.

Elles ont, d'ailleurs, démontré que ce risque était d'ores et déjà réalisé en produisant des éléments statistiques tels ceux relatifs aux cabinets des juges d'instruction parisiens spécialisés dans le domaine financier qui compteraient, à raison des deux-tiers, des dossiers ouverts sur des plaintes avec constitution de partie civile tendant à attester de l'ampleur du phénomène.

Elles ont, en outre, stigmatisé les pratiques contestables d'individus ou d'associations dépourvues d'une réelle légitimité et qui discréditent le monde associatif en procédant à un contournement du droit. Elles leur reprochent, en effet, d'user de cette faculté en prétendant obtenir réparation d'un préjudice en lien avec l'infraction invoquée, alors qu'elles entendent, essentiellement, au mieux déstabiliser la personne dénoncée, au pire et grâce à l'impact médiatique que peut avoir une mise en examen, porter atteinte à la probité ou à la crédibilité de la personne visée dans la plainte. Dans le même ordre d'idées, elles ont dénoncé des pratiques consistant à menacer de déposer une plainte afin d'obtenir des avantages.

Le groupe d'étude a considéré qu'une régulation s'imposait et que la modification des conditions de recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile devait figurer parmi les solutions envisageables au problème qui lui a été soumis .

Des voies de réforme peuvent être envisagées, mais seulement à terme, en raison du système juridique mis en place et de la position de la Cour de cassation, évoquée plus haut, sur cette question.

L'adoption d'un projet de loi actuellement soumis au Parlement sur les relations de la Chancellerie et du Parquet et qui prévoit une faculté de recours contre les classements sans suite pourrait permettre de redéfinir les conditions générales de recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile puisque les plaignants seront mieux garantis contre des classements prononcés au nom du principe d'opportunité des poursuites et qu'ils jugeraient abusifs.

Dans cette perspective, il pourrait être utilement octroyé au juge d'instruction le pouvoir de se prononcer sur la recevabilité des plaintes qui lui sont soumises, en lui permettant d'exiger de la personne qui se prétend lésée par une infraction à la loi pénale qu'elle apporte des indices suffisants de nature à permettre d'établir, d'une part, l'existence d'une infraction et, d'autre part, la réalité d'un préjudice en lien direct avec cette dernière, et ceci à peine d'irrecevabilité.

D'autres propositions ont été exclues en raison de leurs inconvénients.

A cet égard, il peut être rappelé que, sous l'empire du Code d'instruction criminelle qui ne prévoyait pas expressément la mise en mouvement de l'action publique par la partie civile, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'arrêt *Laurent Atthalin*, rendu le 8 décembre 1906, a reconnu à la partie civile le droit de mettre en mouvement l'action publique et que le législateur a postérieurement consacré cette jurisprudence sans la remettre en cause.

A ainsi été écartée la proposition tendant à restituer au seul Parquet le droit de mettre en mouvement l'action publique, ou celle consistant à interdire aux personnes morales dont la plupart défendent des intérêts moraux ou collectifs respectables et incontestables de prendre l'initiative de ce déclenchement, ou celle, encore, de soumettre la recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile à la preuve d'une demande d'indemnisation préalable devant la collectivité qui pourrait être concernée, ou devant une juridiction civile ou administrative.

S'agissant des plaintes avec constitution de partie civile des personnes morales autorisées à agir, si certains intervenants ont pu déplorer que les habilitations législatives largement conférées ne remplissent pas pleinement leur rôle, qui consiste à défendre des intérêts moraux désintéressés, et souhaité une clarification, le groupe d'étude n'en a pas moins exclu une telle proposition.

En effet, outre le fait que la question a déjà fait l'objet d'un rapport, confié à Monsieur Albertini, dont les propositions paraissent soulever d'importantes difficultés tant en droit qu'en opportunité, le problème que posent les conditions de l'exercice de l'action civile par ces personnes doit être grandement relativisé dans le cadre d'une réflexion sur la responsabilité non intentionnelle des décideurs publics, en raison de la nature intentionnelle des délits pour lesquels la plupart de ces

associations spécialisées sont habilitées à mettre en mouvement l'action publique.

2. Réaffirmer ou renforcer les sanctions à l'encontre des auteurs de plaintes avec constitution de partie civile abusives.

Conscient que la constitution de partie civile pouvait être utilisée de façon téméraire ou abusive, le législateur a, depuis longtemps, introduit dans les textes des dispositions de nature préventive ou répressive tendant à assurer la protection de la personne dénoncée.

A titre de mesure préventive, l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931, toujours en vigueur, a interdit de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile faites à titre principal, afin d'éviter le chantage ou de prévenir de possibles scandales.

La loi du 4 janvier 1993 a, également, prévu des mesures destinées notamment à protéger une personne faisant l'objet d'une plainte avec constitution de partie civile et qui serait publiquement présentée comme coupable; le premier alinéa de l'article 9-1 du Code civil affirme, en effet, que chacun a droit au respect de la présomption d'innocence, et le juge civil peut, même en référé, ordonner l'insertion d'un communiqué destiné à faire cesser l'atteinte, aux frais du responsable.

Par ailleurs, à la suite d'une décision, devenue définitive, d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée, la partie civile de mauvaise foi, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, peut, aux termes des articles 226-10 et 226-12 du Code pénal, être poursuivie pour des faits de dénonciation calomnieuse et être punie d'une peine de cinq ans d'emprisonnement

(pour les personnes physiques) et d'amende de 300 000 francs (pour l'une et pour l'autre), la personne morale encourant, en outre, des peines spécifiques : interdiction d'exercice, affichage ou diffusion de la décision prononcée.

Concurremment à cette action, la personne dénoncée qui a bénéficié d'un non-lieu peut, selon l'article 91, alinéa 2, du Code de procédure pénale, par voie de citation directe devant le tribunal correctionnel, réclamer des dommages-intérêts à la partie civile qui a agi de façon abusive ou dans un but dilatoire.

La loi du 4 janvier 1993, enfin, a introduit une nouvelle disposition, codifiée au premier alinéa de ce même article 91, en permettant au procureur de la République, après une décision de non-lieu pour insuffisance de charges, de citer la partie civile devant le tribunal correctionnel, afin que soit prononcée à son encontre une amende civile qui peut atteindre 100 000 francs.

Il est apparu opportun au groupe d'étude d'insérer dans son rapport cette législation, protectrice des intérêts de personnes abusivement mises en cause et dont l'application rigoureuse pourrait être de nature à dissuader de téméraires plaignants.

Pour atteindre ce but, il pourrait être envisagé, au moyen, par exemple, d'une simple diffusion d'imprimés de rappeler systématiquement ces textes à la partie civile, au moment du dépôt de la plainte et avant son enregistrement puisque le retrait de la plainte avant l'ordonnance de non-lieu ne fait pas obstacle à l'action fondée sur l'article 91 du Code de procédure pénale.

Les parquets pourraient être incités à davantage user de la faculté que leur ouvrent les dispositions de l'article 91 du Code de procédure pénale.

Il serait, enfin, souhaitable que les tribunaux prêtent aux demandes de cette nature une attention toute particulière.

3. Favoriser le droit de réponse de la personne dont la mise en examen est parue dans un organe de presse.

Le groupe d'étude a souhaité rétablir un certain équilibre entre le plaignant abusif et la personne visée par cette plainte. La mise en examen est, en effet, souvent médiatisée alors que sa mise hors de cause, qui intervient plusieurs mois ou plusieurs années après, est passée sous silence.

Le groupe d'étude propose donc d'offrir au bénéficiaire d'une ordonnance de non-lieu, d'un classement sans suite ou d'un jugement de relaxe la faculté de faire connaître l'issue de la procédure pénale engagée contre lui. L'intéressé, dont la mise en examen avait été évoquée dans un organe de presse, disposerait, s'il le souhaite, dans cet organe de presse et à la même place, de la mention de cette décision judiciaire mettant fin à la procédure. Il conviendrait donc de compléter le projet de loi sur le renforcement de la présomption d'innocence actuellement en discussion au Parlement.

Certes, l'usage du droit de réponse dans la presse est parfois délicat et contre-productif. C'est pourquoi le groupe d'étude ne souhaite pas instaurer aux dépens de l'organe de presse une automaticité d'insertion, mais seulement ouvrir à la personne bénéficiaire une faculté. Elle pourra y renoncer, par exemple s'il lui apparaît que l'opinion a oublié

la mise en examen intervenue longtemps auparavant et qu'un rappel de cet événement, même à l'occasion de l'information du non-lieu ou de la relaxe, ne lui apporterait aucun bénéfice.

CHAPITRE VI : Rendre la mise en examen moins systématique et moins traumatisante

1. Eviter les mises en examen trop précoces et favoriser l'information des magistrats sur des éléments de droit public.

A s'en tenir aux dispositions du Code de procédure pénale, et, plus précisément, aux articles 80-1 et 116, l'acte d'instruction que constitue la mise en examen pourrait se définir comme l'information donnée à la personne poursuivie de l'existence d'indices faisant présumer sa participation aux faits sur lesquels le juge doit instruire et être considérée comme un acte lui étant favorable, puisqu'elle fait d'elle une partie à l'instance en droit d'obtenir des avantages et des garanties propres à lui permettre d'assurer utilement sa défense.

De manière générale, cependant, les représentants des décideurs publics appelés à intervenir devant le groupe d'étude, ont évoqué leur

inquiétude d'être mis en examen à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, les graves répercussions qu'une telle mesure est susceptible d'engendrer dans leur vie personnelle ou professionnelle ainsi que l'effet défavorable qu'elle peut représenter, dans l'opinion publique, et ceci nonobstant, d'une part, une modification terminologique intervenue en 1993 qui a fait de l'inculpé (terme renvoyant, étymologiquement à la notion de faute) un mis un examen et, d'autre part, le principe de la présomption d'innocence, dès lors que la mise en examen est rendue publique ou connaît des développements médiatiques.

Se prévalant d'éléments statistiques faisant ressortir un nombre de mises en examen particulièrement élevé par rapport aux condamnations réelles, ils en sont venus à dénoncer la trop grande célérité des juges d'instruction à faire accéder les décideurs publics à une situation ressentie comme peu souhaitable : celle de mis en examen.

Le juge d'instruction cela vient d'être rappelé tient, en effet, de l'article 80-1 du Code de procédure pénale le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé, comme auteur ou complice, aux faits dont il est saisi.

La tendance des juges d'instruction à procéder rapidement à la mise en examen des personnes visées dans le réquisitoire ou dans la plainte qui le saisissent, critiquée et effectivement constatée, peut trouver diverses explications, qu'il s'agisse de la volonté de ne pas porter atteinte aux droits de la défense, de la crainte de voir tout ou partie de la procédure annulée sur le fondement de l'article 171 du Code de procédure pénale qui sanctionne la méconnaissance de formalités substantielles dès lors qu'il est porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ou du

désir de répondre à l'émotion que peut susciter dans l'opinion publique des accidents fortement médiatisés.

Une telle pratique ne résulte, cependant, d'aucune exigence légale

:

En présence d'un réquisitoire nominatif, rien n'oblige, en effet, le juge d'instruction à mettre en examen la personne dénommée. Il dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet, notamment, de n'entendre la personne que comme témoin, assisté d'un conseil (article 105 alinéa 3 du Code de procédure pénale) et même de rendre une ordonnance de non-lieu, sans qu'il ait besoin de mettre la personne en examen, s'il dispose de suffisamment d'éléments pour le faire (cf. Cass. Crim. 27 novembre 1963).

En l'absence d'un réquisitoire nominatif, étant observé qu'il est loisible au juge d'instruction de rendre, d'□s ce stade, une ordonnance de non-informer s'il lui apparaissait que l'action publique est éteinte ou que les faits ne sont pas incriminés, ce magistrat tient des dispositions de l'article 80-1 du Code de procédure pénale le pouvoir de conduire son information en toute indépendance et, par conséquent, de choisir le moment de la mise en examen de la personne à l'encontre de laquelle il existerait des indices laissant présumer qu'elle a participé aux faits dont il est saisi.

Elle ne se justifie, pas davantage, par l'état de la jurisprudence :

dans un arrêt ancien, rendu le 28 juillet 1899, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait déjà montré qu'elle approuvait un comportement de prudence en considérant qu'il est du devoir du juge d'instruction, avant de prendre un individu dans

les poursuites, de recueillir des renseignements et de ne prendre parti sur la prévention qu'après s'être éclairé sur sa participation aux faits criminels relevés dans le réquisitoire introductif, dans des conditions de nature à engager sa responsabilité pénale.

Plus récemment, cette même Chambre, dans un arrêt rendu le 23 mars 1999, a approuvé une Chambre d'accusation d'avoir écarté le grief tiré de la violation de l'article 105 du Code de procédure pénale en estimant que le juge d'instruction, dans le cadre d'une commission rogatoire, était fondé à faire vérifier par l'audition d'une personne la vraisemblance des indices la concernant, sa mise en cause ne résultant que d'écoutes téléphoniques et de surveillances. Dans le même esprit, et s'agissant de la connaissance de faits nouveaux, non visés dans le réquisitoire, dont le juge d'instruction avait acquis la connaissance, elle a considéré, par arrêt rendu le 30 juin 1999, que ce magistrat pouvait en consigner la substance par procès-verbal et, le cas échéant, effectuer d'urgence des vérifications sommaires, à l'exception des actes coercitifs, pour en apprécier la vraisemblance.

Rien ne faisant, par conséquent, obstacle à ce que le juge d'instruction se donne un moment de réflexion ou s'entoure d'un surcroît d'informations avant de procéder à une mise en examen en procédant, comme il est dit à l'article 81 du Code de procédure pénale, conformément à la loi à tous actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité, le groupe d'étude a été amené à s'interroger sur les éléments qui seraient de nature à l'éclairer dans l'hypothèse où il serait saisi de faits mettant en cause un décideur public.

Deux propositions ont été retenues.

La première serait de suggérer au juge d'instruction (et même, en amont, au procureur de la République qui pourrait être à l'origine des poursuites) de susciter de l'administration à laquelle appartient le décideur public susceptible d'être mis en examen, une présentation objective de son système de fonctionnement ainsi que des missions, des fonctions, des compétences de son agent, du pouvoir et des moyens dont il disposait et des difficultés qu'il était susceptible de rencontrer. Un tel témoignage, que ne prohibe aucun texte, permettrait de vérifier s'il a, ou non, accompli les diligences normales, au sens du troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal introduit par la loi du 13 mai 1996, auxquelles il était tenu.

Partant du constat que c'est par les décisions administratives qu'ils sont amenés à prendre que les décideurs publics s'exposent le plus souvent au risque pénal, la question doit être posée de savoir s'il entre dans les pouvoirs du juge d'instruction, compte tenu du principe de la séparation des pouvoirs, de se faire communiquer des actes administratifs ou des procès-verbaux de réunions de commissions administratives qui lui permettraient d'asseoir sa décision de mettre en examen le décideur public poursuivi. Il doit y être répondu par l'affirmative dans la mesure où, au plan pénal, ce principe ne limite pas l'action des juridictions. Il convient, à cet égard, de rappeler les dispositions de l'article 111-5 du Code pénal selon lesquelles *les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis.*

La seconde proposition, qui ne dépend pas des diligences du juge d'instruction, est de rappeler aux justiciables qu'il leur est toujours loisible de produire des documents susceptibles de parfaire les renseignements dont peut disposer le magistrat instructeur, sans que cela soit considéré comme un aveu de responsabilité.

Le groupe d'étude n'a pas retenu la proposition du ministère de l'intérieur qui consistait à mettre en place, pour une meilleure prise en compte par les juridictions pénales d'éléments de droit public, une commission placée auprès de chaque procureur général qui serait composée paritairement de magistrats administratifs et des chambres régionales des comptes, d'élus et de fonctionnaires, et serait chargée de donner un avis sur l'opportunité de la mise en cause d'un élu ou d'un fonctionnaire.

Notamment parce qu'elle réservait un sort particulier à une catégorie de justiciables, cette voie de réforme qui, au surplus, alourdirait une procédure déjà assez lente, ne lui a pas paru opportune.

2. Favoriser l'usage de la procédure du témoin ou du témoin assisté.

Il est ressorti des auditions pratiquées par le groupe d'étude, notamment de celles de représentants d'élus locaux ou d'organisations syndicales, que les décideurs publics redoutent la mise en examen en raison des effets déstabilisants qu'elle produit sur leur vie tant personnelle que professionnelle, effets susceptibles de perdurer quand bien même ils auraient bénéficié d'un non-lieu ou d'une relaxe. Ils ont précisé qu'il leur

paraissait plus opportun, en particulier lorsque leur participation aux faits dont le juge est saisi n'est pas certaine et qu'il conviendrait de susciter des explications, de faire le choix d'une solution alternative à la mise en examen.

Des textes existent actuellement, régissant ce que l'on appelle communément le témoin assisté, encore que cette expression recouvre plusieurs situations précisément envisagées aux articles 104 et 105 du Code de procédure pénale, qui paraissent susceptibles de répondre à cette attente dans la mesure où cette catégorie juridique intermédiaire permet, à la fois, d'éviter les inconvénients qui s'attachent à la qualité de simple témoin (privé de l'assistance d'un avocat, de l'accès au dossier de l'instruction et, par ailleurs, tenu de prêter serment) et les effets pervers de la mise en examen dénoncés, tout en préservant les droits de la défense.

Les dispositions de l'article 104 du Code procédure pénale concernent une personne nommément visée dans une plainte avec constitution de partie civile, à la suite de laquelle le procureur de la République a ouvert une information contre une personne non dénommée. Si le juge d'instruction décide de ne pas la mettre en examen, mais de l'entendre comme témoin, il doit l'avertir du droit d'être entendue comme témoin assisté qu'elle tire de l'article 104 du Code de procédure pénale. En en usant, elle bénéficiera d'une partie des droits reconnus à la personne mise en examen, essentiellement celui d'être assistée d'un avocat, de pouvoir accéder au dossier de la procédure et d'être avisée de la clôture de l'information. Elle n'est, néanmoins, pas considérée comme partie à la procédure et dépose sous serment, s'exposant au risque attaché au témoignage mensonger.

Les dispositions de l'article 105 alinéa 3 du Code de procédure pénale, telles qu'elles résultent de la loi du 24 août 1993, concernent une personne nommément visée dans le réquisitoire introductif du procureur

de la République. La décision de n'entendre la personne qu'en qualité de témoin assisté n'appartient, alors, qu'au magistrat instructeur. S'il en décide ainsi, le texte précise clairement que cette personne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen ; cette différence de régime trouve sa justification dans le fait que le réquisitoire la désigne comme susceptible d'avoir participé aux faits poursuivis.

En l'état actuel de ces textes puisque le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence, actuellement débattu au Parlement, contient un article 7 prévoyant d'introduire huit articles dans le Code de procédure pénale dans une sous-section intitulée : du témoin assisté il y a lieu de constater que :

dans le premier de ces cas (le témoin de l'article 104) rien n'oblige le juge à mettre en examen la personne visée dans la plainte, si ce n'est l'existence, à l'encontre de la personne, d'indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont (il) est saisi, compte tenu des termes impératifs de l'article 105 alinéa 1 de ce code ; dans le second cas, et sous la même réserve tenant à l'existence d'indices graves et concordants, la loi ne restreint pas la possibilité offerte au juge d'instruction d'entendre la personne visée dans le réquisitoire en la simple qualité de témoin assisté, le législateur laissant, à cet égard, au magistrat instructeur le soin d'estimer, pour reprendre le verbe employé, ce qu'il convient de faire.

L'observation des pratiques judiciaires montre cependant qu'il est fait une utilisation restreinte de ces dispositions. Cette réticence est essentiellement liée au souci des magistrats instructeurs de ne pas s'exposer à un risque d'annulation fondé sur le non-respect des dispositions de l'article 105 alinéa 1 du Code de procédure pénale ; réticence accrue depuis la loi du 24 août 1993 dans la mesure où il n'est plus nécessaire de rechercher si, en procédant à une mise en examen

tardive, le juge d'instruction n'a pas eu le dessein de faire échec aux droits de la défense.

Le recours à cette institution apparaît cependant souhaitable, en particulier dans des affaires complexes tels des accidents susceptibles de mettre en cause une pluralité de personnes contre lesquelles il n'existe pas toujours, lors de l'ouverture de l'information, suffisamment d'indices ; le juge d'instruction doit alors pouvoir réunir suffisamment d'éléments pour ne mettre en examen qu'à bon escient. *A fortiori*, s'il lui est demandé, comme cela est très souhaitable, de développer la qualification des faits lors de la mise en examen (cf. *infra*).

Il a donc paru utile au groupe d'étude de le préciser et de rappeler que la Chambre criminelle ne fait montre d'aucun systématisme en la matière, admettant que, dans certaines circonstances de fait, une personne mise en examen ait pu être antérieurement entendue comme témoin sans que pour autant la procédure encoure la nullité.

Le groupe d'étude s'est interrogé sur le point de savoir si un recours accru à cette institution, qui pourrait résulter de l'adoption du projet de loi sus-évoqué, ne comportait pas un risque de dérive, l'opinion publique pouvant, à terme, en venir à considérer que le témoin assisté n'est autre qu'un quasi-mis en examen, mais a estimé qu'il serait vain de tenter d'y parer par un changement terminologique.

3. Exiger une réelle motivation des mises en examen.

Rappel des textes :

Article 80-1 du Code de procédure pénale :

1er alinéa : *Le juge d'instruction a le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé, comme auteur ou complice, aux faits dont il est saisi (...).*

3ème alinéa : *Le juge d'instruction peut également procéder à la mise en examen d'une personne par l'envoi d'une lettre recommandée. Cette lettre donne connaissance à la personne des faits pour lesquels elle est mise en examen et de la qualification juridique de ces faits (...).*

Article 116, alinéa 1, du Code de procédure pénale :

Lors de la première comparution, le juge d'instruction constate l'identité de la personne et lui fait connaître expressément chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels elle est mise en examen ainsi que la qualification juridique de ces faits. Mention de ces faits et de leur qualification juridique est portée au procès-verbal.

En l'état actuel des textes, la mise en examen est un acte d'instruction et ne constitue pas un acte juridictionnel susceptible de recours ; cette absence de nature juridictionnelle (question qui a été débattue lors de la préparation de la loi du 4 janvier 1993) permet de ne pas l'assimiler à ce qui pourrait être considéré comme un préjugement de culpabilité. Il n'en demeure pas moins que la lettre de l'article 116 rappelé ci-dessus commande qu'il soit donné expressément connaissance à la personne convoquée pour être mise en examen des faits dont le juge d'instruction est saisi et pour lesquels elle est mise en examen.

Certaines des personnes entendues par le groupe d'étude, éayant leurs propos par la production de copies de procès-verbaux de première comparution à tout le moins elliptiques quant aux faits reprochés, ont exprimé leur souhait de voir précisément figurer dans cet acte les faits

pour lesquels les décideurs sont mis en examen, que la mise en examen résulte de l'interrogatoire de première comparution (modalité prévue à l'article 80-1 alinéa 2 du Code de procédure pénale) ou de l'envoi d'une lettre recommandée (modalité prévue, comme la notification par un officier de police judiciaire, par le troisième alinéa de cet article). Ils ont, notamment, fait observer que cela permettrait à la personne mise en examen de mieux assurer sa défense.

Le groupe d'étude a retenu cette proposition consistant à exiger du juge d'instruction que, par delà la qualification pénale, il explicite davantage, par écrit, les faits pour lesquels la personne est mise en examen, en les situant exactement dans l'espace et dans le temps, et en s'attachant à préciser les circonstances du délit. Il apparaît nécessaire, en effet, en particulier au regard des droits de la défense, que la personne visée sache de façon très précise les raisons de la décision du juge.

Cela lui est apparu d'autant plus opportun qu'en matière d'infractions involontaires, la loi pénale, depuis la réforme du Code pénal, s'oriente vers une approche circonstanciée de la culpabilité, et d'autant plus légitime que la mise en examen par correspondance prive son destinataire des explications orales que la personne convoquée par le magistrat instructeur peut recueillir de ce dernier.

Le groupe d'étude s'est interrogé sur la question de savoir s'il fallait aller au delà de cette demande de développement de la qualification et s'il ne serait pas souhaitable d'introduire, au stade de la mise en examen, une obligation de motivation.

Les conséquences juridiques qu'une telle obligation pourrait avoir sur l'acte lui-même et sur le système de l'instruction dans son entier l'ont conduit à considérer que la proposition n'était pas à rejeter mais qu'elle requérait, préalablement, une réflexion d'ensemble approfondie sur cette question précise. Il a estimé qu'une telle étude excédait les limites, notamment temporelles, de sa mission.

4. Rappeler la possibilité de délocalisation de certaines affaires.

Parmi les différentes solutions envisageables qui avaient été évoquées par un groupe de travail dit Delevoye sur la responsabilité pénale des élus locaux, réuni en 1995 dans le cadre de la commission des lois du Sénat, avait été évoqué (p. 52) un possible rétablissement de l'intervention préalable de la Cour de cassation, telle que prévue dans les articles 679 et suivants abrogés par la loi du 4 janvier 1993, permettant, afin de prévenir tout risque de partialité, un dépaysement des affaires concernant des agents publics d'autorité en les soumettant à des juridictions situées en dehors du territoire dans lequel ceux-ci exerçaient leurs fonctions.

Cette solution n'a pas été retenue et la direction des affaires criminelles et des grâces, interrogée par le présent groupe d'étude sur les suites qui avaient été données à ce rapport, a précisé qu'un retour à la procédure antérieure, vécue comme un privilège et source d'annulation de procédures et de délais accrus dans le traitement des dossiers, n'était pas opportun.

Elle n'a pas davantage été souhaitée par les personnes entendues par le groupe qui, très majoritairement, n'ont pas repris à leur compte les suggestions de filtre préalable présentées par voie d'amendements lors

des débats du 17 juin 1999 (Journal officiel, p. 4082) portant sur le projet de loi relatif à la présomption d'innocence.

Le groupe d'étude tient cependant à rappeler qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 665 du Code de procédure pénale, qui figure au Livre IV de ce code intitulé de quelques procédures particulières dans un Titre VI relatif aux renvois d'un tribunal à un autre et qui est, par conséquent, de portée générale :*le renvoi peut également être ordonné, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, par la chambre criminelle, soit sur requête du procureur général près la Cour de cassation, soit sur requête du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle la juridiction saisie a son siège, agissant d'initiative ou sur demande des parties.*

Constatant que le législateur n'a jusqu'ici pas entendu donner suite à la proposition formulée par la section du rapport et des études du Conseil d'Etat qui, en 1996, suggérait de donner compétence à la cour d'appel lorsque le désaisissement pouvait intervenir au profit d'une juridiction de son ressort (p. 106 de ce rapport), le groupe d'étude souhaite que les dispositions de l'article 665 précité puissent, chaque fois que les circonstances le justifient, produire leur plein effet.

5. Rendre les conditions de la garde à vue mieux adaptées à la dangerosité réelle des personnes.

Lorsqu'il a été décidé que pour les nécessités de l'enquête, il convenait de garder une personne à la disposition de l'officier de police judiciaire en charge de l'affaire, qu'il s'agisse d'une procédure de flagrant délit (article 63 du Code de procédure pénale), d'une enquête préliminaire (article 77 du même code) ou de l'exécution d'une commission rogatoire (article 154 du même code), la personne qui se voit privée de sa liberté

d'aller et venir bénéficie de mesures protectrices prévues aux articles 63 à 65 du Code de procédure pénale destinées à parer aux abus les plus graves.

Sur le premier point, et étant rappelé le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale, il apparaît que la décision de placer en garde à vue repose sur des éléments factuels qu'il n'appartient pas au groupe d'étude d'apprécier. Il doit toutefois être rappelé que les articles 63 et 154 précités prévoient, à la charge de l'officier de police judiciaire, l'obligation d'informer dans les meilleurs délais selon le cas, le procureur de la République ou le juge d'instruction et qu'il appartient à ces magistrats de contrôler la garde à vue (articles 41 § 3 et 154 § 6 du Code de procédure pénale) et, le cas échéant, d'y mettre un terme.

En ce qui concerne le traitement proprement dit de la personne gardée à vue et le type de mesures qui peuvent être prises pendant son déroulement, le Code de procédure pénale ne comporte aucune précision, alors que des textes, tel le décret du 12 septembre 1972 régissant les conditions de la détention (pris pour l'application du Titre II du Livre V du Code de procédure pénale sur les procédures d'exécution) ou l'article 726 de ce code relatif aux moyens de coercition, ou encore l'article 803 du même code sur le port des menottes, invitent à prendre en considération la personnalité de la personne privée de liberté.

Il ressort de ces dispositions, ainsi que des articles D.172, D.174, D.220 et D.242 concernant le personnel pénitentiaire que les mesures de contrainte susceptibles d'être prises doivent respecter une règle de proportionnalité tenant compte de la personnalité de celui qui est privé de liberté. Le même principe de proportionnalité devrait donc s'appliquer en matière de garde à vue et bénéficier à ceux dont la personnalité ne révèle pas une dangerosité particulière ou ne nécessite pas des mesures de protection spécifiques.

La mise en oeuvre de cette proposition pourrait être réalisée dans le cadre de l'exercice des prérogatives que le procureur de la République ou le juge d'instruction, en cas d'exécution d'une commission rogatoire, tiennent, cela vient d'être rappelé, des articles 41 alinéa 3 et 154 alinéa 1 du Code de procédure pénale pour procéder au contrôle des gardes à vue.

Pourrait également être envisagée l'introduction d'un alinéa ou d'un article, l'un ou l'autre rattaché aux articles 63 et suivants du Code de procédure pénale, dont la formulation pourrait être : *dès l'interpellation et pendant toute la durée de la garde à vue, l'officier de police judiciaire sera tenu de ne pas apporter plus de mesures de contrainte qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité publique ou la protection de la personne gardée à vue.*

En l'état actuel des textes, l'officier de police judiciaire serait passible de sanctions disciplinaires en cas de manquement à ce devoir.

CHAPITRE VII : Favoriser les modes de règlement des conflits autres que pénaux

Les conflits qui opposent des particuliers à des personnes publiques à la suite d'un événement perçu comme issu d'une faute de l'administration ou d'un de ses représentants, élu ou agent public, ne doivent pas nécessairement conduire à la saisine du juge pénal. Cette recherche d'une punition infligée par l'Etat au nom de la société devrait

même rester rare, d'autres formes de règlement des conflits étant beaucoup plus adaptées dans la plupart des cas.

Le recours au juge n'est pas nécessairement la solution la meilleure. Beaucoup de litiges peuvent être résolus d'un commun accord entre les victimes et les personnes, publiques ou privées, qui acceptent de se reconnaître responsables d'un dommage : l'intervention des assurances est ici déterminante mais ne satisfait pas toujours les victimes.

Lorsque le recours à une procédure juridictionnelle s'avère nécessaire à une partie pour établir ses droits, la saisine du juge pénal n'est qu'une des voies possibles. La sanction peut aussi être infligée par l'autorité ou le juge disciplinaire, la réparation relevant, sauf pour la faute personnelle de l'agent public qui sera ici l'exception, du juge administratif.

1. Inciter les administrations à user de la transaction.

S'agissant de l'engagement de deniers publics, toute procédure qui conduit à verser des sommes à un tiers en dehors d'un barème précis ou d'une instruction émanant d'un texte législatif ou réglementaire ou encore d'une décision juridictionnelle est étrangère aux habitudes de l'administration. Ce principe de prudence nécessaire conduit les décideurs publics à trop ignorer la faculté de transiger.

On peut même penser qu'il ne s'agit pas d'une méfiance à l'égard d'un mécanisme qui pourrait être considéré comme compliqué ou risqué, mais plutôt de l'ignorance d'une faculté reconnue depuis longtemps en application d'un principe affirmé par la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, dans une décision *Compagnies du Nord et de l'Est et autres contre ministre de la guerre* du 17 mars 1893 (Rec. p.245), le Conseil d'Etat a

affirmé qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit à l'Etat la faculté de transiger.

Un siècle plus tard, le Conseil d'Etat, dans une étude intitulée Régler autrement les conflits²², remise au Premier ministre, rappelait avec force cette faculté et l'illustrait des nombreux cas où la transaction est possible aux personnes publiques.

Parmi ces hypothèses, deux semblent spécialement intéressantes :

En cas d'infraction pénale, la transaction est interdite, mais ce principe est assorti de nombreuses dérogations par des dispositions législatives expresses : il en est ainsi en matière fiscale et douanière et pour les sanctions prévues par des dispositions techniques : chasse, pêche, sécurité aérienne, environnement et circulation. Ces transactions sont des accords entre l'Etat et le contrevenant sur une certaine somme que celui-ci verse au Trésor et qui met fin aux poursuites. Par une procédure plus rapide qu'une action en justice, le contrevenant règle sa dette à l'égard de la société par le versement d'une indemnité transactionnelle.

En matière de dommages résultant d'accidents de la circulation, la loi du 5 juillet 1985 prévoit un mécanisme conventionnel entre les sociétés d'assurance, qui organise les offres d'indemnités selon des barèmes rendus publics, ce qui, a permis de réduire fortement le nombre des instances judiciaires. La loi de 1985 est applicable à l'Etat et à l'ensemble des collectivités publiques qui sont amenés à transiger avec les compagnies d'assurance lorsque leur

²² Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993

responsabilité est engagée lors d'un sinistre causé par un véhicule leur appartenant.

Le groupe d'étude recommande donc l'examen d'un usage plus fréquent de la faculté de transiger pour clore rapidement la question de l'indemnisation de victimes d'un événement susceptible d'être rattaché à une faute de l'administration. Certes, les possibilités de transaction de l'administration sont limitées par le principe de l'interdiction des libéralités. Si l'administration ne peut pas consentir un véritable abandon de créance, elle peut accepter de faire des concessions, en particulier, pour reprendre les termes de la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995, lorsqu'un examen suffisant du dossier permet d'établir que l'administration encourt une responsabilité pécuniaire²³.

Le groupe a étudié les systèmes existants qui permettent à une collectivité qui se considère comme responsable d'un accident d'accorder aux victimes un premier secours pécuniaire d'urgence. Constatant qu'une telle provision ne peut, en pratique, être mise en oeuvre que par de grandes collectivités, le groupe n'a pas vu l'opportunité d'une réforme majeure tendant à en généraliser l'usage.

2. Faciliter la saisine du Médiateur de la République.

Il importe que les victimes d'une faute d'un agent public ou de l'administration puissent trouver facilement un interlocuteur au sein de la collectivité présumée responsable, pour exprimer leur désarroi et engager une discussion sur une éventuelle indemnisation. La facilité d'accès à

²³ Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits. JO du 15 février 1995, p.2518.

cette personne détermine souvent l'état d'esprit des victimes et leur choix de la procédure ultérieure.

Il arrive souvent que la mise à disposition d'un tel interlocuteur ne suffise pas, car il reste perçu comme la voix de la collectivité responsable. Plutôt que d'inciter à la désignation d'un médiateur au sein de chaque collectivité, le groupe d'étude propose de faire appel au Médiateur de la République, qui dispose d'une expérience de plus de vingt-cinq ans de règlement amiable des conflits opposant des particuliers à des personnes publiques, et d'un réseau de correspondants départementaux, qui garantissent la possibilité d'un dialogue rapide avec la collectivité publique, ses représentants et les victimes.

Le groupe d'étude recommande donc des modifications de la loi du 3 janvier 1973 pour étendre les compétences du Médiateur, qui ne peut actuellement être saisi que lorsqu'une collectivité publique ou un organisme investi d'une mission de service public n'a pas fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer (article 6 de la loi).

Il faudrait aussi modifier les conditions de son intervention, qui sont actuellement alternatives à la saisine d'une juridiction : il ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction (article 11), la réclamation n'interrompt pas les délais de recours contentieux (article 7). Ceux qui le saisissent perdent donc actuellement toute possibilité de saisir parallèlement une autre juridiction, et sont conduits à préférer la voie juridictionnelle, qui leur paraît peut-être plus prometteuse, notamment dans la recherche et l'établissement des preuves de la responsabilité de la collectivité ou de ses représentants. Il vaudrait mieux qu'ils puissent saisir en parallèle le Médiateur, ce qui pacifierait leur démarche et pourrait les conduire, en cours de procédure, à renoncer à leur action juridictionnelle pour lui préférer le compromis proposé par le Médiateur.

Dans le temps qui lui était imparti, le groupe d'étude n'a pas pu déterminer quels moyens supplémentaires devraient être offerts au Médiateur et à ses services pour remplir cette nouvelle fonction.

3. Améliorer l'information des victimes et de leurs conseils.

L'excès de pénalisation de la société et de médiatisation des procès pénaux a pu conduire une bonne partie des Français à imaginer que seul le juge pénal est à même de résoudre leurs difficultés face à une administration. S'il est en effet le seul compétent pour infliger une punition à l'encontre des personnes reconnues par lui responsables du dommage subi par les victimes, il n'est pas le seul à pouvoir rechercher les responsabilités.

A) Les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions.

Il est vrai que les victimes, à condition d'avoir subi un dommage dépassant un certain seuil, peuvent aussi s'adresser aux commissions d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI), créées par la loi du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction. Ce sont des juridictions civiles spécifiques, constituées dans le ressort de chaque tribunal de grande instance ; elles décident du droit à indemnisation et fixent le montant de la réparation des préjudices subis, versée depuis 1990 par le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions.

Elles peuvent être saisies même si aucune poursuite pénale n'a été intentée et ne sont pas tenues par l'appréciation de la juridiction pénale, notamment sur le rôle de la victime ou sur le montant de l'indemnisation allouée par la juridiction pénale. Elles permettent de surmonter les limitations d'autres régimes d'indemnisation (notamment quant aux délais de saisine), de combler les lacunes du champ d'application de certains dispositifs de garantie (par exemple, les accidents de la circulation survenus à l'étranger), et de contourner la compétence des juridictions administratives (procédure plus rapide, moins onéreuse, et parfois plus généreuse). Mais les CIVI pourraient prochainement être victimes de leur succès : le montant des indemnités qu'elles ont accordées a augmenté très rapidement ces dernières années ; il y a donc un double risque, d'encombrement de leurs rôles et de débordement financier.

Le groupe d'étude estime que la redéfinition prochaine des conditions de saisine des CIVI pourrait être l'occasion de limiter la concurrence qu'elles font aux juridictions administratives, par exemple en excluant de leur compétence l'indemnisation des infractions commises par les représentants ou agents d'une personne publique qui, par définition, n'est pas menacée d'insolvabilité. Ce serait revenir sur la suppression de la clause de subsidiarité décidée par le législateur en 1990. Pour les victimes d'événements imputables à une collectivité publique, invitées à se pourvoir devant le juge administratif, l'invocation d'une infraction, condition requise devant les CIVI, ne serait plus nécessaire devant le juge administratif qui serait alors saisi et pour lequel il suffirait d'alléguer une faute, supprimant ainsi un motif de saisine du juge pénal.

Sans attendre cette restriction, il faudrait expliquer aux victimes que la CIVI peut accorder une indemnisation sans qu'il soit besoin de demander

au juge pénal de constater l'infraction alléguée. Un souci d'équité commande aussi d'éviter les doubles indemnisations entre CIVI et indemnisation civile accordée par le juge pénal.

B) Diriger les victimes vers le juge administratif.

Il faut rappeler que le juge naturel de la responsabilité de l'administration est le juge administratif, compétent pour condamner les personnes publiques à la réparation des dommages subis par les victimes des actes des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions.

Le recours au juge pénal ne permet pas d'obtenir une meilleure indemnisation puisque, dans la quasi-totalité des cas, le comportement reproché à l'agent public ou à l'élu doit être regardé comme une faute de service, dont la réparation relève du juge administratif, ce qui restreint la compétence du juge pénal à l'action pénale et lui retire la connaissance de l'action civile²⁴.

Les victimes, et surtout leurs conseils, doivent s'entendre rappeler ces idées simples et fondamentales qui leur permettront de s'adresser à la juridiction compétente.

C'est pourquoi le groupe d'étude recommande qu'une publicité accrue soit donnée à la procédure contentieuse administrative auprès des associations de victimes, et que les avocats soient davantage sensibilisés aux possibilités ouvertes par la saisine du juge administratif.

²⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble pour l'affaire dite du Drac du 12 juin 1998, Gazette du Palais, 18 juillet 1998, p. 460 avec une note critique de M. Serge Petit.

4. Renforcer la pratique des sanctions disciplinaires.

Une utilisation plus régulière du pouvoir de sanction de l'autorité hiérarchique pourrait parfois, semble-t-il, suffire à donner satisfaction aux victimes tout en donnant aux fautes ou négligences commises une suite plus appropriée qu'une poursuite pénale.

A) Utiliser plus fréquemment les sanctions prévues à l'encontre des fonctionnaires et agents publics.

Le statut général de la fonction publique énumère les sanctions disciplinaires susceptibles d'être infligées à des agents à raison de fautes qu'ils commettraient (article 66 de la loi du 11 janvier 1984 pour la fonction publique de l'Etat; article 89 de la loi du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale; article 81 de la loi du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière).

Ces sanctions sont réparties en quatre groupes. Dès le deuxième groupe figurent la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon et l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de quinze jours. Le troisième groupe comporte la rétrogradation ou l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de trois mois à deux ans; le quatrième groupe définit les sanctions les plus graves : la mise à la retraite d'office et la révocation.

Les pouvoirs de sanction à l'encontre des agents publics sont probablement trop rarement appliqués. Vu de l'extérieur, il en résulte une impression d'impunité de personnes déjà protégées par la pérennité de leur emploi. Ce sentiment, qui traduit hélas assez fidèlement la situation, contribue fortement à ce que les victimes recherchent d'autres formes de

sanctions à l'encontre des agents publics, qu'à tort ou à raison elles estiment responsables, et recourent ainsi à la saisine du juge pénal.

Le groupe d'étude suggère donc qu'après la survenance d'un dommage, l'administration modifie sensiblement son comportement, en pratiquant une véritable transparence de son action et des fautes qui ont pu être commises, et en menant, si nécessaire, une procédure disciplinaire qui montrera qu'elle a la ferme volonté de sanctionner les agents responsables et d'éviter le renouvellement des mêmes dommages. Ainsi peut-être pourra-t-elle désamorcer une partie des actions pénales susceptibles d'être engagées par les victimes.

Au surplus, les auditions de syndicats de fonctionnaires auxquelles le groupe d'étude a procédé ont montré que pour eux, l'exercice de responsabilités va de pair avec l'engagement de la responsabilité des fonctionnaires. Les agents publics accepteraient probablement mieux une sanction disciplinaire en rapport avec la faute, même non intentionnelle, qu'ils auraient pu commettre, qu'une sanction pénale qui les assimile à des délinquants, auteurs de délits intentionnels dont le comportement est évidemment sans commune mesure avec le leur.

B) Etendre les hypothèses où les élus peuvent être suspendus ou révoqués.

De même, l'élu dont le comportement se révélerait préjudiciable à la collectivité ou aux individus dont il a la responsabilité, et serait incapable de poursuivre convenablement l'exercice de son mandat, pourrait s'en voir privé. Cette hypothèse recouvre un cas extrême, puisqu'il faut des motifs impérieux pour interrompre le mandat d'un élu désigné par le suffrage universel.

Ce type de sanction existe pourtant déjà, dans deux cas au moins. Lorsque le comportement de certains élus se révèle un obstacle à la poursuite de leur mandat, l'autorité administrative peut prendre à leur égard des mesures dont l'objet est de les écarter de leur mandat, temporairement ou jusqu'au renouvellement de l'assemblée dont ils sont membres.

La démission d'office, qui peut être la conséquence d'une décision du juge pénal mais aussi du juge financier, est toujours constatée par un acte administratif ;

La suspension et la révocation sont des sanctions disciplinaires prises par une autorité de l'Etat à l'encontre des maires et adjoints.

La suspension est prononcée par arrêté du ministre de l'intérieur, pour une durée d'un mois au maximum (art. L.2122-16 du Code général des collectivités territoriales). La révocation (c'est-à-dire sa suspension jusqu'au renouvellement de l'assemblée dont il était membre) est prononcée par décret en Conseil des ministres, intervention justifiée par la gravité de la sanction.

Les motifs de ces deux sanctions ont été fixés par la jurisprudence au cours des dernières décennies. Même si les exemples en sont rares dans les recueils, on peut citer trois familles de comportements qui ont entraîné ces sanctions disciplinaires à l'encontre de certains élus :

falsification de documents administratifs, par exemple l'inscription de délibérations fictives sur le registre des délibérations (CE, 23 mars 1955, *Planet*, Rec. p.175) ;

comportements hostiles à l'unité nationale, au devoir de mémoire de la Nation ou à l'autorité du gouvernement (CE, Ass., 27 févr. 1981, *Wahnapo*, Rec. p.111; AJDA 1981, p.476, concl. M. Franc) ;

irrégularités financières ou fautes de gravité moindre mais dont la répétition révèle la volonté de l'élu de se soustraire délibérément aux lois et règlements (CE, 26 janv. 1938, *Navlet*, Rec. p.87).

Outre ces fautes commises dans l'exercice des fonctions, la jurisprudence du Conseil d'Etat admet aussi la légalité de suspensions prononcées en raison d'actes commis en dehors des fonctions mais qui rendent impossibles la poursuite du mandat, comme les atteintes à l'honneur, la probité ou les bonnes moeurs.

D'autres comportements pourraient, par voie législative, être assortis de cette sanction de la suspension. De nombreuses infractions au Code des marchés publics ou à la législation sur l'environnement, des manquements aux obligations de prudence ou de sécurité dans les bâtiments ou équipements publics trouveraient vraisemblablement une sanction plus appropriée dans la mise à l'écart, même pour une durée brève de l'élu responsable de ces faits que dans des peines d'emprisonnement, fussent-elles assorties du sursis.

On pourrait objecter que le développement de ces sanctions mettrait les élus sous une sorte de tutelle du ministre de l'intérieur, rendu compétent pour priver les élus de leur mandat. Mais cette forme de contrôle des élus existe déjà et est assortie de garanties : une procédure contradictoire préalable et surtout un contrôle du juge administratif sur

l'arrêté ministériel portant suspension ou le décret en Conseil des ministres portant révocation. La jurisprudence du Conseil d'Etat illustre les garanties offertes aux élus.

Certes, la suspension ou la révocation des maires et adjoints est fondée sur la circonstance qu'ils sont aussi agents de l'Etat. Mais déjà la jurisprudence admet que la sanction puisse être prise à l'encontre du maire en raison d'un comportement qu'il a eu en tant qu'agent de la commune (CE, 1^{er} févr. 1967, *Cuny*, Rec. p.52; AJDA 1967, p.344, note J. Moreau). On ne voit pas d'obstacle déterminant à ce que la sanction de suspension temporaire (voire définitive) d'un mandat puisse être étendue à l'ensemble des élus, même ceux qui n'agissent pas en tant qu'agents de l'Etat.

Le groupe n'ignore pas les risques qui pourraient affecter ce type de sanctions. A l'issue de la suspension (et sauf renouvellement du mandat devant les électeurs lors d'élections générales), le maire ou le président d'exécutif local retrouverait automatiquement ses fonctions précédentes, le premier adjoint ou premier vice-président n'ayant fait qu'assurer l'intérim du maire ou président empêché. Il faudrait cependant veiller à ce que ce maire ne puisse pas, pendant la période où il est suspendu, continuer *de facto* à exercer ses fonctions grâce à la complicité de son remplaçant intérimaire qui se comporterait comme un homme de paille.

Malgré ces inconvénients, le groupe considère que ce type de sanction pourrait être beaucoup mieux adapté qu'une sanction pénale à certaines erreurs d'appréciation ou de comportement graves qu'on peut parfois reprocher aux élus.

C) Etendre la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière.

Actuellement la Cour de discipline budgétaire et financière, juridiction spécialisée, n'est compétente à l'égard des élus locaux que lorsqu'ils refusent d'exécuter la chose jugée ou engagent leur responsabilité propre à l'occasion d'un ordre de réquisition.

On peut envisager l'extension de cette compétence à d'autres actes commis par les élus, par exemple à l'ensemble des infractions financières et comptables.

Mais ces nouvelles compétences devront être accompagnées d'une modification sensible de l'organisation de la Cour. Afin d'assurer son efficacité et de permettre de juger dans des délais raisonnables, elle devrait être organisée en sections régionales, probablement au sein des chambres régionales des comptes, la Cour elle-même faisant office de juridiction d'appel.

Cependant, le groupe d'étude craint que cette extension n'apporte pas de solution durable :

les poursuites devant la Cour de discipline budgétaire n'excluent pas en l'état actuel du droit la saisine du juge pénal, ce qui n'est pas sans inconvénient au regard des principes généraux du droit ;

un accroissement des compétences de la Cour de discipline budgétaire et financière induira une plus grande fréquence de sa saisine, et probablement une médiatisation accrue de ses décisions. Cela pourrait conduire aux mêmes inconvénients pour les élus mis en cause que la recherche de leur responsabilité devant le juge pénal.

D) Assurer la publicité des sanctions disciplinaires ?

Une des motivations des victimes d'accidents ou de dommages pouvant, même indirectement, être rattachés au comportement d'une personne publique ou d'un décideur public, dans leur recours au juge pénal, est l'impression que cette recherche de la responsabilité pénale est le moyen privilégié pour pallier l'inertie, réelle ou supposée, de l'administration dans son pouvoir de sanction.

Certains estiment donc souhaitable que les sanctions disciplinaires prises à l'encontre des fonctionnaires et agents publics, et aussi des élus si la fréquence de ces sanctions était significativement augmentée, soient davantage publiques qu'elles ne le sont actuellement.

Cette publicité pourrait prendre deux formes au moins :

la publicité des séances des organes disciplinaires, en les assortissant peut-être de la faculté pour les victimes de s'exprimer ;

la publicité des décisions de sanctions elles-mêmes, pour prouver aux victimes comme à l'opinion publique que l'administration a réagi à l'accident en prenant des sanctions appropriées. Cette action de communication devrait aussi être assortie de la publicité des mesures administratives destinées à éviter le renouvellement des événements fautifs.

Il est vrai, à l'inverse, que cette publicité pourrait constituer un frein supplémentaire à l'engagement de la procédure disciplinaire.

5. Faciliter l'orientation précoce des victimes vers la juridiction compétente.

Le principe de séparation des pouvoirs et le partage, à l'intérieur de la juridiction judiciaire, entre juridictions pénales et civiles, induit une perplexité de certaines victimes quant au tribunal qu'elles ont intérêt à saisir. Les règles de procédure qui viennent retarder la saisine du juge adéquat, et donc allonger inutilement les procédures et différer l'établissement des responsabilités et la fixation de la réparation, sont donc particulièrement inopportunes.

Le groupe d'étude propose donc de revenir, par la voie législative, sur un arrêt du Tribunal des conflits du 6 oct. 1989, *Préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches-du-Rhône c/Mme Laplace* (Rec. CE, p. 295 ; chron. Honorat et Baptiste in AJDA 1989, p.768). Cet arrêt avait renversé une jurisprudence très ancienne (TC, 22 déc. 1880, *Compagnie de Jésus c/Ministre de l'intérieur*, Rec. CE p.1040), qui autorisait le préfet à élever le conflit sur l'action civile à tout moment, y compris devant le juge d'instruction.

Depuis dix ans, lorsque le Parquet est saisi d'une plainte avec constitution de partie civile à raison des actes d'un agent public, et que l'instruction est confiée à un juge d'instruction, il faut attendre que la juridiction pénale ait statué sur la responsabilité pénale pour se pencher sur la compétence juridictionnelle afin de statuer sur la demande de dommages-intérêts. Ce n'est qu'à ce moment-là que la juridiction pénale²⁵ qualifiera la faute de faute de service pour renvoyer au juge administratif la fixation de la réparation, ou de faute personnelle pour statuer elle-même. C'est dans cette dernière hypothèse que le préfet pourra élever le

²⁵ Qui, même si elle prononce une relaxe, demeure compétente, en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale introduit par la loi du 8 juillet 1983, pour accorder éventuellement une réparation à la victime des faits ayant fondé la poursuite.

conflit s'il estime que le comportement reproché à l'agent révèle une faute de service.

Une élévation du conflit, en tant qu'il concerne l'action civile et l'action civile seulement dès la phase d'instruction pénale, permettrait de situer plus tôt le caractère de faute personnelle ou de faute de service du comportement incriminé.

6. Rendre la justice administrative plus efficace et plus rapide.

Ainsi qu'il a déjà été dit, l'orientation préférentielle de certaines victimes pour la procédure pénale tient aux avantages qu'elles en attendent dans la recherche de la vérité.

La comparaison entre les deux voies est, d'une certaine manière, biaisée par le déséquilibre qui tient à ce que l'action devant le juge pénal a le plus souvent un double objet l'action publique et l'action civile alors que l'action devant le juge administratif n'est, pour reprendre la terminologie du droit privé, qu'une action civile.

A) La comparaison des procédures devant le juge administratif et le juge pénal tourne actuellement à l'avantage du second.

Du point de vue des victimes, l'action publique est parfois le complément de leur action civile : elles n'estiment complète la réparation du préjudice subi que lorsqu'elles ont obtenu à la fois une indemnité et la condamnation pénale d'un coupable.

Mais il arrive aussi que l'action publique soit accessoire dans les motivations de celui qui saisit le juge pénal. Il est attiré davantage par les

modes inquisitoriaux de recherche de preuves propres à l'instruction pénale. Les services de police judiciaire, placés sous l'autorité du Parquet ou de la juridiction d'instruction, disposent de pouvoirs étendus de coercition, notamment de saisie, de perquisition, d'audition de témoins sous serment et de garde à vue, dont le juge administratif est démuné. La possibilité de porter plainte contre X, en laissant au magistrat instructeur le soin d'identifier la personne visée, est un avantage supplémentaire de la procédure pénale sur la procédure devant le juge administratif, auquel le requérant doit indiquer la collectivité qu'il estime responsable et dont il demande la condamnation.

Ces avantages de la saisine du juge pénal sont, toutefois, accompagnés de l'inconvénient pour le plaignant d'obtenir la reconnaissance d'une infraction, alors que l'indemnisation devant le juge administratif est conditionnée par le concept moins exigeant de faute, qui peut résider dans un simple fonctionnement anormal du service, voire, s'il s'agit d'un dommage de travaux publics, d'un simple défaut d'entretien normal de l'ouvrage, la charge de la preuve reposant alors sur la collectivité publique.

Le deuxième avantage porté au crédit de la juridiction pénale relève davantage d'une réputation que d'une attestation. Le juge pénal serait plus rapide que le juge administratif. Certes les délais de règlement des affaires par le juge administratif restent excessifs, surtout devant les cours administratives d'appel, mais le juge pénal connaît aussi des procédures très longues, d'autant plus mal ressenties par les personnes mises en cause qu'elles accroissent la charge émotionnelle de la mise en examen et, même parfois, de la détention provisoire.

L'impression de rapidité du juge pénal tient sans doute surtout à la médiatisation de la mise en examen de la personne visée par la plainte, qui donne le sentiment d'une réponse immédiate.

En ce qui concerne l'indemnisation des victimes, le juge administratif reprend plutôt l'avantage, pour l'essentiel, grâce à la solvabilité des personnes condamnées.

B) L'amélioration des procédures devant le juge administratif doit être poursuivie.

1°) Améliorer les procédures d'urgence :

Le groupe d'étude a pris acte du projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, adopté en première lecture par le Sénat en juin 1999, et actuellement discuté à l'Assemblée nationale.

Ce projet permet d'accroître l'efficacité des procédures d'urgence devant les juridictions administratives :

le régime du sursis, intitulé désormais juge des référés statuant en urgence, est amélioré. La condition tenant à l'existence d'un préjudice disparaît, remplacée par la condition que l'urgence le justifie. La condition tenant à l'existence d'un moyen sérieux est remplacée par celle de moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision (art. 3) ;

est créé un référé-liberté, qui permet au juge des référés d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle est porté une atteinte grave et manifestement illégale (art. 4) ;

la procédure du référé est ouverte plus largement. La condition tenant à l'impossibilité de faire obstacle au principal disparaît (art. 5).

Le groupe d'étude estime que ces dispositions sont de nature à améliorer sensiblement l'attrait du juge administratif, à condition, d'une part, que celui-ci ne manifeste pas une conception restrictive de ses pouvoirs²⁶, et, d'autre part, qu'il améliore sensiblement ses délais de jugement, spécialement en ce qui concerne les procédures d'urgence. Si ces deux conditions étaient réunies dans un avenir proche, les victimes verraient plus d'avantages à se tourner vers le juge administratif pour y trouver une indemnisation rapide et efficace plutôt que de s'adresser au juge pénal pour demander la punition de la victime sans bénéficier d'une réparation équivalente.

2°) Renforcer les pouvoirs d'instruction du juge administratif

Souvent les pièces du dossier soumis au juge administratif lui suffisent pour établir les faits et trancher le litige dont il est saisi. Parfois, leur absence exige des mesures d'instruction qui permettent de compléter l'information du juge et de définir les responsabilités. Mais il arrive aussi que l'administration soit de mauvaise foi et tente de dissimuler certains faits, que le juge administratif ne pourra pas connaître, jugeant que leur matérialité n'est pas établie, alors qu'une enquête simple appuyée sur des pouvoirs d'investigation aurait permis de connaître la vérité.

Les pouvoirs d'instruction du juge administratif (ordonner une enquête, entendre des témoins, diligenter une expertise, par exemple) ne peuvent actuellement être décidés que par un jugement avant-dire-droit, c'est-à-dire par une formation collégiale. Cette exigence nuit à la rapidité de la mesure d'instruction, qui conditionne parfois son efficacité. De plus, ces mesures d'instruction sont largement inefficaces lorsqu'elles se heurtent à la mauvaise volonté de l'administration. Aussi le groupe d'étude

²⁶ Par exemple, modifiera-t-il sensiblement son attitude restrictive à l'égard des moyens sérieux pour reconnaître plus souvent un doute sérieux ?

recommande-t-il d'augmenter les pouvoirs d'instruction du juge administratif en prévoyant que les parties ne pourront pas s'opposer aux mesures d'instruction qu'il prescrira. On pourrait s'inspirer utilement des pouvoirs d'investigation dont sont dotées les chambres régionales des comptes et les inspections générales.

CHAPITRE VIII : Mieux armer juridiquement les décideurs publics

Toutes les propositions du groupe d'étude pour améliorer la prise en compte du fonctionnement des administrations par la juridiction pénale, adapter la procédure pénale et orienter les victimes vers d'autres voies que le juge pénal perdraient une part de leur justification et seraient probablement vaines si elles n'étaient pas accompagnées de suggestions pour un meilleur fonctionnement de l'Etat et des autres collectivités territoriales.

Pour réduire le risque pénal encouru par elles-mêmes et par leurs représentants, les personnes publiques doivent renforcer leur capacité d'expertise juridique, réduire l'inflation des normes techniques et offrir à leurs élus et agents une protection appropriée.

Le groupe d'étude a recensé plusieurs mesures d'adaptation des administrations. Certaines concernent toutes les personnes publiques, d'autres seulement les collectivités locales.

1. Propositions applicables à l'ensemble des décideurs publics.

A) Préciser les compétences, les moyens et les responsabilités impartis à chaque agent en généralisant la pratique des fiches de poste.

Une bonne partie de l'insécurité que ressentent les élus et décideurs publics tient à la répartition incertaine des compétences et des responsabilités entre différentes personnes physiques d'une même collectivité ou d'un même service. Certaines sont partagées selon une simple coutume, d'autres sont exercées cumulativement et rares sont les

personnes qui peuvent définir avec précision et certitude le périmètre de leurs responsabilités, et donc, savoir pour quel type d'événements leur responsabilité pénale pourrait être recherchée.

Plus précisément, les interrogations des décideurs, telles qu'elles ont notamment été recueillies lors des auditions, tiennent souvent à la portée des délégations de signature qu'ils consentent ou reçoivent.

Le groupe d'étude ne peut, sur ce point, que reprendre les développements argumentés de l'étude du Conseil d'Etat de 1996²⁷. Pour le juge administratif saisi de la légalité d'un acte, la solution est clairement établie : la délégation de signature n'opère pas de transfert de compétence (CE, 5 mai 1950, *Buisson*, Rec. p.258). Le délégant reste compétent, concurremment avec le délégataire, pour prendre lui-même les décisions. Le délégataire agit au nom du délégant. La délégation de signature (à l'inverse de la délégation de pouvoir) permet donc à la fois au délégant et au délégataire de prendre la décision.

Cette solution n'est pas nécessairement transposable en droit pénal. On a pu parler d'autonomie du droit pénal (P. Guerder, in *rapport 1998 de la Cour de cassation*, p.108-109), qui aurait été consacrée par l'article 11 *bis* A de la loi du 13 juillet 1983 issu de celle du 13 mai 1996 : la délégation de signature permet de faciliter la détermination de la personne responsable, par l'analyse du pouvoir du fonctionnaire et des moyens dont il dispose. Mais ce transfert de responsabilité ne peut pas être général et automatique.

²⁷ pp. 53-56

Si la délégation de signature était accompagnée d'un transfert automatique de la responsabilité pénale vers le délégataire, on pourrait craindre que :

les délégants (les ministres ou les directeurs, les maires, présidents de conseil régional, général ou d'organisme de coopération intercommunale) soient considérés par l'opinion ou leurs subordonnés comme abusivement protégés, acceptant les honneurs et les pouvoirs de décision mais refusant les risques de l'application concrète de leurs décisions ;

les délégataires potentiels n'acceptent plus que sous conditions de recevoir des délégations de signature. Dans certaines situations, l'action administrative courrait un risque de paralysie ou, au minimum, deviendrait de plus en plus complexe, en raison de la multiplication, déjà entamée, des notes écrites des subordonnés, destinées à se couvrir en cas d'accident dans les services placés sous leur responsabilité. L'automatisme du transfert vers le subordonné de la responsabilité pénale pourrait entraîner une fuite généralisée devant les responsabilités.

Considérant ces graves risques pour l'efficacité de l'action des collectivités publiques, le groupe d'étude incite à la généralisation de fiches de poste définissant avec précision, pour reprendre les éléments introduits au Code pénal, au statut général de la fonction publique et au Code général des collectivités territoriales par la loi du 13 mai 1996, les compétences, le pouvoir et les moyens dont dispose le titulaire de chaque fonction.

Ces fiches de poste, qui ne pourraient plus être rédigées dans le seul but de décrire sommairement un poste vacant, sont cependant susceptibles d'avoir des effets indésirables en entraînant une plus grande

frilosité de certains agents, réticents à agir, ne serait-ce qu'à la marge et de façon ponctuelle, en dehors de leurs attributions définies par ladite fiche, malgré un ordre de leur supérieur hiérarchique. On peut aussi en attendre une certaine rigidité s'il faut écrire au préalable toute modification de détail de la définition des tâches confiées à tel ou tel.

Enfin, si ces fiches de poste peuvent apporter davantage de précisions, orienter le juge pénal dans sa recherche des responsabilités pénales en cas d'infraction, et sécuriser ainsi les décideurs publics, elles ne pourront pas apporter de garantie absolue. Un document administratif, si précis soit-il, ne peut pas lier le juge pénal, mais seulement le guider dans son appréciation des diligences normales énoncées par la loi du 13 mai 1996, de nature à exonérer l'élu ou l'agent de sa responsabilité pénale.

B) Améliorer la formation des élus et agents publics.

1°) *La formation des agents publics*

Déjà mentionnée dans l'étude du Conseil d'Etat de 1996²⁸, la formation des agents publics aux questions de responsabilité pénale, même si elle a fait l'objet d'initiatives de plusieurs administrations, ne peut pas être considérée comme acquise.

Plusieurs administrations ont élaboré des directives de conduite adaptées aux missions de leurs agents en leur prescrivant des consignes simples et opérationnelles :

²⁸ pp. 58-59

code de déontologie de la police nationale (décret n°86-592 du 18 mars 1986) ;

guide déontologie du fonctionnaire, pour les fonctionnaires de la direction générale des impôts (juin 1996) ;

guide prévenir les manquements internes à la probité, à la Poste (mai 1997) ;

guide responsabilité et déontologie, aux services de l'équipement (janvier 1998) ;

guide déontologie et protection des agents du trésor public (1999) ;

projet de décret instituant un code de déontologie de l'administration pénitentiaire.

D'autres documents exposent aux agents le comportement à adopter dans leurs relations, qui peuvent être difficiles ou conflictuelles, avec les usagers.

Par ailleurs, de nombreuses actions de sensibilisation et de formation ont été entreprises, aux différents niveaux hiérarchiques. La régularité et l'intensité de ces formations semble variable selon les ministères. Mis à part quelques actions isolées organisées par certaines administrations, c'est au ministère de l'équipement que la formation des agents au risque pénal est la plus systématique.

Le groupe d'étude ne peut que renouveler les incitations à la formation des agents publics à leur responsabilité pénale, spécialement à

l'occasion de l'accession des agents à des fonctions de responsabilité supérieures.

Enfin, le groupe suggère l'introduction dans les grands concours administratifs d'épreuves portant sur des notions de droit pénal.

2°) *La formation des élus*

Depuis la loi du 3 février 1992, les élus locaux ont droit à une formation adaptée à leurs fonctions, dont le financement constitue une dépense obligatoire pour les collectivités. Ces dépenses sont plafonnées à 20% des indemnités de fonction effectivement versées.

Ainsi que l'indique le rapport du Conseil national pour la formation des élus locaux, les élus locaux dans leur ensemble font une utilisation très limitée de ce droit individuel à la formation qui leur est offert.

Le groupe d'étude s'est interrogé sur la possibilité de rendre obligatoire cette formation en début de mandat, mais a considéré que toute forme d'obligation serait dépourvue de résultats si elle n'était pas accompagnée d'une réelle volonté de recevoir cette formation. C'est pourquoi, tout en souhaitant que les élus utilisent davantage la faculté offerte par la loi, il a renoncé à les contraindre.

Cependant, constatant l'inégalité de fait qui oppose les élus des petites communes à ceux des grandes collectivités, du fait de la fixation de la dépense de formation à 20 % du total des indemnités de fonctions versées aux élus, il suggère d'instaurer, selon un mécanisme qui reste à construire, une mutualisation de ces dépenses. La formation des élus des petites collectivités, dépourvues de services adéquats, serait ainsi mieux assurée.

C) Favoriser la mobilité des agents entre la haute fonction publique et la magistrature.

Dans la ligne de ses recommandations en vue d'une meilleure connaissance par les magistrats répressifs des conditions de fonctionnement des administrations et d'une meilleure formation des fonctionnaires aux questions de responsabilité pénale, le groupe d'étude demande que soient encouragées les possibilités de mobilité entre la haute fonction publique et la magistrature.

Un magistrat, qu'il soit administratif ou judiciaire, a une approche différente d'un même litige mettant en cause le fonctionnement d'une personne publique, selon qu'il a ou non été lui-même confronté à une expérience de gestion. Cela ne signifie pas qu'il oriente nécessairement sa décision dans un sens plus favorable à l'administration ou à l'agent public, ni dans un sens plus sévère. Mais son expérience d'administrateur lui permet souvent de mieux comprendre les motifs d'une décision ou d'un comportement, et d'y apporter une réponse plus adaptée.

En outre, la formation des futurs magistrats devrait comporter, de façon systématique, une initiation au fonctionnement de l'administration. Les stages qu'accomplissent les auditeurs de justice seraient plus utiles à la fin de leur scolarité qu'à son début : les futurs magistrats comprendraient davantage, en étudiant le fonctionnement d'une collectivité publique et en y exerçant, même provisoirement, certaines tâches, les risques encourus par les agents publics.

D) Généraliser aux élus la protection que l'administration doit déjà à ses agents mis en cause pénalement.

1°) La protection due par l'administration à ses agents.

Cette protection est mise en oeuvre de façon inégale. Le texte initial de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 assurait la protection du fonctionnaire sur deux terrains :

celui de la responsabilité civile, où l'administration couvre le fonctionnaire des condamnations prononcées à son encontre alors que le conflit n'a pas été élevé et qu'il ne s'agit pas d'une faute personnelle ;

celui de ses relations avec les usagers, en cas de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages.

Cette protection a été étendue par la loi du 16 décembre 1996 au cas où le fonctionnaire ou l'ancien fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de fautes personnelles. Ce qui n'était jusqu'alors qu'une pratique fondée sur des circulaires ministérielles et encouragée par l'étude du Conseil d'État en 1996²⁹, a donc été consacré.

²⁹ pp. 146-147

La même loi du 16 décembre 1996 a étendu cette protection aux agents publics non-titulaires, par ce qui est devenu le dernier alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, consacrant une solution déjà adoptée par la jurisprudence (CE, 7 févr. 1990, *Commune de Bain-de-Bretagne*, Rec. p.33).

Les difficultés d'application de ces dispositions n'ont pas entièrement disparu. Deux points méritaient l'attention du groupe d'étude :

la mise en oeuvre concrète de cette protection. Dans son étude de 1996, le Conseil d'Etat avait recommandé que l'administration aide son agent non seulement en prenant en charge ses frais de procédure, mais aussi en lui offrant les services de tel avocat spécialisé avec lequel elle est en relation régulière. Il semble que cette protection soit encore mise en oeuvre de façon inégale, et le groupe d'étude recommande aux différentes administrations de veiller à y procéder effectivement ;

les conditions de la suspension de l'agent. Lors de l'ouverture d'une procédure pénale, il est fréquent que le fonctionnaire fasse l'objet d'une suspension de ses fonctions en application de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983. Mesure essentiellement provisoire prévue en cas de faute grave du fonctionnaire, la suspension laisse quatre mois à l'autorité hiérarchique pour régler sa situation. Cependant, ce délai disparaît si le fonctionnaire est l'objet de poursuites pénales. Dans la plupart des cas, la suspension est prolongée, sans qu'un acte intervienne nécessairement, jusqu'à la décision définitive du juge pénal. La suspension peut donc durer plusieurs années, pendant lesquelles l'agent peut subir une retenue qui peut aller jusqu'à la moitié de son traitement. Les conséquences de cette situation, même si elle est peu fréquente, sont très mal ressenties par les agents et leurs collègues, lorsque

la mise en cause pénale résulte de ce qui est à l'évidence une faute de service. Le groupe suggère donc aux autorités compétentes de réexaminer périodiquement les mesures de suspension dont leurs agents mis en cause pénalement ont fait l'objet. Si la suspension se justifie souvent lors de la mise en cause initiale, notamment pour prouver aux victimes et à l'opinion que l'administration sait réagir à un événement révélant une faute, son utilité diminue avec le temps, et une levée de la suspension est probablement possible quelques mois plus tard, notamment si elle est accompagnée d'une mutation.

2°) *Etendre cette protection aux élus*

Il apparaît au groupe équitable de prévoir que les collectivités locales aient l'obligation, lorsqu'un de leurs élus est mis en cause dans une procédure pénale pour des activités exercées dans le cadre normal de ses fonctions, de défendre cet élu. Il faudrait donc introduire cette obligation au Code général des collectivités locales, par exemple en complétant les articles L.2123-34, L.3123-28 et L.4135-28, et en préciser le contenu.

Parmi les différentes options possibles (obligation générale pour toutes les mises en cause, obligation seulement lorsque l'élu agit en tant qu'agent de la collectivité, obligation seulement lorsqu'il agit dans le cadre des actions où la responsabilité pénale de la personne morale ne peut pas jouer), le groupe d'étude privilégie celle où l'obligation incomberait à la collectivité au nom de laquelle agit l'élu. Dans la plupart des cas, ce sera la collectivité locale dont il est l'exécutif; ce pourra aussi être l'Etat pour les activités du maire dans l'exercice de ses fonctions d'agent de l'Etat.

Parallèlement, il pourrait être rappelé aux élus et décideurs publics qu'ils peuvent contracter une assurance pour faire prendre en charge, le

cas échéant, les frais de procédure qu'ils devraient engager dans une procédure pénale.

E) Exiger un bilan écrit de faisabilité avant l'introduction de toute nouvelle norme technique.

L'inflation des normes techniques est une grave préoccupation des élus locaux, ainsi que les représentants de leurs associations l'ont exprimé à maintes reprises au cours des auditions et dans leurs contributions écrites. A chaque échelon de collectivité correspondent des préoccupations particulières selon les compétences de chacun d'eux, avec des soucis communs en ce qui concerne les bâtiments publics, parmi lesquels les locaux et matériels scolaires tiennent une bonne place. Les agents de l'Etat exerçant des fonctions de décisions, pour l'essentiel les préfets, partagent les mêmes contraintes, pour les équipements relevant de leur responsabilité.

Lors de l'introduction d'une nouvelle norme technique relative à un équipement public présent dans la collectivité, nombre d'élus doivent arbitrer entre deux branches d'une alternative : soit fermer l'établissement faute de pouvoir respecter la norme immédiatement, par exemple pour des raisons financières ou du fait des délais imposés par le Code des marchés avant la réalisation des travaux, soit poursuivre, au moins provisoirement, l'exploitation ou le fonctionnement de cet équipement devenu brutalement obsolète par l'effet d'un acte réglementaire, en ayant conscience du risque pénal encouru.

Bien souvent les élus choisissent un moyen terme, celui de prévoir un programme pluriannuel de travaux qui permette de respecter les normes techniques, fût-ce avec quelques mois ou années de retard. Il arrive même que les communes doivent emprunter pour réaliser ces nouveaux équipements; le danger le plus grand ne vient alors plus du risque d'accident mais d'un nouveau changement de norme avant l'échéance de remboursement de l'emprunt.

Pour prendre un exemple, le risque dû à la présence de plomb dans l'eau a conduit à prévoir le remplacement de toutes les canalisations en plomb, sans que le coût de cette mesure, de l'ordre de plusieurs dizaines de milliards de francs, ne soit connu, même dans son ordre de grandeur, puisque les estimations les plus raisonnables varient du simple au quadruple. Ces dépenses sont-elles proportionnées au risque, seulement éventuel, de l'absorption de plomb en buvant l'eau du robinet ?

Le groupe d'étude demande donc que cesse la course aux normes techniques nouvelles. Certes beaucoup d'entre elles résultent de la réglementation communautaire et échappent aux autorités nationales. Mais trop nombreuses encore sont celles qui sont édictées sans avoir été mesurées à l'aune d'un bilan entre les avantages supplémentaires qu'elles apportent en termes de protection, qui sont parfois incertains, et les contraintes, notamment financières, qu'elles font peser sur la collectivité.

Le groupe fait donc deux propositions concrètes :

D'une part, toute norme nouvelle devrait être accompagnée d'un délai raisonnable de réalisation, qui laisse aux collectivités publiques le temps de mobiliser les moyens financiers nécessaires et de mener à bien les travaux. L'impératif de continuité du service public devrait mieux être pris en compte, pour éviter aux décideurs

publics l'alternative délicate entre dépenses immédiates et suppression d'un service ;

D'autre part, toute norme nouvelle devrait être accompagnée d'un bilan précis de faisabilité. Ce bilan, effectué au terme d'une analyse des coûts et des avantages de la mesure proposée Xun peu à la manière de l'examen de l'utilité publique d'un projet d'équipement public nécessitant des expropriations, justifiera les motifs d'intérêt général qui conduisent à son durcissement. Il permettra de déterminer le délai dans lequel la nouvelle norme est susceptible d'être appliquée, son coût financier, immédiat ou permanent, pour les collectivités publiques et, éventuellement, les personnes privées. Ce bilan de faisabilité devrait contribuer à limiter la multiplication des normes techniques et à allonger leur durée de vie. Il permettra aussi aux décideurs publics de mieux connaître, comprendre et respecter les normes techniques qu'ils doivent appliquer.

2. Propositions propres aux collectivités locales.

Les élus partagent dans leur immense majorité le souci d'agir conformément aux lois et règlements en vigueur, surtout si leur méconnaissance est assortie de sanctions pénales. La crainte du juge pénal les conduit à souhaiter l'inverse de ce qu'ils auraient probablement exprimé il y a dix ans : ils demandent maintenant un renforcement des contrôles administratifs de l'Etat pour échapper aux sanctions issues des contrôles juridictionnels qui sont pourtant la conséquence logique de la décentralisation. Les responsabilités étendues qu'elles ont acquises, et dont elles s'accordent pour demander l'extension, entraînent inévitablement l'engagement plus fréquent et plus pesant de la

responsabilité des collectivités et des personnes qui les représentent. Les unes ne vont pas sans l'autre.

Le groupe d'étude n'a donc pas envisagé de remettre en cause l'étendue des pouvoirs des collectivités locales, mais plutôt de suggérer les moyens qui doivent les accompagner pour les exercer avec compétence.

Parallèlement, le rôle de contrôle imparti au représentant de l'Etat doit pouvoir être exercé efficacement pour prémunir les collectivités locales du risque excessif d'une condamnation juridictionnelle. Les responsabilités sont donc partagées.

A) Développer des capacités d'expertise juridique des collectivités locales.

Les collectivités locales et leurs élus n'affrontent pas le risque pénal sur un pied d'égalité. Les plus grandes sont celles où les services sont les plus étoffés et compétents, ce qui réduit sensiblement le risque pénal, à la fois pour la collectivité dans son ensemble, et pour l'élu qui la dirige, protégé par plusieurs niveaux hiérarchiques auxquels le juge pénal sera susceptible de reconnaître une part ou la totalité de la responsabilité, en fonction des compétences, pouvoir et moyens dont dispose chacun. A l'opposé, les petites communes cumulent les handicaps : services dépassés par la complexité des questions à traiter, maire en première ligne.

Sans pouvoir remettre en cause l'émiettement communal, le groupe d'étude estime que les risques de mise en cause de la responsabilité pénale des élus et des collectivités locales pourraient être atténués par le renforcement des capacités d'expertise juridique des petites collectivités locales.

Le groupe d'étude suggère donc la mise en commun des moyens juridiques des collectivités locales, par exemple à l'échelle d'un SIVOM ou, plus efficacement, d'un établissement public situé à l'échelon départemental ou régional³⁰, sorte d'agence juridique au service des collectivités locales qui en seraient membres.

En revanche, le groupe est plus réservé sur la consultation des services juridiques des grandes collectivités locales par les petites, en application de conventions qui seraient passées entre elles. Ces échanges risquent d'être limités par la prudence des élus, soucieux de ne pas se placer sous la tutelle de plus grandes collectivités, surtout pour leur exposer leurs perspectives ou leurs difficultés. De plus, la jurisprudence (CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr*, Rec. p.201, concl. H. Savoie) oblige les collectivités, en application de la directive européenne du 18 juin 1992 relative à la passation des marchés publics de services, à mettre en concurrence ces fournisseurs de services juridiques. Il n'est pas certain, en cette matière, que le recours à la voie contractuelle entre collectivités soit la plus appropriée.

B) Renforcer la qualité du contrôle de légalité.

Les élus locaux reprochent au contrôle de légalité de ne pas leur indiquer l'ensemble des illégalités susceptibles d'affecter leurs décisions ou les délibérations de leur assemblée. Sans exprimer le souhait d'un retour à la tutelle préfectorale, certains souhaiteraient une quasi-certification de la légalité de ces décisions par les services de l'Etat. Ils

³⁰ Par exemple, les centres de gestion de la fonction publique territoriale, dont il faudrait à cette occasion étendre les compétences définies par la loi du 26 janvier 1984 et étoffer la capacité d'expertise juridique dans des matières autres que celles de la fonction publique territoriale.

imaginent que le visa du contrôle de légalité pourrait les dégager de toute responsabilité pénale. Il n'en est rien.

1°) *Instituer un Parquet administratif ?*

Parmi les critiques adressées à l'exercice du contrôle de légalité, figure la simple faculté et non l'obligation donnée au préfet de présenter des observations et de saisir le tribunal administratif. Le caractère simplement aléatoire de ce contrôle n'apporte donc aucune présomption de régularité des actes qui n'ont pas fait l'objet du déféré.

L'idée a donc été présentée au groupe d'étude de transférer le contrôle de légalité exercé par les préfets à un Parquet administratif, à créer au sein des tribunaux administratifs. Elle ne semble guère réalisable, au moins sans une réflexion très approfondie sur sa portée et les moyens qu'elle exigerait.

Elle présente l'avantage de faire disparaître l'élément d'opportunité souvent contenu dans le contrôle exercé par le préfet. La décision de déférer ou de ne pas déférer serait plus objective, découlant plus automatiquement de la légalité des dispositions en cause.

Mais elle n'évite pas la question des moyens à mettre en oeuvre pour atteindre cette égalité (supposée meilleure) des collectivités publiques devant le contrôle de légalité et la justice administrative. Le simple transfert aux parquets administratifs des agents des services de contrôle de légalité des préfectures n'apporterait aucune garantie supplémentaire. La comparaison des millions d'actes pris chaque année

par les collectivités locales et des quelques milliers d'agents supposés analyser la légalité de leurs décisions suffit à mesurer l'ampleur de la tâche.

Au moins dans l'immédiat, ce transfert pourrait induire en erreur les élus en leur donnant la fausse assurance que le silence de ce Parquet vaudrait garantie de légalité et absence de faute pénale. Surtout, l'idée se heurte à l'article 72 de la Constitution, selon lequel le délégué du gouvernement a la charge du contrôle administratif.

2°) Renforcer les moyens des services du contrôle de légalité

Le souci de sécurité juridique des actes des collectivités locales suffit à souhaiter le renforcement des moyens des services affectés au contrôle de légalité dans les préfetures. La volonté des élus locaux de voir s'éloigner le risque pénal augmente la demande d'un contrôle efficace.

Le groupe d'étude renouvelle donc une proposition maintes fois exprimée ces dernières années dans de nombreux rapports de renforcer la fonction juridique des services déconcentrés de l'Etat. Cet accroissement des moyens des services de contrôle de légalité, notamment par la mise à disposition de magistrats administratifs, dont des membres des juridictions financières, accroîtrait la capacité d'expertise juridique du contrôle de légalité et, peut-être un peu le nombre d'actes réellement examinés. Le développement de pôles juridiques dans les services de l'Etat répond bien à l'exigence de qualité juridique qu'attendent les partenaires de l'Etat.

Les élus locaux trouveront probablement dans cet exercice renforcé du contrôle de légalité une plus grande sécurité en matière de passation de marchés publics, mais guère au-delà. Il ne faut en effet pas

surestimer les conséquences d'un contrôle de légalité renforcé sur la mise en jeu de la responsabilité pénale des élus locaux.

Les mesures visant à renforcer le contrôle de légalité ne concernent qu'une petite partie de la question soumise au groupe d'étude, celle du délit de favoritisme commis de manière non intentionnelle. En effet, la plupart des infractions non intentionnelles résultent davantage d'abstentions d'agir (défaut de mesure de police, défaut de travaux...) que de décisions positives. Que pourrait le contrôle de légalité à l'égard de telles abstentions, à moins que le préfet ne demande systématiquement et régulièrement à toutes les collectivités locales d'agir dans tel ou tel sens et qu'il défère ensuite leur refus implicite de prendre les mesures sollicitées (CE, Sect. 28 févr. 1997, *Commune du Port*, Rec. p.61) ?

L'absence d'observations de la part du contrôle de légalité ou un visa d'un service de la préfecture ne peut pas valoir garantie de légalité, encore moins garantie d'absence d'infraction pénale. Les élus ne devront pas imaginer être alors dégagés de toute responsabilité.

En guise de conclusion

En remettant ce rapport un peu avant la fin du délai qui lui était imparti, le groupe d'étude voudrait l'accompagner de sincères remerciements, de légers regrets et de quelques mises en garde.

Ses remerciements vont à tous ceux qui lui ont apporté leur concours et en premier lieu à ses rapporteurs dont la tâche était d'autant plus difficile qu'ils avaient été choisis pour les qualités qui leur valent, dans leurs juridictions respectives, des responsabilités très lourdes : ils n'en ont nullement été déchargés pendant les six mois de préparation du rapport. La gratitude du groupe va aussi aux services du ministère et au secrétariat du Président qui ont été mis à très forte contribution et qui ont répondu avec une parfaite efficacité aux sollicitations dont ils étaient l'objet, bien que, là encore, il se soit agi d'une tâche supplémentaire dans des périodes d'intense activité. Les remerciements vont enfin à tous les interlocuteurs du groupe, ministères, associations d'élus, syndicats de fonctionnaires des trois fonctions publiques et de magistrats des deux ordres, associations ou professionnels représentant les victimes d'infractions, avec lesquels le dialogue a toujours été empreint de confiance et de courtoisie.

Ses regrets tiennent à ce que les hasards de la vie d'un parti politique l'aient privé du concours d'un de ses membres et non des moindres, puisqu'il s'agissait du président de l'association des maires de France, qui n'a pu prendre part qu'aux deux premières réunions de travail, mais qui l'a, bien sûr, tenu informé des positions de son organisation. Le groupe déplore aussi qu'il ne lui ait pas été possible d'associer davantage à ses travaux des experts de la direction des affaires criminelles et des grâces, trop sollicités par les nombreux textes relevant de leur compétence qui étaient simultanément en préparation ou en discussion au Parlement.

C'est donc avec la conscience très nette de ses limites qu'il remet ce travail. Il n'a pas la prétention de la nouveauté, cela a été rappelé en introduction ; il ne saurait en effet concurrencer les rapports récents d'institutions permanentes et habituées à mobiliser de puissants moyens, telles que la commission des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat ou la section du rapport et des études du Conseil d'Etat ; la composition très réduite du groupe ne lui conférait pas la technicité de prestigieuses commissions qui, dans un passé récent, se sont penchées pendant de longs mois sur le droit ou la procédure en matière pénale avec le concours d'éminents spécialistes, praticiens ou universitaires. Aussi ne prétend-il nullement à l'exhaustivité et s'est-il délibérément tenu à l'écart des grands débats qui ne sont pourtant pas sans incidence sur le sujet, tels que le choix entre une procédure pénale accusatoire ou inquisitoire, la réduction du nombre de petites collectivités décentralisées et donc d'élus dotés de peu de moyens, ou la remise en cause de la conception française de la séparation des pouvoirs ou du modèle français de fonction publique et de service public.

Enfin, quand il s'est risqué à proposer des rédactions de textes, il l'a fait dans des conditions de rapidité telles que, si le principe en était retenu, les travaux successifs des services de la Chancellerie, du Conseil d'Etat et du débat parlementaire apparaîtront nécessaires pour assurer sa mise en oeuvre.

Sa seule ambition a été de trouver des réponses simples aux problèmes les plus urgents. Il l'a fait sans a priori et dans un esprit d'ouverture aux arguments des uns et des autres. S'il n'est pas parvenu sur tous les sujets à un consensus, ses membres minoritaires ont accepté de se rallier à une rédaction reflétant loyalement les éléments du débat qui ont fait pencher la balance dans le sens de la majorité.

Le travail fut passionnant ; il reste à souhaiter qu'il soit utile.

<p style="text-align: center;">Annexe n° 1 Lettre de mission</p>
--

Le Garde des Sceaux
Ministre de la Justice

Paris, le 8 juin 1999

Monsieur le Président,

Depuis plusieurs années, la question de la responsabilité pénale des élus, des agents publics de l'Etat, ou des collectivités territoriales, c'est-à-dire de ceux qu'il est convenu d'appeler décideurs publics soulève des débats s'agissant notamment des infractions non intentionnelles.

Plusieurs condamnations pour délits d'homicide, de blessures involontaires ou d'atteinte à l'environnement en particulier prononcées à l'encontre d'élus, ont provoqué un important malaise.

S'il n'est pas question de créer pour les décideurs publics une forme d'immunité pénale qui porterait atteinte au principe d'égalité devant la loi, il est toutefois justifié que les juridictions répressives puissent prendre en compte la spécificité de leur action, afin d'éviter qu'une pénalisation excessive de la vie publique ne mette en péril le fonctionnement démocratique de nos institutions.

La loi du 13 mai 1996 est venue clarifier la notion de faute pénale d'imprudence, en précisant, dans le code général des collectivités territoriales, que l'appréciation *in concreto* de cette faute devait intervenir avec une particulière vigilance.

Il est toutefois délicat d'apprécier l'impact que ces nouveaux textes ont pu avoir sur la jurisprudence, et nombreux sont ceux qui s'interrogent sur le point de savoir s'il ne serait pas nécessaire de redéfinir les conditions de la responsabilité des décideurs publics.

Monsieur Jean MASSOT
Président de la section des finances

Conseil d'Etat
Place du Palais Royal
75100 - PARIS

Aussi, ai-je décidé, comme je l'ai annoncé devant le Sénat le 28 avril dernier, à l'occasion d'une question orale avec débat qui a été posée sur ce sujet par M. Hubert HAENEL, d'instituer un groupe d'étude restreint, composé d'élus et de magistrats pour, après avoir procédé à un état des lieux complet et objectif de la réalité judiciaire, faire la synthèse des travaux menés jusqu'à présent et formuler des propositions.

Je souhaite que le groupe d'étude puisse se livrer à une réflexion aussi large que possible, portant à la fois sur des questions de procédure pénale et de droit pénal et sur des questions de droit civil ou de droit administratif. Vous examinerez notamment les pistes que constituent la mise en oeuvre des expertises juridiques au profit des collectivités territoriales, l'amélioration du contrôle de légalité, la clarification des compétences par le jeu des délégations, la systématisation des actions de formation, l'extension de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public et le renforcement du caractère incitatif des procédures civiles.

Je vous remercie d'avoir accepté de conduire ce groupe d'étude, dont la première réunion pourra se tenir courant juin au ministère de la justice.

Ce groupe d'étude, qui sera assisté dans son travail par les services de la direction des affaires criminelles et des grâces et ceux de la direction des affaires civiles et du sceau, me fera part de ses conclusions avant la fin de l'année en cours.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à mes sentiments les meilleurs.

GUIGOU

Elisabeth

Annexe n° 2

Composition du groupe d'étude

Jean Massot,

PRESIDENT DE SECTION AU CONSEIL D'ETAT,
PRESIDENT ;

Jacques BONNET,

PRESIDENT DE CHAMBRE A LA COUR DES COMPTES ;

Bruno COTTE,

AVOCAT GENERAL PRES LA COUR DE CASSATION ;

Jean-Paul DELEVOYE,

PRESIDENT DE L'ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE
;

Michel SAPIN,

PRESIDENT DE LA REGION CENTRE ;

Michel THENAULT,

PREFET DES YVELINES ;

Valéry TURCEY,

PRESIDENT DE L'UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS.

Rapporteurs :

Sylvie NEROT,

JUGE AU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS ;

Laurent TOUVET,

MAITRE DES REQUETES AU CONSEIL D'ETAT.

Annexe n° 3

Séances - Auditions - Contributions

1. Séances plénières

Lundi 21 juin à 18h30

Installation du groupe d'étude par Mme le Garde des Sceaux.

Mercredi 30 juin à 9h00

avec tous les membres du groupe d'étude.

Mercredi 25 août à 14h30

avec tous les membres du groupe d'étude.

Mercredi 29 septembre à 14h30

avec tous les membres du groupe d'étude.

Mercredi 27 octobre à 14h30

avec tous les membres du groupe d'étude

et :

Monsieur FRATACCI, Directeur, adjoint au Directeur général de l'administration et de la fonction publique ;

Monsieur MICHELSON, Directeur des affaires juridiques au Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ; **accompagné par Messieurs PARLOS et MORIN.**

Madame DENIS-LINTON, Directrice des affaires juridiques au Ministère de l'éducation nationale.

Mercredi 10 novembre à 9h30

avec tous les membres du groupe d'étude

et :

Monsieur DELARUE, Directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au Ministère de l'intérieur ; **accompagné par Monsieur RIERA ;**

Monsieur J. CALMETTE, Président de l'institut national d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM) ; **représenté par Monsieur Jean-Luc DOMENECH.**

Monsieur J.-C. CHAMPIN, Chef du service de l'inspection générale au Ministère de la jeunesse et des sports ; **représenté par Monsieur Jean-Marie L'HONEN, Inspecteur général.**

Monsieur C. LANNELONGUE, Directeur de l'administration générale, du personnel et du budget au Ministère de l'emploi et de la solidarité ; **représenté par Monsieur LAGIER.**

Mercredi 1^{er} décembre à 15h00

avec tous les membres du groupe d'étude.

2. Auditions en comité restreint

Lundi 13 septembre à 14h30

Madame Nicole GENEIX, Secrétaire générale du SNUI.PP ; **accompagnée de Messieurs Gilbert CASTELLI, Laurent ZAPPI et Laurent QUINTARD.**

Monsieur Charles BONISSOL, Président de l'union fédérale des cadres des fonctions publiques C.F.E.-C.G.C. ; **accompagné de Monsieur Jean-Paul CARTAULT.**

Monsieur Michel PERIER, Secrétaire général de l'union des fédérations C.F.D.T. des fonctions publiques et assimilés ; **accompagné de Monsieur Philippe ANTOINE et de Mesdames Marie-Agnès RAMPENOUX et Christine RATINEAU.**

Mercredi 6 octobre à 10h00

Madame Monique VUAILLAT, Secrétaire générale de la F.S.U. ; **accompagnée de Messieurs Daniel LE BRET, Francis BERGUIN, Gilbert CASTELLI, Jean-Paul TOURNAIRE et Gilles LIOBARD.**

Monsieur Yves MISSAIRE, Secrétaire général de la C.F.T.C. ; **accompagné de Messieurs Yves BIGOT et Jacques THEBAULT.**

Monsieur Jean-Paul ROUX, Secrétaire général de l'U.N.S.A. ; **accompagné de Messieurs Gilbert VOISIN, Guy PUTFIN et Gérard MUNAUT.**

Vendredi 15 octobre à 10h00

Monsieur Daniel BENEL, Président du syndicat des juridictions administratives ; **accompagné de Monsieur Alain LEVASSEUR.**

Monsieur MATAGRIN, Président de l'association professionnelle des magistrats (A.P.M.) ;

Monsieur le bâtonnier Roger-Vincent CALATAYUD, Conseil national des barreaux ; **accompagné de Monsieur Philippe OLIVE.**

Madame le bâtonnier Dominique de LA GARANDERIE, Ordre des avocats à la cour de Paris ; **représentée par Messieurs Jean-Jacques ISRAEL, Olivier METZNER et Madame Danielle MONTEAUX.**

Mercredi 3 novembre à 10h00

Monsieur Gilles SAINATI, Secrétaire général du syndicat de la magistrature ; **accompagné de Monsieur Ulrich SCHOLCHLI.**

Monsieur Philippe MAHE, Directeur général de l'association des administrateurs territoriaux de France ; **représenté par Messieurs BOEUF et MADINIER.**

Monsieur MALVY, Vice-Président de l'association des petites villes de France ; **représenté par Monsieur VALLINI.**

Vendredi 5 novembre à 14h30

Monsieur Jean-Paul ROUX, Secrétaire général de la F.E.N. ; **accompagné de Monsieur Luc BERILLE, représentant du syndicat des enseignants, Monsieur Albert KISTER, représentant du syndicat de l'administration et de l'intendance et de Monsieur Jean-Christophe LAPOUBLE, représentant du syndicat d'inspecteur jeunesse et sport.**

Monsieur Pierre ROCCA, Président du syndicat des juridictions financières ; **accompagné de Monsieur Claude REMU.**

Madame Hélène MIRA, Directeur de la fédération nationale des maires ruraux ; **représentée par Monsieur Pierre-Yves COLLOMBAT.**

Mercredi 24 novembre à 14h30

Monsieur François TUTIAU, Président de l'association des juristes territoriaux ; **représenté par Madame Pascale BAYER-VILAIN.**

Monsieur Jean-Pierre SUEUR, Président de l'association des maires des grandes villes de France ; **représenté par Messieurs Jean-Marie GIRAULT, Jacques SANTROT, MACAIRE et Christian LALU.**

Monsieur Jean-Pierre RAFFARIN, Président de l'association des régions de France ; **accompagné de Monsieur Gérard LEMAIRE.**

Vendredi 26 novembre à 14h30

Monsieur Jean AUROUX, Président de la fédération des maires des villes moyennes de France ; **représenté par Messieurs Bernard BELLEC, Michel-Antoine ROGNARD et Madame Nicole GIBOURDEL.**

Lundi 6 décembre à 9h30

Madame Chantal BRAULT, Chef de bureau à la Direction générale de la santé ; **accompagnée de Madame Héléne KHODOSS ;**

Monsieur Jean-Marc LHUILLIER, Professeur à l'Ecole nationale de la santé publique ;

Monsieur Patrick ALLAL, Président de l'Union syndicale des magistrats administratifs ; **accompagné de Monsieur Stéphane LAMY-RESTED.**

Monsieur Jean-Pierre DUPORT, Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris, Président de l'Association du corps préfectoral ; **accompagné de Monsieur François MARZORATI, sous-préfet de Palaiseau.**

3. Ont remis ou adressé des contributions écrites

Le ministère de l'intérieur (Direction des libertés publiques et des affaires juridiques)
Le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (Direction des affaires juridiques)
Le ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat

L'Assemblée des départements de France
L'Association des maires de France
L'Association des maires des grandes villes de France
La Fédération des maires des villes moyennes de France
L'Association des petites villes de France
La Fédération nationale des maires ruraux
Le Groupe socialiste divers gauche radical et citoyen du conseil régional du pays de la Loire
L'Association des trésoriers payeurs généraux et receveurs des finances
L'Association des administrateurs territoriaux de France
La C.F.T.C.
La F.S.U.
Le Syndicat national unitaire des instituteurs, professeurs des écoles et Pegc (SNU-IPP)
La C.G.C.
L'Union syndicale des magistrats
L'Union syndicale des magistrats administratifs
La Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs
Le Conseil national des barreaux
L'Ordre des avocats à la cour de Paris
La Société d'avocats August & Debouzy.

Annexe n° 4

Bibliographie

1. Rapports.

Conseil d'Etat, *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non-intentionnelles*+ rapport du groupe de travail présidé par M. Jacques FOURNIER au nom du Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris 1996, Collection Les études du Conseil d'Etat ;

Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits*, La Documentation française, Paris 1993, Collection Les études du Conseil d'Etat ;

Rapport de la Cour de cassation 1998, notamment l'étude de M. Pierre GUERDER *La faute pénale non-intentionnelle des fonctionnaires*, p 89, La Documentation française, Paris 1999 ;

Sénat, Rapport du groupe de travail présidé par M. Jean-Paul DELEVOYE au nom de la Commission des lois du Sénat et établi par M. Pierre FAUCHON, Document Sénat n° 328, Juin 1995.

2. Ouvrages.

Sophie CANADAS-BLANC *La responsabilité pénale des élus locaux*, thèse soutenue le 21 avril 1998 à l'Université des sciences sociales de Toulouse I, éd. Johanet, Paris 1999 ;

Eric DESMONS *La responsabilité pénale des agents publics*, PUF, Que sais-je ?, n° 3345, 1998 ;

Antoine GARAPON et Michel SALAS, *La République pénalisée*, Hachette ;

Jean-Marc LHUILLIER *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éd. ENSP 1998 ;

Jean-Christophe MAYMAT *L'élu et le risque pénal*, Berger-Levrault, Paris 1998 ;

Ministère de l'équipement, des transports et du logement *Responsabilité et déontologie*, Guide de référence pour les chefs de service et l'encadrement, janvier 1998 ;

Serge PETIT *Le contentieux judiciaire de l'administration*, Berger-Levrault, Paris 1993 ;

Serge PETIT *La responsabilité pénale des agents des trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, Paris 1998, Collection Gestion publique ;

Marcel POCHARD, Conseiller d'Etat, Jurisclasseur administratif *La responsabilité des élus*, fascicule 812, Editions du jurisclasseur 1999 ;

Bernard POUJADE et François MEYER *Les fonctionnaires territoriaux face au juge pénal*, éd. La Gazette des communes, 1999.

3. Colloques.

Association des membres et anciens membres du Conseil d'Etat, Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'intérieur *L'état de droit au quotidien*, colloque des 11 et 12 octobre 1993, éd. Regards international, Paris ;

Ecole nationale d'administration *La responsabilité des fonctionnaires*, colloque du 7 novembre 1995, éd. Cahiers de la fonction publique, Berger-Levrault ;

Actualité juridique - Droit administratif *Puissance publique ou impuissance publique*, colloque des 8 et 9 février 1999, n° spécial, juillet-août 1999 ;

Sénat *Sécurité juridique et action publique locale*, colloque du 29 avril 1999.

Annexe n° 5

Éléments statistiques

Source : Ministère de la justice,
Direction des affaires criminelles et des grâces

Mise en cause d'élus locaux pour des infractions non-intentionnelles

Décisions au fond prononcées de mai 1995 à avril 1999	48
dont :	
Condamnations	14
dont (certaines condamnations cumulent plusieurs infractions) :	
homicides involontaires.....	10
blessures involontaires.....	2
infractions au droit de l'environnement.....	5
Classement sans suite	5
Non-lieu ou relaxe	19
Sens de la décision non précisé	10

Mis en examen au 1 ^{er} avril 1999	54
---	----

Condamnations prononcées pour atteinte à l'égalité des candidats dans les marchés publics (*article 432-14 du Code pénal*)

1994	1995	1996	1997
0	3	7	12

... suite ...
Eléments statistiques

Source : Ministère de l'intérieur
 Direction des libertés publiques et des affaires juridiques
 Sous-direction du contentieux et des affaires juridiques

**Statistiques des poursuites engagées
 contre des fonctionnaires relevant du Ministère de l'intérieur
 (hors police nationale)
 auxquels la protection de l'Etat a été accordée
 (du 1^{er} janvier 1992 au 31 juillet 1999)**

Chefs de poursuites	Nombre de mis en cause			Procédures terminées			Procédures en cours		
	MEE (1)	CD (2)	TOTAL	MEE (1)	CD (2)	TOTAL	MEE (1)	CD (2)	TOTAL
1. Délits d'imprudence	12	1	13	12	1	13	--	--	--
2. Atteintes à la personnalité	5	4	9	1	4	5	4	--	4
3. Atteintes à l'administration publique par personne exerçant une fonction publique	3	12	15	2	9	11	1	3	4
4. Atteintes à la confiance publique	11	5	16	9	2	11	2	3	5
5. Divers autres chefs de poursuites	4	8	12	--	8	8	4	--	4
	35	30	65	24	24	48	11	6	17

(1) MEE : personne mise en examen

(2) CD : personne faisant l'objet d'une citation directe.

... suite ...
Éléments statistiques

Source : Ministère de l'intérieur
Direction des libertés publiques et des affaires juridiques
Sous-direction du contentieux et des affaires juridiques

Statistiques des poursuites engagées
Ventilation en fonction du corps ou groupe d'appartenance
et du mode de poursuites

Corps ou groupe de fonctionnaires concernés	Nombre de mis en cause			Procédures Terminées			Procédures en cours		
	MEE (1)	CD (2)	TOTAL	MEE (1)	CD (2)	TOTAL	MEE (1)	CD (2)	TOTAL
Préfets	12	15	27	7	14	21	5	1	6
Sous-préfets	5	5	10	4	4	8	1	1	2
Cadre national des préfectures	13	8	21	12	5	17	1	3	4
Administration centrale	5	2	7	1	1	2	4	1	5
	35	30	65	24	24	48	11	6	17

(1) MEE : personne mise en examen

(2) CD : personne faisant l'objet d'une citation directe.

... suite ...

Éléments statistiques

Source : Ministère de l'intérieur
 Direction des libertés publiques et des affaires juridiques
 Sous-direction du contentieux et des affaires juridiques

Bilan des poursuites engagées - Ventilation en fonction du sens de la décision juridictionnelle rendue et du corps ou du groupe d'appartenance

Corps ou groupes concernés	Nombre de mis en cause concernés			Décisions de désistement d'irrecevabilité ou de nullité			D N E O C N I D - S E L I O E N U S	Décisions de relaxe			Décisions de condamnation		
	MEE (1)	CD (2)	T O T A L	MEE (1)	CD (2)	T O T A L		MEE (1)	MEE (1)	CD (2)	T O T A L	MEE (1)	CD (2)
Préfets	7	14	21	--	5	5	4	3	9	12	--	--	--
Sous-préfets	4	4	8	--	2	2	3	--	2	2	1	--	1
Cadre national des préfectures	12	5	17	1	1	2	9	2	4	6	--	--	--
Administratio n centrale	1	1	2	--	1	1	--	--	--	--	1	--	1
Total	24	24	48	1	9	10	16	5	15	20	2	--	2

(1) MEE : personne mise en examen

(2) CD : personne faisant l'objet d'une citation directe.

Annexe n° 6

Éléments de droit comparé

(Etude réalisée à partir de notes
du Service des affaires européennes et internationales
du Ministère de la justice et des magistrats de liaison
en fonction à l'étranger)

I. ALLEMAGNE.

1°) Infractions spécifiques aux décideurs publics.

En droit allemand, la section 29 du Code pénal prévoit des infractions spéciales pour les décideurs publics s'agissant des marchés publics (corruption, atteinte au secret professionnel, art. 331-358 du Code pénal).

La responsabilité pénale de droit commun est applicable aux décideurs publics. Le Code pénal prévoit des infractions spécifiques applicables aux dépositaires de l'autorité publique, en fonction de l'activité exercée, comme le déni de justice s'agissant des juges, ou les coups et blessures volontaires aggravés s'agissant des policiers.

2°) Pas d'infractions pénales particulières en cas de négligence.

En revanche, le Code pénal allemand ne prévoit pas d'infractions pénales spécifiques applicables aux décideurs publics en cas de négligence ou d'omission de prendre une réglementation adéquate. Dans cette hypothèse, l'agent public pourra être poursuivi des chefs de blessures involontaires ou d'homicide par imprudence selon le droit commun, sans que le Code pénal prévoie de circonstances aggravantes à raison de la qualité de la personne poursuivie. Le choix de la peine et son quantum résultent cependant de la qualité de dépositaire de l'autorité publique : en effet, les juridictions ne manquent pas de relever, dans la motivation de leur décision, la qualité de décideur public ou de dépositaire de l'autorité publique (*der Amtsträger*) pour aggraver, le cas échéant, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, la sanction pénale selon le principe de la personnalisation des peines à raison de la fonction exercée par la personne mise en cause (*die Strafzumessung*). Ainsi, même en

l'absence de texte spécifique, la jurisprudence réserve un traitement spécifique plus sévère aux décideurs publics.

L'hypothèse selon laquelle un décideur public pourrait être poursuivi pénalement pour négligence en omettant de prendre une réglementation en vertu des dispositions prévues par le droit de l'environnement ou d'autres droits sectoriels n'a pu être vérifiée. Il convient de ne pas l'écarter, eu égard à la philosophie du système allemand qui prévoit des infractions liées aux missions exercées par les décideurs publics.

3°) Pas de responsabilité pénale des personnes morales.

La question de la responsabilité pénale des personnes morales fait actuellement l'objet de réflexions en Allemagne. Une réforme pourrait être envisagée afin d'attirer les personnes morales devant les juridictions et non pas seulement leurs dirigeants.

A l'heure actuelle, une telle mise en cause n'est pas possible, mais cette situation est ressentie à certains égards comme un vide juridique.

4°) Deux exemples :

Une décision de la Cour de cassation de 1992 a condamné un maire pour des faits de 1980 dans une affaire de pollution d'un cours d'eau. Dans ce dossier, le maire a été poursuivi pour n'avoir pas pris la réglementation adéquate visant à éviter la pollution chimique résultant de l'implantation de l'usine sur le territoire de la commune.

En revanche, en ce qui concerne le déraillement du train à grande vitesse qui s'est produit en Allemagne en 1998, il ne semble pas que des décideurs publics aient été poursuivis pour négligence ou omission, la *Bundesbahn* étant une entreprise privée. L'enquête, toujours en cours, s'efforce de faire la lumière sur les aspects techniques de ce dossier, eu égard aux normes de sécurité : à ce stade, les mises en cause ne viseraient aucun personnel politique ou décideur public.

II. ESPAGNE.

1°) Il n'existe pas en Espagne de privilèges de juridiction applicable aux élus ou autres décideurs publics qui sont donc tous passibles de poursuites selon les formes procédurales normales sur la base des infractions du Code pénal espagnol.

2°) Les **infractions d'imprudence** peuvent être reprochées notamment aux maires, comme par exemple l'homicide involontaire, *celui qui par imprudence grave aura causé la mort d'autrui sera puni comme coupable d'homicide par imprudence d'une peine de un an à quatre ans de prison* (art. 142 du Code pénal), des destructions par imprudence (art. 347), dommages par imprudence (art. 267), blessures involontaires (art. 147 § 152), ou des infractions contre l'environnement (art. 325), etc...

3°) Par ailleurs **certaines dispositions pénales visent expressément les autorités et fonctionnaires publics pour certaines infractions**. L'article 24-1 du Code pénal espagnol définit l'autorité comme la personne qui, à titre personnel ou comme membre d'une corporation d'un tribunal ou d'un organe collégial, a un pouvoir délégué ou exerce une compétence propre. En particulier sont autorité les membres des parlements régionaux, national ou européen. Est fonctionnaire public toute personne qui en vertu d'une loi qui l'habilite, d'une élection ou d'une nomination participe à l'exercice des fonctions publiques (art. 24-2) et en particulier celui qui remplit une fonction visant à l'intérêt général à travers l'administration centrale, régionale, provinciale ou municipale.

Ces infractions spéciales visent en général des agissements actifs frauduleux de ces fonctionnaires publics ou autorités, en matière de corruption, d'urbanisme, de divulgation d'informations, etc...

4°) Les plaintes dirigées contre des élus ou autres décideurs publics sont assez nombreuses en Espagne du fait de la caractéristique procédurale de **l'action populaire** qui est le droit constitutionnel de tout citoyen de mettre en mouvement l'action publique (art. 125 de la Constitution espagnole et 101 de la loi de procédure pénale) qu'il ait été ou non personnellement victime des faits qu'il dénonce (art. 270 de la loi de procédure pénale), par une plainte déposée devant le juge d'instruction compétent territorialement. Cette possibilité procédurale est très largement utilisée.

III. ROYAUME-UNI.

1°) Le principe de l'immunité de l'Etat et ses limites : la responsabilité pénale des personnes morales et de leurs dirigeants.

Les poursuites pénales étant introduites au nom du Souverain, l'immunité s'étant à la Couronne. Ainsi les ministères, considérés comme des émanations du Souverain, jouissent d'une immunité. En revanche, les

fonctionnaires des administrations publiques peuvent être poursuivis s'ils commettent des infractions dans l'exercice de leurs fonctions.

Cependant, l'équivalent de nos établissements publics de l'Etat, comme *British Rail* ou le *National Coal Board*, peuvent faire l'objet de poursuites pénales au même titre que toute autre personne morale, en la personne de leurs dirigeants.

La responsabilité pénale des personnes morales a été progressivement admise dès le milieu du XIX^e siècle par les tribunaux dans les cas où des lois spécifiques imposaient un devoir positif d'agir à des personnes désignées un employeur, un propriétaire et prévoyaient des peines d'amende en cas de manquement à cette obligation. L'évolution ultérieure résulte de **la théorie de l'identification** : en vertu de ce principe, les décisions prises par certains dirigeants ou décideurs sont assimilés à des actes de la personne morale elle-même.

Ainsi, toute personne morale peut-être pénalement responsable d'une infraction. C'est sur ce fondement que des poursuites ont été engagées pour *manslaughter* (homicide involontaire) à l'encontre de la société *P & O* à la suite de la catastrophe de Zeebrugge en 1986. Dans cette affaire, l'absence de preuves de *recklessness* (légèreté et négligence) imputables à la société ont conduit à l'abandon des poursuites pénales.

En règle générale, quand une personne morale est jugée responsable pénalement en vertu de la théorie de l'identification, le dirigeant auquel la personne morale est identifiée est lui-même responsable pénalement.

2°) La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des élus et des agents publics se pose toutefois de manière très différente par rapport à la France :

Les élus locaux ne sont généralement pas chargés de fonctions exécutives. La plupart des décisions sont prises collégalement. Il existe des conseils, commissions, etc... différents pour divers domaines d'intervention : police, enseignement...

En droit anglais, l'action publique et l'action civile sont entièrement séparées. L'une ne met pas l'autre en mouvement. Une juridiction saisie d'une affaire pénale ne peut statuer sur les intérêts civils : un autre procès est nécessaire, devant une autre juridiction.

La responsabilité pénale des élus locaux et des agents publics ne paraît pas susciter en Angleterre de polémique ni même de débat. La matière est d'ailleurs absente des revues et des manuels de droit pénal et de droit public relatifs aux collectivités locales. En fait, c'est devant les juridictions civiles, et non pénales, que la plupart des problèmes seront évoqués et résolus.

3°) Les infractions commises par négligence ou imprudence.

Le droit anglais connaît de nombreuses infractions pénales commises par négligence ou imprudence.

Les agents publics sont responsables pénalement de leurs actes : non seulement de ceux qu'ils ont commis en dehors de leurs fonctions, mais aussi de ceux qu'ils ont pu commettre dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de celles-ci. En effet, il n'y a pas de protection particulière des élus ou de l'administration.

Toutefois, la jurisprudence considère que la négligence d'un dirigeant d'une personne morale, et cela vaut pour une collectivité locale, ne peut résulter que du manque de surveillance de la personne chargée d'accomplir une tâche et qu'en principe, un dirigeant n'est pas tenu de contrôler un subordonné expérimenté.

IV. PAYS-BAS.

En vertu de l'article 51 du Code pénal néerlandais, les personnes morales et les personnes physiques peuvent être pénalement poursuivies ainsi que les dirigeants de ces personnes morales.

1°) Exclusion de la responsabilité de l'Etat.

Ce texte général ne paraît exclure aucune personne. Toutefois, la Cour de cassation a posé comme principe que l'Etat, c'est-à-dire le gouvernement central, jouit d'une immunité contre les poursuites pénales. La Cour suprême estime que pour les actes d'Etat, les ministres et plus généralement leurs adjoints ne peuvent être pénalement poursuivis et qu'ils ne sont responsables que devant le Parlement.

Les décisions de la Cour suprême dans ce domaine ne sont pas dépourvues d'ambiguïté ; en effet, elle n'a pas donné les raisons du régime juridique différent appliqué aux provinces et municipalités. Elle n'a pas davantage expliqué pourquoi l'Etat peut être tenu pour responsable en vertu de la loi civile et de la loi administrative et non pas en vertu de la loi pénale.

La position de la Cour suprême a fait l'objet de nombreuses critiques et le Code pénal pourrait être modifié pour limiter l'immunité dont bénéficie l'Etat.

2°) Modalités de la responsabilité des collectivités locales.

L'immunité d'organismes publics autres que l'Etat, comme les provinces et les municipalités, est d'une portée plus limitée. Il est, en effet, impossible de les poursuivre lorsqu'ils interviennent dans l'exécution d'une obligation publique en vertu de leur statut. Par exemple, en vertu de l'article 154 de la loi sur les provinces, leur incombe l'obligation de diriger tous les travaux concernant l'eau. Elles peuvent confier ces travaux à des districts mais elles peuvent également réaliser elles-mêmes certains de ces travaux. Si pour ce faire, elles devaient par exemple brûler des plantes, elles ne pourraient être poursuivies pour atteinte à l'environnement.

Dans une affaire concernant l'éventuelle responsabilité pénale d'une communauté urbaine, la Cour suprême a posé comme principe que la responsabilité pénale de cette communauté urbaine ne pouvait pas être recherchée dès lors qu'elle avait agi dans le cadre de sa mission de service public. Une première décision de la Cour suprême avait également écarté la responsabilité pénale d'un fonctionnaire travaillant au sein de cette communauté urbaine au motif que les actes accomplis par le fonctionnaire étaient liés à la vie et au fonctionnement de la communauté.

En revanche, il n'y a pas d'obstacles aux poursuites lorsque la personne publique intervient comme une personne privée en accomplissant des actes de nature privée, par exemple la vente ou l'achat d'un terrain.

3°) Responsabilité des élus et des agents publics.

Bien qu'aucun texte n'exclut cette possibilité, aucun homme politique n'a été poursuivi pénalement aux Pays-Bas, sauf dans l'hypothèse d'infractions volontaires (faux en écriture publique, trafic d'influence). Dans l'hypothèse où un élu commettrait une infraction d'imprudence dans le cadre de sa mission, l'intéressé serait sans doute amené à démissionner mais il ne serait pas pénalement poursuivi : seule sa responsabilité politique serait mise en cause.

En toute hypothèse, cette conclusion résulte de la situation passée et présente aux Pays-Bas. Ce propos est, par ailleurs, illustré par la suite donnée au rapport de l'enquête parlementaire menée après le grave accident d'avion de la compagnie EL AL, qui s'est écrasé, le 4 octobre 1992, sur un quartier populaire d'Amsterdam : le rapport de la Commission parlementaire n'identifie pas les causes des problèmes mis en exergue depuis cet accident, notamment la multiplication des problèmes de santé des habitants du quartier et des sauveteurs. Bien que la Commission n'ait

pas apporté de réponse à des questions pourtant essentielles, son rapport aura sans doute des conséquences, le comportement de certains ministres étant stigmatisé : il leur est notamment reproché d'avoir eu une attitude passive, d'avoir mal informé le Parlement ou de ne pas avoir pris au sérieux les plaintes de malades. Si certains évoquent une éventuelle crise politique, d'autres voix se sont élevées pour que la responsabilité pénale des ministres concernés soit mise en cause.

En outre, la responsabilité civile des décideurs publics peut être recherchée. En vertu de l'article 162 du livre VI du Code civil, toute personne sans exclusion peut être reconnue civilement responsable. L'action initiée par une éventuelle victime d'une négligence ou d'une imprudence sera fondée sur les dispositions du Code civil et la réparation du préjudice se résoudra bien évidemment en l'octroi de dommages-intérêts. C'est ainsi que récemment des provinces ont pu être amenées à réparer le préjudice subi par des automobilistes victimes d'accidents consécutifs à la pose d'un nouveau revêtement glissant sur les routes. On constate que ce sont les provinces et non les commissaires de la Reine dirigeant les provinces, qui ont été condamnées.
