

L'illusion du risque nul

**Illusion du risque nul,
pénalisation croissante
de l'activité économique
feront-elles le lit
de l'abstention
et de l'inertie ?**

par Jacques Baillet
*Procureur de la République
adjoind au tribunal
de grande Instance de Marseille*

L'intitulé non juridique de cet exposé relève du truisme mais n'est pas, pour autant, exempt de risques dès lors qu'il convient, en fait, de démontrer le caractère illusoire de l'inexistence d'une réalité. Autant dire que poser la question est une manière d'y répondre. Un rappel étymologique n'est, dès lors, pas superflu.

Le mot « illusion » doit être ici entendu au sens d'une opinion fautive, d'une croyance erronée qui abuse l'esprit par son caractère séduisant (chimère, leurre, utopie). Buffon nous a ainsi enseigné que la croyance au sens de la vie est la plus illusoire.

Le mot « risque » doit être appréhendé au sens juridique, c'est-à-dire comme l'éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage.

L'adjectif « nul » doit s'apprécier au sens qualificatif, à savoir qui est sans existence et se réduit à rien (Le Petit Robert).

Notre époque ponctuée de catastrophes, technologiques ou autres, nous rappelle que toute activité humaine porte en elle un risque dont la réalisation est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur ou celle de celui pour le compte de qui elle a été conduite. L'état actuel du droit pénal ne connaît pas la notion de risque admissible et les juridictions jugent sur le fondement du risque nul, en fait illusoire. Dès lors, c'est sous l'angle et le préalable délégué de sa réalité que le risque sera appréhendé.

La réalité du risque inhérent à l'activité humaine

L'intervention du législateur encadre la responsabilité pénale consécutive à la réalisation d'un risque

- La loi du 13 mai 1996 (n° 96-393) a modifié le contenu de l'art. 121-3 du code pénal

Point de crime sans intention de le commettre

Cet article pose explicitement le principe de l'exigence d'un élément moral dans la constitution des infractions, principe non écrit dans l'ancien code pénal. Les nouvelles dispositions pénales ont pour origine une proposition de loi sénatoriale dont le but était de limiter, au regard du droit commun, les conditions de mise en

Cette illusion du risque nul a été entretenue par l'industrialisation intensive au XIX^e siècle et par la confiance totale dans l'infailibilité de la technique. L'exemple le plus emblématique, le plus tragique, mais aussi le plus « caricatural »...

œuvre de la responsabilité pénale des élus locaux pour des infractions d'imprudence non délibérées commises dans l'exercice de leurs fonctions. Un certain nombre d'affaires évoquées devant les tribunaux répressifs avaient inquiété les élus locaux et les fonctionnaires d'autorité. L'exemple le plus médiatisé concerne l'effondrement, le 5 mai 1992, de la tribune provisoire érigée sur le stade de football de Furiani à Bastia, qui fit 17 morts et plus de 1 000 blessés.

Le texte de loi finalement adopté a introduit dans l'article 121-3 du code pénal l'alinéa 3 suivant : « 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 ».

Cette disposition, de portée générale, ne réserve pas un sort particulier aux élus et aux fonctionnaires et s'applique aux décideurs publics et privés (parmi lesquels les responsables d'entreprises) ainsi qu'aux personnes dépourvues de tout pouvoir de décision. Cet alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal illustre à l'envi l'évidence du risque inhérent à l'activité humaine en général et à l'activité économique en particulier. Pourtant, cette illusion du risque nul a été entretenue par l'industrialisation intensive au XIX^e siècle et par la confiance totale, encore au début de ce siècle, dans l'infailibilité de la

technique, symbolisant la maîtrise de l'homme sur la matière. Cette culture de l'infailibilité tenait au fait qu'on ne se préoccupait pas de la maîtrise de l'homme par lui-même.

L'exemple le plus emblématique, le plus tragique, mais aussi le plus « caricatural » à cet égard est, sans nul doute, le naufrage du Titanic en 1912, considéré alors comme la machine parfaite, insubmersible.

En effet, interrogé en 1907, Mr E. Smith, futur commandant du Titanic, déclarait : « Quand quelqu'un me demande comment décrire le mieux possible mon expérience de près de quarante ans en mer, je peux pratiquement dire qu'il ne s'est rien passé. Bien sûr, il y a eu des tempêtes, des orages et des brouillards, ou d'autres choses sem-

Cette culture de l'infailibilité tenait au fait qu'on ne se préoccupait pas de la maîtrise de l'homme par lui-même.

...à cet égard est, sans nul doute, le naufrage du Titanic en 1912, considéré alors comme la machine parfaite, insubmersible.
Coupe longitudinale des paquebots Titanic et Olympic de la White Star Line.

blables, mais dans cette expérience, je n'ai jamais été concerné par un accident d'aucune sorte qui vaille la peine qu'on en parle. Je n'ai pas vu un seul navire en détresse au cours de toutes ces années passées en mer... Je n'ai pas vu un seul naufrage et je n'ai pas été naufragé moi-même, pas plus que je me suis retrouvé dans une situation menaçant de tourner en désastre ».

La délinquance non intentionnelle

En édictant qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre, l'alinéa 1^{er} de l'article 121-3 du code pénal place l'intention au centre de la culpabilité. Pourtant, le législateur s'est interrogé sur le traitement qu'il fallait réserver à la délinquance non intentionnelle, en raison de l'émotion soulevée par la recherche croissante de la responsabilité des exécutifs

locaux (maires, préfets...). La commission des lois du Sénat considérait que les juridictions pénales faisaient peser sur les élus une obligation de résultat analogue à celle pesant sur les chefs d'entreprise, sans prise en compte de leurs contraintes spécifiques. Les travaux parlementaires ont abouti à la promulgation de la loi du 13 mai 1996.

L'objectif de la nouvelle définition légale de la faute d'imprudence non délibérée, non intentionnelle, est double :

- ✓ d'une part, affirmer l'unité de la faute pénale d'imprudence non intentionnelle et permettre d'apprécier le comportement humain, même en cas de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements ;
- ✓ d'autre part, inviter les tribunaux à se prononcer *in concreto*,

pour une appréciation plus circonstanciée de la faute, en motivant plus précisément leurs décisions, afin de faciliter le contrôle de la Cour de Cassation.

Les conditions de la subdélégation

La jurisprudence, encore peu abondante, a toutefois donné l'occasion à la Cour de Cassation de modifier sa jurisprudence sur les conditions de la subdélégation. En effet, celle-ci n'a plus besoin d'être expressément autorisée par le chef d'entreprise pour être valable, dès lors que le subdélégué est pourvu de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires (Cass. Crim. n° 94-83.650).

En outre, la circulaire n° 96-17 du 27 août 1996 du ministre de la Justice et l'arrêt rendu le

19 novembre 1996 par la Chambre criminelle (Cass. Crim. n° 95-85.945) rappellent que la loi du 13 mai 1996 n'a pas remis en question l'obligation générale de sécurité pesant sur le chef d'entreprise sous la forme d'une obligation de résultat dont seule la faute exclusive de la victime peut l'exonérer.

Pourtant, il conviendra de suivre avec attention la jurisprudence ultérieure issue de l'article 121-3, alinéa 3 du code pénal. En effet, le législateur a souhaité donner à ce texte une portée générale et ne pas le cantonner aux décideurs publics. Il faut, dès lors, s'interroger sur la portée du texte qui doit être appréciée indistinctement ou de manière distincte à l'égard des chefs d'entreprise et des élus locaux.

Dans le premier cas, la référence aux diligences normales accomplies par l'auteur des faits poursuivis et susceptible de l'exonérer de sa responsabilité pénale imposerait au chef d'entreprise une obligation de moyens ; dans le second cas, le texte de loi lui imposerait une obligation de résultat, mais ne serait pas, en fait, de portée générale puisque s'appliquant « *intuitu personae* » (élus, non élus). En outre, l'accomplissement des diligences normales ne permet pas d'apprécier précisément le niveau de prudence requis pour exonérer un

décideur public ou privé de sa responsabilité pénale.

L'omniprésence du risque

L'évocation de quelques accidents technologiques suffit à attester de l'omniprésence du risque dans toute activité humaine et que la « sécurité intrinsèque » ou absolue n'existe pas.

✓ Accident d'acroléine : au cours d'une période de congés, un salarié est chargé de vider un wagon citerne rempli d'eau. Il y a erreur car le wagon est, en fait, rempli d'acroléine. Le bassin de traitement des eaux étant en réfection, l'acroléine se répand directement dans le cours d'eau voisin, tuant 300 tonnes de poisson.

✓ Lors d'un chargement en acide d'une rame de wagons citernes, un opérateur se trouve en difficulté et appelle l'agent de maîtrise. Ce dernier intervient sans s'équiper des vêtements de protection. Par suite d'une erreur de représentation sur l'état du système à partir des indicateurs, il fait une manœuvre ayant pour effet de projeter des acides qui le blessent. Le port des vêtements de protection aurait provoqué un accident moins grave.

✓ Une équipe intervient, dans la journée, sur un système de compression de gaz muni de valves, sur la plate-forme pétrolière Piper Alpha, en Mer du Nord britannique. A la

relève, l'équipe remplacée fait savoir qu'elle a presque achevé son travail. Or, l'équipe de relève croit que la réparation est terminée et remet l'installation en ordre de marche, alors qu'en réalité une vanne n'a pas été remise en place. Ceci provoque un important dégagement de gaz qui s'enflamme et explose en un gigantesque incendie, causant 156 morts.

Ces trois accidents relèvent d'une erreur de représentation. En effet, on a piloté un système qu'on a cru dans une certaine configuration alors qu'il était dans une autre. Ils trahissent aussi un manque de rigueur dans l'organisation de la passation ou de l'application des consignes. Ils illustrent surtout la prééminence et la permanence du risque attaché à l'activité industrielle en général.

✓ Accident nucléaire de Three Mile Island (Etats-Unis) : suite à un échauffement, les opérateurs actionnent le bouton d'envoi d'eau de refroidissement, mais la température continue de s'élever jusqu'à la fusion du cœur du réacteur. Bien que tous les paramètres indiquent que l'eau de refroidissement n'est pas arrivée dans la cuve, les opérateurs ne se remettent pas en cause et pilotent un système qui ne correspond plus à la réalité.

Pourquoi ? Parce que l'action sur le bouton d'ouverture de la vanne d'eau de refroidissement n'a pas fait ouvrir la dite vanne; l'indication d'ouverture est actionnée par le bouton et non par la vanne elle-même, si bien que la vanne est représentée ouverte sur le panneau, alors qu'elle est en réalité fermée. Il s'agit, ici, d'une erreur de conception du système, d'une erreur de représentation de son état et d'une absence de remise en cause. N'y a-t-il pas eu également un effet inhibiteur ayant pesé sur l'aptitude à gérer un risque de péril imminent ?

✓ L'accident ferroviaire de la gare de l'Est à Paris, du 6 août 1988, a eu les mêmes causes et les mêmes effets.

✓ Vol 36 d'Ariane IV : l'oubli d'un chiffon dans un tuyau est dû à l'absence de procédure de vérification de chaque composant de la fusée avant son installation et signe, ici, un défaut d'organisation ayant pour conséquence la perte du vol.

✓ A une intersection équipée de feux tricolores, un véhicule s'arrête à gauche d'un poids lourd, sans voir les feux tricolores. Le camion démarre car la flèche orange l'autorise à tourner à droite. L'automobiliste s'engage aussi tout droit, croyant le feu passé au vert, selon un acte réflexe consécutif à une erreur de

représentation. Il est percuté par un véhicule venant de la droite, passé au feu vert.

Ces quelques exemples témoignent de l'insinuation du risque dans toutes les situations ou configurations initiées par l'homme.

Le délit de risque causé à autrui visé à l'article 223-1 du code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994

C'est sous l'angle de la multiplication des délits de mise en danger que le risque se révèle en droit pénal. Il faut toutefois cantonner cette notion aux hypothèses délictuelles où la production d'un dommage n'est pas nécessaire et qui se caractérisent, ici encore, par l'absence d'intention de causer un résultat. Le domaine des accidents du travail et de la circulation ont inspiré le législateur pour introduire dans le code pénal le délit de risque causé à autrui (article 223-1 du code pénal).

Deux éléments caractérisent ce délit :

- ✓ d'une part, l'absence d'existence du résultat dommageable ;
- ✓ d'autre part, la prise d'un risque, c'est-à-dire l'exposition directe au danger, la mise en

péril imminent par la violation d'une obligation de prudence.

Tandis que le danger est un état objectif, le risque implique une action liée à la subjectivité de celui qui le prend avec une conscience plus ou moins réelle du danger. En outre, le risque expose autrui au danger, à son corps défendant.

La mise en danger délibérée est, par ailleurs, une circonstance aggravante des délits :

✓ d'homicide involontaire (peine encourue : 5 ans d'emprisonnement, 500 000 F d'amende) ;

Ces quelques exemples témoignent de l'insinuation du risque dans toutes les situations ou configurations initiées par l'homme

✓ de blessures involontaires ayant entraîné une ITT supérieure (peine encourue : 3 ans et 300 000 F d'amende).

Quelques exemples :

- ✓ en matière de circulation routière, l'automobiliste qui roule à vive allure sans respecter plusieurs feux rouges ou qui dépasse, sans visibilité, au sommet d'une côte, sur une ligne continue ;
- ✓ en matière de droit du travail, le pilote saoul au moment du décollage ;
- ✓ en matière médicale, l'absence de précaution d'un professionnel de la santé, lui-même séropositif.

L'exposition constante aux risques multiples de la vie économique et sociale a modifié le rapport de l'homme aux sciences et aux techniques, vecteurs du développement mais aussi de risques. Les catastrophes qui accompagnent ce développement ont imposé une démarche de prévention aujourd'hui reconnue.

Le principe de précaution contre l'insécurité intrinsèque

Les différentes définitions de ce principe, dont celle issue de la loi du 2 février 1995, énoncent que la logique de développement économique et industriel implique des prises de décisions dans des domaines où l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, crée un risque non mesurable pour la collectivité et impose des attitudes prudentielles d'un coût économiquement acceptable. Ce principe vise surtout à prévenir les dommages dont l'amplitude et l'irréversibilité signent l'allure catastrophique. Il vise aussi à atteindre les objectifs de développement des générations présentes sans compromettre ceux des générations sui-

vantes. Il tend à faire prendre conscience de l'irréversible, de l'irréparable et à faire admettre que tout ne peut se réduire à la seule approche économique. Lié à la notion de compatibilité du risque avec celle d'entreprendre, ce principe implique une logique de décision (faire ou ne pas faire) et donc de responsabilité, dans l'action comme dans l'abstention.

Par ailleurs, le développement spectaculaire des techniques d'information a développé dans le grand public une intolérance, non seulement aux accidents, aux incidents, mais aussi aux seuls risques inhérents à l'application de certaines technologies (exemple : centrale nucléaire de Creys-Malville). Cette intolérance peut, toutefois, être induite ou suggérée par le contenu et l'orientation donnés à l'information diffusée.

Le principe de précaution intégré au droit positif a, depuis plus de trente ans, sonné le glas de l'illusion du risque nul. Il est aujourd'hui omniprésent, non seulement dans les domaines industriel, agricole, mais aussi dans celui de la santé. Loin de se réduire, les risques se multiplient et la pénalisation croissante de l'activité économique en est le signe visible.

La pénalisation croissante de l'activité économique ruine l'illusion du risque nul

Sous la forme d'une inflation législative et réglementaire

La multiplication des risques s'accompagne de l'intensification d'une réglementation, nationale ou internationale, qui tend ou qui semble imposer l'exigence, non écrite, d'un risque nul, chimérique et incompatible avec l'action d'entreprendre. Elle consacre également l'émergence d'une littérature concentrée sur la gestion du risque pénal et susceptible d'engendrer, d'initier une dérive contentieuse.

En effet, si la responsabilité des décideurs publics ou privés est de plus en plus recherchée, il en va de même pour celle des personnes morales. En particulier, celle-ci a été retenue à plusieurs reprises pour de nouveaux délits et de nouvelles contraventions (10 lois ou règlements nouveaux en moins de 6 mois) :

✓ loi du 17 juin 1998 sur les armes chimiques ;

- ✓ loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ;
- ✓ loi du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme ;
- ✓ loi du 8 juillet 1998 sur l'élimination des mines antipersonnel ;
- ✓ loi du 8 juillet 1998 sur la protection des acquéreurs d'un droit d'utilisation à temps partagé de biens immobiliers.

En matière contraventionnelle, plusieurs décrets ont encore accentué cette pénalisation de l'activité économique :

- ✓ décrets du 31 mars 1998 relatifs à la consommation en énergie des réfrigérateurs et congélateurs électriques à usage domestique ;
- ✓ décrets du 2 avril 1998 relatifs à l'évaluation de conformité des équipements terminaux de télécommunication et à leurs conditions de raccordement ;
- ✓ décrets du 29 avril 1998 relatifs à la prévention des risques liés à l'amiante à bord des navires ;
- ✓ décrets du 30 juin 1998 relatifs à des fluides frigorigènes et du 20 juillet 1998 relatifs à la prise en compte des exigences liées à l'environnement dans la conception et la fabrication des emballages ;

- ✓ décrets du 30 juillet 1998 sur la distribution des préparations pour nourrissons, la documentation et le matériel de présentation les concernant.

Par ailleurs, un nouveau genre littéraire ambitionne d'analyser les situations à risques et propose de guider élus, fonctionnaires et partenaires privés afin d'exercer leurs compétences de la plus sûre façon, loin des prétoires (exemple : le risque pénal dans la gestion locale – Essais – La Sept).

Cette intensification de la recherche de la responsabilité pénale a conduit la chancellerie et la doctrine à se livrer à une étude quantitative et qualitative des cent premières décisions définitives ayant condamné pénalement des personnes morales (Circulaire Crim. 98-1/F1 du 26 janvier 1998) – *Revue Droit Pénal* - octobre 1998 – Chronique de Albert Maron et Jacques-Henri Robert). Soixante dix-neuf de ces cent décisions ont été rendues par les juridictions parisiennes. Il ressort que la grande majorité des poursuites sont intervenues à l'initiative des parquets et à l'en-

contre de personnes morales de droit privé à but lucratif (92 décisions). Deux de ces poursuites ont été diligentées à l'encontre d'établissements publics. En outre, les juridictions répressives ont été saisies majoritairement, soit sur citation directe, soit par COPJ (convocation par officier de police judiciaire). La quasi-totalité des délits sanctionnés ont été commis dans le cadre du fonctionnement d'entreprises commerciales ou industrielles. Vingt sept personnes morales ont été condamnées pour homicides ou blessures involontaires concernant, dans dix-neuf cas, des accidents du travail. Les textes prévoient des amendes comprises entre 3 000 F pour la plus basse et 500 000 F pour la plus élevée. La moyenne des peines d'amendes prononcées s'élève à 45 300 F, mais à 97 500 F pour les personnes morales de droit public. Les autres sanctions visées à l'article 131-39 du code pénal (interdiction professionnelle, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, dissolution, placement sous surveillance judiciaire, interdiction de faire appel public à l'épargne...) ont été écartées par les juges.

L'étude de ces cent décisions révèle, de la part des juridictions, une grande liberté de création du droit positif au point que la Cour de Cassation a commencé à jouer son rôle de censeur pour cantonner la jurisprudence dans les limites de la loi.

L'étude de ces cent décisions révèle, de la part des juridictions, une grande liberté de création du droit positif, au point que la Cour de Cassation a commencé à jouer son rôle de censeur pour cantonner la jurisprudence dans les limites de la loi. Cette liberté de la pratique prétorienne suggère la réécriture d'un texte de loi dont la lettre illustre l'imprécision.

Cette étude souligne encore une fois l'évidence de l'illusion du risque nul, notamment dans l'activité économique, et n'exclut pas l'apparition d'un autre risque, plus insidieux, celui de l'abstention, de l'inertie.

L'émergence d'un autre risque, celui de l'abstention, de l'inertie

En effet, la recherche croissante de la responsabilité pénale des décideurs publics ou privés est un facteur dissuasif de prise de responsabilité. Un article publié dans un hebdomadaire indiquait qu'environ la moitié des élus (maires...) n'envisageait pas de solliciter le renouvellement de leur mandat. L'exploitation médiatique qui accompagne très souvent la mise en cause des décideurs ou des élus accentue cette réserve vis-à-vis de l'exercice des responsabilités.

En matière d'aléa thérapeutique et de faute médicale, un rapport public du Conseil d'Etat, craignant une dérive contentieuse, demande l'institution d'une indemnisation de solidarité prise en charge par la collectivité, en fonction du dommage subi.

Ainsi, loin de se réduire, les risques se multiplient et changent d'échelle, au point qu'on a parfois le sentiment qu'il n'y aurait plus d'innocence possible dans l'exercice des responsabilités et que la science n'innocente plus, bien au contraire.

Le risque est ainsi devenu le fil d'Ariane, le fil rouge de toute activité, de toute prise de responsabilité. Son omniprésence et son corollaire, la responsabilité, sont inhibiteurs, voire tétanisants, dans l'exercice des responsabilités. L'exemple des Etats-Unis en matière d'aléa thérapeutique est caricatural. De plus en plus nombreux sont ceux qui s'interrogent sur la pertinence de la prise de risques, tant la dimension et l'enjeu économiques du risque ont pris d'importance.

La complexité actuelle de la société fait que l'exercice des responsabilités, avec la prise de risques qu'elle implique, peut paradoxalement relever de l'irresponsabilité. Il faut y

réfléchir car, à défaut, c'est le retrait, l'abstention et donc la remise en cause du développement et de l'avenir.

La pénalisation outrancière de l'activité humaine illustre sa complexité croissante, mais aussi le paradoxe selon lequel plus l'homme contribue à assurer le développement économique et industriel, plus il génère et multiplie les situations de risque, en agissant dans des domaines incertains. Or, le législateur accompagne cette logique de décision d'une inflation pénale qui porte en elle les germes d'une dérive contentieuse et insinue des facteurs inhibiteurs. Le temps n'est plus où, comme l'affirmait Portalis, l'un des rédacteurs du code civil, la vie n'a pas de prix. L'allongement de l'espérance de vie et la logique de pénalisation de tous les compartiments de l'activité humaine développent une culture de l'irréparable que seule la catharsis de la condamnation pénale semble pouvoir apaiser. *Or, le fondement du principe de précaution est précisément, qu'en toutes circonstances, il n'y a pas de risque nul. Le temps est venu pour la doctrine juridique et pour les praticiens du droit de réfléchir à la notion de risque acceptable ou admissible qui n'est rien d'autre que la traduction du principe de précaution.*