

COVID19 - LE VOLET PENAL

En droit pénal on ne peut être poursuivi que pour une infraction prévue et définie par un texte existant au jour de l'infraction. Pour mettre en cause la responsabilité pénale de quelqu'un, il faut préciser quel texte prévoit l'infraction en cause et examiner les conditions d'application du texte par une analyse stricte de sa rédaction. On parle des "éléments constitutifs de l'infraction", qui traditionnellement se décomposent en élément intentionnel et éléments matériels.

Un exemple simple aidera les néophytes (désolé pour ce petit développement, un vieux réflexe d'enseignant) à comprendre l'importance (qui peut être une difficulté) de ce qu'on appelle la "qualification" des faits, c'est-à-dire leur rattachement à une infraction pénale précise prévue par un texte du code pénal, qui doit exister, bien entendu, avant l'infraction (non rétroactivité).

L'article 311-1 du code pénal nous dit " Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui". C'est un article simple qui pose 2 conditions : il faut qu'il y ait "soustraction" et qu'elle soit frauduleuse. La notion de "chose d'autrui" constitue une condition supplémentaire (celui qui reprend de force un objet lui appartenant et qui lui avait été dérobé ne remplirait pas cette 3ème condition constitutive du vol (mais pourrait, selon les circonstances et, dans certains, cas relever d'un autre article du code).

Conséquence de la première condition : celui qui refuse de restituer un objet que quelqu'un lui a remis ne commet pas l'infraction de vol puisque cet objet lui a été remis volontairement par son propriétaire¹. Il pourra peut-être relever de l'article 314-1 qui sanctionne une autre infraction : " L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé".

Si, pour se faire remettre une chose volontairement par son propriétaire quelqu'un a usé de manœuvres, mensonges etc... il relève de l'article 313-1 visant l'escroquerie : "L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge"..

¹ il n'a pas "soustrait" la chose

Revenons au Covid19.

La possibilité de poursuivre pénalement les personnes responsables, directement ou indirectement, des conséquences de la pandémie du Covid19 (autorités publiques nationales ou territoriales, élus ou appartenant à l'administration) dépend donc de la possibilité de démontrer qu'elles réunissent les éléments constitutifs d'une ou plusieurs infractions prévues par un article précis du code pénal.

On a vu (ci-avant) que la réalisation d'une infraction pénale suppose, en principe, un élément intentionnel. Ce principe exclut de sanctionner celui qui cause le décès d'une personne sans qu'on puisse lui reprocher la moindre imprudence, la moindre légèreté de comportement.

Voyons l'articulation des textes qui permettront de mettre en cause pénalement certains responsables des conséquences de la pandémie.

Le premier alinéa de l'article 121-3 du code pénal dispose " Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre²."

C'est le rappel du principe d'intentionnalité évoqué ci-dessus.

Mais selon le deuxième alinéa du même article " Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui."

L'article 221-6 aggrave la qualification et la peine si l'infraction a causé la mort : "Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

² Petite précision terminologique : le droit pénal distingue 3 catégories d'infractions de la moins grave à la plus grave : la "contravention" (à ne pas confondre avec le PV la constatant établi par un service de police) le "délit" et le "crime". La contravention est la moins grave des infractions. Elle est classée en 5 catégories, de la moins grave (contravention de 1ère classe), à la plus grave (contravention de 5ème classe). Exemples de contravention : menace de dégradation, dégradation légère d'un bien, *violences légères*. Le délit est une infraction de gravité moyenne, entre la contravention et le crime. Exemples de délit : *vol*, abus de biens sociaux, *discrimination*, *harcèlement moral*, *attouchements sexuels*, homicide involontaire. Le crime est l'infraction la plus grave. Exemples de crime : meurtre, viol.

C'est donc seulement quand une loi l'a prévu qu'une infraction pénale est constituée sans que son auteur ait eu véritablement l'intention de la commettre.

L'article 223-1 dispose que " Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Le 3ème alinéa de l'article 121-3 prévoit un autre cas d'infraction sans véritable intention de la commettre : "Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas 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".

Le 4ème alinéa du même article enfonce le clou : " Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer."

Ces dispositions s'appliquent évidemment également aux élus.

L'engagement de la responsabilité pénale des élus suppose en effet le constat :

- soit d'une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement;
- soit d'une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité ne pouvant être ignorée.

Pour apprécier la gravité de la faute, le juge pénal examine si l'élu a 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 » (articles 121-3 du code pénal, L.2123-34 du CGCT³, L.3123-28 du CGCT, L.4135-28 du CGCT).

Pour déterminer l'existence d'une faute caractérisée, la Cour de Cassation examine le degré de connaissance du risque par l'élu .

Le juge pénal apprécie *in concreto* si le maire a accompli les diligences normales, le degré de gravité de la faute et son lien avec le dommage.

On le voit, ces infractions peuvent être le fait de personnes qui, quel que soit leur statut (élu ou fonctionnaire), peuvent être poursuivies pour manquement grave à leurs obligations de prudence ou de sécurité. Un élu local n'y échapperait que s'il était établi qu'il a exécuté un ordre du préfet auquel il ne pouvait échapper (à supposer, au moins, qu'il ait alerté avant exécution).

Et n'oublions pas les dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale selon lequel "Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs".

Même agissant dans une ligne hiérarchique, un élu ou un fonctionnaire a l'obligation, en vertu de ces dispositions, d'informer le procureur".

Enfin, l'article 223-7 du Code pénal punit de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende "Quiconque s'abstient volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant, sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes".

Une pandémie est évidemment un "sinistre" au sens de cet article 223-7.

Les plaintes contre l'exécutif, les responsables politiques ou encore contre X se multiplient pour dénoncer la gestion de la crise du coronavirus. Parmi le nombre croissant de plaintes qui vise les ministres, certaines sont issues de particuliers, d'autres de syndicats, de membres du corps médical. Elles visent Christophe Castaner, Agnès Buzyn, Edouard Philippe, Muriel Pénicaud et Olivier Veran, le ministre de la santé.

³ Code général des collectivités territoriales

Mais les ministres bénéficient d'un privilège de juridiction : La Cour de justice de la République, créée en 1993, est la juridiction française d'exception compétente pour juger les crimes ou délits commis par les membres du gouvernement (y compris le président de la république) dans l'exercice de leurs fonctions (le principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir exécutif par rapport au pouvoir judiciaire sert de justification à cette juridiction d'exception).

Le statut de la Cour de justice de la République et ses attributions sont fixés par la Constitution ; la Cour de justice de la République comprend quinze juges dans sa formation de jugement : douze parlementaires (dont six députés et six sénateurs) et trois magistrats du siège de la Cour de cassation, dont l'un est président de la Cour. Les parlementaires sont élus par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées. Les magistrats sont élus par la Cour de cassation.

La Cour de justice de la République est régulièrement critiquée pour son manque de célérité, son indulgence et sa complaisance envers les anciens ministres. Elle oblige parfois à un découpage d'une même affaire quand des proches de ministres doivent être jugés (« volet ministériel » et « volet non-ministériel »). Certains anciens membres de la commission Vedel (constitutionnaliste ayant été un des initiateurs de cette Cour) ont reconnu que la création de cette Cour était une erreur.

Cette cour a été créée parce que la Haute Cour de justice - qui prévoyait que les membres du gouvernement soient jugés par le Parlement - avait refusé en 1983 de juger l'affaire du sang contaminé, suscitant un tollé. Cette Cour juge Premier ministre, ministres et secrétaires d'Etat, seulement pour les crimes et délits commis «dans l'exercice de leurs fonctions».

Depuis sa création, la juridiction a jugé sept membres du gouvernement. Quatre ont été condamnés à des peines légères, voire dispensés de peine. Le premier procès, en 1999, a porté sur l'affaire du sang contaminé. L'ancien Premier ministre Laurent Fabius et l'ancienne ministre des Affaires sociales Georgina Dufoix ont été relaxés. L'ancien secrétaire d'Etat à la Santé, Edmond Hervé, a été condamné mais dispensé de peine. En décembre dernier, la Cour de Justice de la République a condamné Christine Lagarde pour «négligence» dans l'affaire Tapie, mais l'a dispensée de peine, une décision très critiquée.

Edouard Balladur sera bientôt jugé devant la Cour de justice de la République pour les soupçons de financement occulte de sa campagne présidentielle de 1995 dans l'affaire dite « de Karachi ». Edouard Balladur s'était pourvu en cassation contre son renvoi pour « *complicité d'abus de biens sociaux* » et « *recel* » de ces délits dans le volet financier gouvernemental de cette affaire. Son ex-ministre de la défense, François Léotard, qui doit lui aussi être jugé pour « *complicité d'abus de biens sociaux* », n'avait pas formé de pourvoi.

On comprend la "panique" qui s'installe peu à peu dans les rangs de divers responsables et l'inquiétude des maires qui ont l'impression que le gouvernement leur passe la "patate chaude" du déconfinement, s'agissant surtout des écoles, sous prétexte de les laisser apprécier, au plus près du terrain, les possibilités de leur reprise d'activité. C'est une manoeuvre astucieuse des membres de l'exécutif pour s'exonérer partiellement de leurs responsabilités dans cette phase de déconfinement. Le président de la république a décidément retrouvé l'adresse des maires de France.

S'agissant des employeurs :

Les syndicats ont déposé plainte sur le fondement de la mise en danger de la vie d'autrui (article -1 du code pénal), estimant que les employeurs ont exposé leurs salariés à un risque de contracter le Covid-19 en leur imposant de continuer à se rendre sur leur lieu de travail. Mais pour que cette infraction soit caractérisée, il faudra démontrer que l'employeur a violé de manière délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement exposant ainsi directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures.

Il n'existe à ce jour aucune disposition légale ou réglementaire qui imposerait à l'employeur une obligation précise liée au Covid-19, mais le décret du 23 mars 2020 prescrit des mesures pour faire face à l'épidémie, dont le respect des gestes « *barrières* » comprenant des mesures d'hygiène et de distanciation sociale.

Il pourrait leur être rétorqué que s'agissant de mesures générales, non détaillées et susceptibles d'évoluer en fonction des progrès de la science et de la médecine, le juge ne serait pas en mesure d'apprécier à quel moment le dirigeant s'est éloigné de manière manifestement délibérée de ces obligations⁴.

⁴ et les notes diffusées aux employeurs par le ministère du travail en application de ce texte, sans portée normative, ne pourraient servir de fondement aux poursuites.

Un salarié atteint par le Covid19 pourrait vouloir porter plainte en se fondant sur les "blessures involontaire" procédant d'une faute de mise en danger délibérée causant une ITT (interruption temporaire de travail) inférieure ou égale à 3 mois (Art. 222-20 Code pénal). En cas de décès, ses ayants droits pourraient agir sur le fondement de l'homicide involontaire (Art. 221-6 Code pénal). Mais il se pose dans ce type d'action un problème de preuve (difficulté pour le salarié de rapporter la preuve qu'il a contracté la maladie sur son lieu de travail).

Par ailleurs, la législation du travail (on n'est plus dans le domaine pénal) met à la charge de l'employeur une obligation de sécurité.

L'article L 4121-1 du code du travail stipule, en effet, que :

L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ces mesures comprennent :

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels ;
- 2° Des actions d'information et de formation ;
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

L'article L 4121-2 précise :

L'employeur met en oeuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :

- 1° Eviter les risques ;
- 2° Evaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
- 3° Combattre les risques à la source ;
- 4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;
- 5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;

6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;

7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 1152-1 ;

8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;

9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs.

Cette obligation de sécurité est évolutive et l'employeur précise son action dans le document unique d'évaluation des risques qu'en application de l'article R 4121-1 du code du travail, l'employeur doit tenir à jour. Dans les établissements dotés d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ce document est utilisé pour l'établissement obligatoire du rapport et du programme de prévention des risques professionnels annuels

S'agissant des fonctionnaires :

L'article 121-3 du code pénal s'applique aux fonctionnaires dès lors que l'auteur n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses fonctions, compétences et moyens. L'article 11 bis du statut général de la fonction publique ajoute que les difficultés propres aux missions confiées doivent être prises en compte.

Par ailleurs, s'applique au fonctionnaire l'obligation posée par l'article 40 du code de procédure pénale, de dénoncer les délits dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions en les portant à la connaissance du procureur directement (et pas par la voie hiérarchique !).

Les discussions en cours au Parlement concernant la responsabilité pénale des maires :

L'actualité la plus récente, au Parlement, a marqué l'inquiétude des maires et suscité des propositions de texte aménageant les conditions de mise en oeuvre de leur responsabilité pénale.

Devant l'inquiétude des intéressés, certains parlementaires ont, en effet, déposé une proposition de loi pour "protéger" les maires en cas de contamination dans les écoles", afin que la responsabilité civile ou pénale des élus ne puisse être engagée qu'en cas de "moyens" suffisants et de "faute caractérisée" commise "de façon manifestement délibérée". Le sénateur LR Philippe Bas, rapporteur du projet de loi au Sénat, a également déposé un amendement prévoyant trois cas de responsabilités : "la faute intentionnelle, la faute par imprudence ou négligence pour ceux investis des prérogatives prévues par le code de la santé publique en matière d'état d'urgence sanitaire, la violation manifestement délibérée des mesures spécifiques prises sur le fondement de l'état d'urgence ou prévues par la loi ou le règlement".

Le premier ministre s'est déclaré défavorable à une disposition de ce type. Selon lui, revenir seulement sur la responsabilité des maires serait injuste vis-à-vis des autres décideurs publics et privés. "Un maire qui ouvre une crèche, un président d'intercommunalité qui organise les transports en commun, un préfet qui autorise la reprise d'un marché, un chef d'entreprise qui rouvre un chantier ne sont pas dans des situations fondamentalement différentes". Le Parlement tranchera, mais si un texte intervient il restera dans l'esprit des amendements proposés : responsabilité des maires seulement s'ils n'ont pas mis en oeuvre les moyens dont ils disposaient (l'utilité d'un texte spécifique n'est pas évidente, on ne s'éloigne pas de l'esprit du droit pénal positif).