



Les atteintes à la probité

Sylvie Voko

► To cite this version:

Sylvie Voko. Les atteintes à la probité. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016. Français.
<NNT : 2016PA01D026>. <tel-01522452>

HAL Id: tel-01522452

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01522452>

Submitted on 15 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS 1 – PANTHÉON SORBONNE
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ
DISCIPLINE : DROIT DES AFFAIRES

Thèse présentée et soutenue par

Sylvie VOKO

Le 8 juillet 2016

LES ATTEINTES À LA PROBITÉ

Thèse dirigée par Madame Haritini MATSOPOULOU

Professeur de droit privé à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris – Sud 11

Directrice de l'Institut d'Etudes Judiciaires

Directrice du Master 2 de Droit pénal et Pratique du droit pénal

MEMBRES DU JURY

Président du Jury : Le Professeur Bernard BOULOC

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Rapporteurs :

Madame Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, HDR à l'Université de Franche-Comté, Responsable du Master 2 Droit Contentieux

Madame Marie-Christine SORDINO, Professeur à l'Université de Montpellier, Directrice du Master 2 Pratiques Pénales

REMERCIEMENTS

Il me tient tout particulièrement à cœur de remercier Madame Haritini MATSOPOULOU pour son soutien, sa présence et ses conseils qui m'ont été précieux tout au long de la rédaction de cette thèse.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE.....	4
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION.....	10
PARTIE 1 : LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS REQUIS PAR LE LÉGISLATEUR	14
<i>TITRE 1 : LES EXIGENCES QUANT AUX PERSONNES</i>	<i>16</i>
CHAPITRE 1 :	
LA QUALITÉ DE L’AUTEUR REQUISE PAR LE LÉGISLATEUR	17
CHAPITRE 2 :	
LA PROTECTION PÉNALE DU DEVOIR DE PROBITÉ	68
<i>TITRE 2 : LES EXIGENCES QUANT AUX COMPORTEMENTS</i>	<i>118</i>
CHAPITRE 1 :	
LES COMPORTEMENTS INCRIMINÉS PAR LE LÉGISLATEUR	119
CHAPITRE 2 :	
L’INTERFÉRENCE DE CERTAINES INFRACTIONS VOISINES.....	148
PARTIE 2 : L’ARSENAL RÉPRESSIF REQUIS PAR LE LÉGISLATEUR.....	179
<i>TITRE 1 : LES MODALITÉS DE LA RÉPRESSION</i>	<i>180</i>
CHAPITRE 1 :	
LES DISPOSITIFS DE PRÉVENTION ET DE SANCTION.....	181
CHAPITRE 2 :	
LA POLITIQUE CRIMINELLE MISE EN PLACE	211
<i>TITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA RÉPRESSION</i>	<i>247</i>
CHAPITRE 1 :	
LES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE DE L’AGENT PUBLIC.....	250
CHAPITRE 2 :	
LES AUTRES RESPONSABILITÉS ENCOURUES	288
CONCLUSION.....	311
BIBLIOGRAPHIE	315
INDEX	327
TABLE DES MATIERES	331
RESUMÉ.....	336
SUMMARY.....	336

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Adm.	Administratif
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif (Dalloz)
AJFP	Actualité Juridique Fonction Publique (Dalloz)
AJPén.	Actualité Juridique Pénale (Dalloz)
AMF	Autorité des Marchés Financiers
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
BCLC	Brigade Centrale de Lutte contre la Corruption
BICC	Bulletin d'Information de la Cour de cassation
BNRDF	Brigade Nationale de Répression de la Délinquance fiscale
BRDFI	Brigade de Répression de la Délinquance Financière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
c/	Contre
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. déont.	Code de déontologie
C. élect.	Code électoral

CE	Conseil d'Etat
CE	Communauté Européenne
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cf.	Confère
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
Ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
C. mon. Fin.	Code monétaire et financier
CNDS	Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité
CNIL	Commission National de l'Informatique et des Libertés
COB	Commission des Opérations de Bourse
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Consid.	Considérant
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Corr.	Correctionnelle
C. pén.	Code pénal

CPP	Code de Procédure Pénale
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CSM	Conseil Supérieur de la Magistrature
CSP	Code de la Santé Publique
CSS	Code de la Sécurité Sociale
DCPJ	Direction Centrale de la Police Judiciaire
DNIFF	Division Nationale d'Investigation Financières net Fiscales
Doctr.	Doctrine
DP	Recueil périodique Dalloz
Dr. pén./DP	Droit pénal
Ed. (éd.)	Edition
ENA	Ecole Nationale d'Administration
ENM	Ecole Nationale de la Magistrature
Fasc.	Fascicule
GAFI	Groupe d'Action Financière
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GRECO	Groupe d'Etats contre la corruption
HATVP	Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique
IACA	Académie internationale de lutte contre la corruption
Ibid.	Au même endroit
I.R. / Info. Rap.	Informations rapides
JAP	Juge de l'application des peines
JCP G	Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition générale
JCP A	Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition administration

JCP E	Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition entreprise
JCP S	Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition sociale
JIRS	Juridictions Inter Régionales Spécialisées
JO	Journal officiel de la République française
Juris. Cl.	Juris-Classeur
Jurispr. /jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MIEM	Mission interministérielle d'enquêtes sur les marchés publics
Min. int.	Ministère de l'Intérieur
Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
n°	Numéro
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCLCIFF	Office Central de la Lutte contre la Corruption et les Infractions financières et fiscales
OLAF	Office européen de la lutte antifraude
ONUDC	Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime
Op.cit.	Dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
LPA	Les Petites Affiches
Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
POS	Plan d'Occupation des Sols
PLU	Plan Local d'UrbanismePOS

Préc.	Ouvrage précité
PUF	Presse universitaire de France
RDP	Revue de droit public
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon)
Rec.CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes
Rép. pénal	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. fr. adm. Publ.	Revue française de l'Administration publique
Rev. Sc. crim.	Revue de science criminelle
RFDA	Revue française de droit administratif
s.	Et suivants
SCPC	Service central de prévention de la corruption
Sect.	Section
Somm.	Sommaires
Spéc.	Spécialement
Sté	Société
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. confl.	Tribunal des conflits
th.	Thèse
TPICE	Tribunal pénal international des communautés européennes
TRACFIN	Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins

V°	Voir
Vol.	Volume
ZAC	Zone d'Aménagement Concerté

INTRODUCTION

1. Du latin *probitas*, la probité est définie comme la « *vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice* »¹.

C'est la qualité de quelqu'un qui observe parfaitement les règles morales, qui respecte scrupuleusement ses devoirs, les règlements.

« *En parlant d'une qualité morale exercée vis-à-vis d'autrui* » la probité signifie « *droiture qui porte à respecter le bien d'autrui, à observer les droits et les devoirs de la justice* ». Elle a pour synonyme les mots « *droiture, honnêteté, incorruptibilité, intégrité* »².

La probité relative aux devoirs envers autrui et aux devoirs de la vie civile, a donc pour synonyme le mot « *intégrité* » auquel s'attache l'idée particulière d'une pureté qui ne se laisse entamer ni corrompre.

« *En parlant d'une qualité morale exercée vis-à-vis de soi-même par rapport à quelque chose* », la probité signifie « *rigueur, exactitude appliquée à serrer la vérité, la justesse au plus près* ». Elle a pour synonyme les mots « *honnêteté, loyauté, rectitude* »³. On parle alors de « *probité d'âme, d'esprit, de la pensée; probité intellectuelle, littéraire* ».

2. S'agissant des atteintes à la probité, le juriste s'en tiendra aux définitions légales et à leurs interprétations jurisprudentielles ; d'autres seraient inévitablement portés à y englober toutes les perversions de la morale.

En effet, la probité définie comme la vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice, a nécessairement un lien avec la morale sociale.

La morale sociale se distingue de la morale religieuse qui conduit à distinguer le bien du mal et à dégager un ensemble de règles de conduite considérées comme absolues. La morale sociale, quant à elle, comprend l'ensemble des habitudes et des valeurs morales qu'une société s'impose pour vivre en harmonie. On parle alors d'opinion publique ou de sentiment général.

¹ Le Petit Robert de la langue française, 2011, p. 2029

² Site Internet du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), Lexicographie, *Probité*

³ Site Internet du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), Lexicographie, *Probité*, précité

3. Dans le cadre de notre étude, de quelle probité s'agit-il ? S'agit-il d'étudier des atteintes à des règles morales, à l'opinion publique ? Ou s'agit-il d'étudier des atteintes à des obligations légales ?

Il convient de dépasser la définition que les moralistes donnent de la probité présentée comme vertu, afin de l'appréhender comme un devoir dont le manquement est pénalement sanctionné.

En effet, « *la probité, en raison de sa nature déontologique, constitue un devoir. [...] Ainsi, il ressort que la probité en tant que devoir déontologique peut être définie comme une règle de conduite d'essence morale faisant l'objet d'une contrainte extérieure et ayant pour finalité de maintenir l'ordre* »⁴.

Le droit pénal français punit les « *manquements au devoir de probité* », communément appelés « *atteintes à la probité* ». Le livre IV du Code pénal intitulé « *Crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique* » comprend un Titre III relatif aux « *atteintes à l'autorité de l'Etat* », dont le deuxième chapitre est consacré aux « *atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* ».

Ce chapitre II comporte une section III relative aux « *manquements au devoir de probité* » qui rassemble notamment les délits de concussion, de corruption passive et de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, le délit de prise illégale d'intérêts et le délit de soustraction et de détournement de biens.

Les incriminations visant les manquements au devoir de probité concernent donc des personnes exerçant une fonction publique.

Le devoir de probité, prévu par les dispositions générales du Statut général des fonctionnaires issues de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (Loi Le Pors), impose à l'agent public de ne pas utiliser les moyens du service public à des fins personnelles, ni avoir d'intérêts dans les personnes morales de droit privé que ses fonctions l'amènent à contrôler.

Il s'agit de la contrepartie des prérogatives exorbitantes du droit commun dont bénéficie la personne qui exerce une fonction publique.

Le devoir de probité est donc une obligation légale et non une règle morale. Notre étude consistera donc à étudier des atteintes à la probité prévue par la loi et non celle qui émane de l'opinion publique.

⁴ Thèse « *Contribution à l'étude de la probité* », soutenue par Jean-Marie BRIGANT le 8 décembre 2009, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, page 103, n° 129.

4. Les infractions relatives aux manquements au devoir de probité ont en commun la qualité particulière de leurs auteurs qui sont nécessairement des personnes exerçant une fonction publique.

En effet, elles sont généralement le fait soit d'une personne dépositaire de l'autorité publique, soit d'une personne chargée d'une mission de service public, soit d'une personne investie d'un mandat électif public. Par ailleurs, ce sont des infractions intentionnelles qui nécessitent une intention coupable.

Cependant, elles se distinguent les unes des autres par leurs éléments constitutifs, leurs modalités d'accomplissement ou leurs finalités.

5. Les atteintes à la probité, infractions dirigées contre des intérêts divers notamment le potentiel économique de la Nation, méritent d'être étudiées compte tenu de la qualité singulière de leurs auteurs qui ne sont pas des délinquants ordinaires mais des représentants de la puissance publique.

En effet, la France connaît aujourd'hui de plus en plus d'affaires scandaleuses dans lesquelles se trouvent mêlés des hommes politiques.

6. Il y a atteinte à la notion d'exemplarité des agents publics, atteinte à la notion de service public, atteinte à la notion même d'intérêt général car les personnes exerçant des fonctions publiques servent leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt général.

7. Ces personnes refusent d'accomplir le service public et préfèrent vendre les actes de pouvoir qui leur ont été confiés⁵.

Nous assistons à une déchéance de ces notions sacrées au droit de l'Administration publique, de sorte qu'il n'y aurait pas seulement atteinte au devoir de probité mais également atteinte à la pérennité de l'Administration publique étant donné que la confiance du public à son égard est remise en cause par les agissements de ceux qui l'incarnent.

⁵ La doctrine emploie la notion d'abus de fonction pour qualifier ces infractions portant atteinte au devoir de probité : cf. not. Bernard BOULOC, « *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit pénal français* », Trav. Asso. H. Capitant Journées grecques 1977, Economica, 1980, p. 350 ; André ROGER, « *La notion d'avantage injustifié* », JCP G. 1998, n°3, I. 102.

8. A travers cette étude des atteintes à la probité, nous tenterons de mettre en exergue l'importance considérable de ces infractions qui touchent à la puissance publique et la nécessité d'une répression accentuée destinée à sauvegarder les intérêts fondamentaux de la Nation, à prévenir les conflits d'intérêts, à moraliser la vie publique et à rappeler à l'ordre les personnes exerçant une fonction publique et soumises à l'exigence d'exemplarité⁶.

Cette étude nous conduira, tout d'abord, à exposer les éléments constitutifs de ces infractions (Partie 1), puis à présenter l'arsenal répressif mis en place afin de prévenir et sanctionner les manquements au devoir de probité (Partie 2).

⁶ Dans son exposé des motifs à la séance du Corps législatif du 6 février 1810, le Conseiller d'Etat BERLIER déclarait « *La position spéciale des fonctionnaires publics peut aussi, et doit même, en plusieurs circonstances, leur faire interdire ce qui serait licite à d'autres personnes. Ainsi un fonctionnaire devient coupable lorsqu'il prend directement ou indirectement des intérêts dans les adjudications, entreprises ou régies, dont sa place lui donne l'administration ou la surveillance. Que deviendrait, en effet, cette surveillance quand elle se trouverait en point de contact avec l'intérêt personnel du surveillant, et comment parviendrait-on, sans blesser l'honneur et la morale à concilier ce double rôle de l'homme public et de l'homme privé ?* » (V. Jur. gén., V° Forfaiture, p. 4, 2^e col., *in fine*). Un siècle plus tard, le conseiller MERCIER soulignait que l'article 175 ne possédait pour raison d'être que celle de « *soustraire les fonctionnaires à la dangereuse tentation de se servir de leur pouvoir pour la satisfaction de leur cupidité et de les mettre à l'abri des soupçons qui affaibliraient leur autorité morale* » (Cass. crim. 15 déc. 1905, DP 1907. 1. 195, rapport Mercier, spéc. P. 196). Deux siècles plus tard, l'article 432-12 du Code pénal est animé du même esprit ainsi qu'en témoigne notamment l'opinion constante émise par la Chancellerie, en la personne du Garde des Sceaux, selon laquelle « *l'interdiction faite à toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public de se placer dans une situation où leur intérêt particulier serait en contradiction avec l'intérêt général répond au double objectif d'éviter, d'une part, qu'elles ne tirent profit de leurs fonctions dans leur intérêt personnel et négligent ainsi l'intérêt public qu'elles doivent servir, d'autre part, qu'elles ne puissent seulement en être suspectées* » (Rép. min. n° 14249, JOAN Q 29 juin 1998, p. 3647 ; n° 22431, JOAN Q 15 mars 1999, p. 1607 ; n° 66515, JOAN Q 21 janv. 2002, p. 353 ; n° 9988, JOAN Q 17 nov. 2003, p. 8845).

PARTIE 1 : LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

REQUIS PAR LE LÉGISLATEUR

9. Les atteintes au devoir de probité s'inscrivant dans le chapitre relatif aux « *atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* », les personnes pouvant être poursuivies au titre de ces incriminations sont par conséquent des personnes exerçant une fonction publique, à l'exclusion des fonctions privées.

Mais quelle conception de la fonction publique retenir pour notre étude ?

Nous renonçons à opposer les notions de service public et de puissance publique pour souligner leur complémentarité car le but de la fonction publique qui est le service public, appelle des moyens, notamment la puissance publique.

En effet le droit de la fonction publique a évolué et ne distingue plus fonctions d'autorité et fonctions de gestion.

La distinction cède avec l'émergence des premiers statuts généraux de la fonction publique qui définissent le fonctionnaire comme un agent nommé à titre permanent.

Si le classement entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion n'a plus de conséquences en termes de régime juridique, la construction statutaire met en lumière d'autres classifications.

La première distingue les agents publics, soumis à un régime de droit public, des agents de droit privé soumis au Code du travail.

Au sein des agents publics, une autre classification oppose les fonctionnaires, agents publics titulaires, et les non titulaires qui ne bénéficient pas de la protection statutaire.

En même temps que se diversifie le service public, les contours de l'agent public évoluent et les définitions également.

En 1954, l'agent public est désigné par le juge administratif comme celui qui participe directement à l'exécution d'un service public administratif⁷.

⁷ CE sect. 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, Rec. CE, p. 342, concl. Chardeau

La définition, complexe à l'usage, sera simplifiée en 1996 par le Tribunal des conflits qui, dans l'arrêt Berkani de 1996⁸, énonce que « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi* ».

Mais les critères de détermination de la fonction publique au sens large ne résultent plus seulement du droit national. Ils empruntent de plus en plus au droit européen qui sous l'influence du juge communautaire privilégie une conception fonctionnelle de la fonction publique, qui n'est pas sans conséquences.

Certes, aux termes de l'article 48 du Traité de Rome, devenu article 39 du Traité CE, le principe de la libre circulation des travailleurs exclut de son champ d'application les emplois dans l'Administration, mais c'est une conception restrictive de cette exception qu'a privilégiée la Cour de justice en limitant l'expression aux emplois « *qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique* » et aux fonctions « *qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* »⁹.

Cette interprétation a conduit le législateur français à introduire dans le Statut général de 1983 un article 5 bis, autorisant le recrutement des ressortissants des Etats membres, dans les corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions ou bien sont « *séparables de l'exercice de la souveraineté* », ou bien « *ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice des prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques* ».

Cette approche fonctionnelle qui privilégie les notions de souveraineté et de puissance publique n'est pas sans suggérer la conception de l'actuel Code pénal adopté en 1993.

En effet, le législateur a adopté une approche fonctionnelle de la fonction publique qui est notable dans ses exigences concernant les personnes pouvant être poursuivies au titre des manquements au devoir de probité (Titre 1).

Les exigences du législateur concernent également les comportements incriminés qui sont limitativement énumérés dans le Code pénal (Titre 2).

⁸ T. confl. 25 mars 1996, Berkani, Rec. CE, p. 535, concl. Martin, AJDA 1996, chron. 355, obs. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, D. 1996.598, obs. Y. Saint-Jours

⁹ CJCE 17 décembre 1980, Royaume de Belgique, n° 149/79, Rec. CJCE, p. 3881 ; 3 juin 1986 République française, n°37/84, AJDA 1987.44, D. 1986, IR 453

TITRE 1 : LES EXIGENCES QUANT AUX PERSONNES

10. La réforme du droit pénal qui se matérialise principalement par la refonte du Code pénal intervenue aux termes de la loi n° 93-913 du 19 juillet 1993 reportant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal (JO du 20 juillet 1993) et les transformations du Code de procédure pénale, n'est pas sans incidence sur la situation des agents publics au regard du droit pénal.

La notion de fonctionnaire public qui dominait l'ancien Code pénal disparaît tout comme celle d'agent ou préposé du Gouvernement, ou d'agent ou préposé d'une Administration publique.

Les rédacteurs du nouveau Code pénal entré en vigueur au 1^{er} mars 1994, dans un souci d'uniformisation, ont employé des expressions génériques telles que « *personne dépositaire de l'autorité publique* », « *personne chargée d'une mission de service public* » ou « *personne investie d'un mandat électif public* ».

Ce qui importe, c'est la relation à l'autorité publique ou au service public. Il suffit que la personne poursuivie, qu'elle soit de droit privé ou public, exerce une fonction publique.

Le législateur exige que l'auteur de l'infraction ait une qualité spécifique relative à l'exercice de la fonction publique (Chapitre 1) et qu'il soit soumis au devoir de probité dont il entend assurer la protection pénale (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

LA QUALITÉ DE L'AUTEUR REQUISE PAR LE LÉGISLATEUR

11. Il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction ait forcément la qualité de fonctionnaire stricto sensu.

Sont fonctionnaires, au sens de la loi, les personnes « *qui, régies par les dispositions du titre I du Statut général, ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet et titularisées dans un grade de la hiérarchie de l'administration de l'Etat, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'Etat* »¹⁰.

Cette définition du fonctionnaire a été reprise, mot pour mot, par les lois relatives à la fonction publique territoriale et à la fonction publique hospitalière¹¹.

En conséquence, en droit administratif, trois séries d'éléments permettent d'identifier le fonctionnaire¹².

Premièrement, celui-ci est nommé, ce qui exclut les personnes élues ou recrutées par contrat.

Deuxièmement, le fonctionnaire occupe un emploi permanent à temps complet dont la durée peut toutefois faire l'objet d'aménagements.

Ce deuxième élément de la définition exclut les collaborateurs occasionnels de l'Administration, les agents intérimaires et temporaires ainsi que les volontaires qui s'engagent, par contrat de un à cinq ans, dans la réserve opérationnelle à raisons de trente jours au plus par année dans le cadre de la loi du 22 octobre 1999 portant organisation de la réserve militaire.

Ainsi, la permanence de l'emploi permet-elle de distinguer le fonctionnaire des agents recrutés par contrat ou par acte unilatéral sur des emplois temporaires ou pour satisfaire un besoin occasionnel.

Enfin, le fonctionnaire est titularisé dans un grade de la hiérarchie administrative, ce qui le distingue des agents publics non titulaires ou des personnes recrutées pour exécuter un acte déterminé ou un contrat de mission ou encore des collaborateurs occasionnels du service public.

¹⁰ Art. 2 du titre II du Statut général des Fonctionnaires

¹¹ Art. 2 du titre III et du titre IV du Statut général des Fonctionnaires

¹² E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, Gualino, 4^e éd. N°76

12. Pour le droit pénal qui privilégie une conception fonctionnelle de la notion de fonctionnaire, ce qui est important est la participation à l'exercice des prérogatives et des attributions de puissance publique.

En effet, pour la doctrine, entrent dans la catégorie des fonctionnaires de l'ordre administratif, « *tous les membres de l'administration, à quelque place qu'ils se trouvent situés dans la hiérarchie, dès lors qu'ils exercent, sous l'impulsion et la surveillance de leurs supérieurs des attributions de puissance publique dans l'ordre administratif* »¹³.

Le droit pénal donne de l'agent public une définition plus large que celle du droit administratif puisqu'il retient un critère fonctionnel et non organique. « *Le titulaire des missions publiques est visé en tant qu'incarnation des fonctions* »¹⁴.

Il est dès lors possible de retenir l'infraction à l'encontre des agents quel que soit leur niveau hiérarchique et quelle que soit la nature du lien les unissant à la personne publique ; ainsi des agents contractuels peuvent avoir la qualité d'agent public.

En conséquence, pour le droit pénal, toute personne exerçant une fonction publique doit être considérée comme un fonctionnaire et être soumise comme ce-dernier, au devoir de probité¹⁵.

Cette solution est justifiée par les besoins de la répression afin de pouvoir punir au titre des manquements au devoir de probité, toute personne exerçant une fonction publique, peu importe qu'elle est ou non la qualité de fonctionnaire stricto sensu.

Cette conception fonctionnelle de la notion de fonctionnaire permet d'étendre le champ de l'incrimination et d'accentuer la répression, sachant que de plus en plus de fonctions publiques sont exercées par des personnes de droit privé, dans le cadre de la gestion déléguée des services publics¹⁶.

¹³ Garraud R. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. IV, n° 1522. – R. Vouin et M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial* : Dalloz, 6^e éd. 1988, n° 485. – J. Vassogne et C. Bernard : *Rép. Pén. Dalloz*, V° Corruption, n° 13.

¹⁴ M. Wagner, *Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance* : *Rev. Sc. crim.* 2011, p.37

¹⁵ Par comparaison avec le droit de la fonction publique, le droit pénal confère traditionnellement à la notion d'agent public une signification sensiblement élargie. Cette autonomie, loin de n'être imputable qu'à la seule volonté du juge pénal de s'affranchir des règles du droit public, est en réalité dictée par la généralité des expressions légales employées afin de caractériser la qualité d'agent public. Faisant autrefois expressément référence à « *tout fonctionnaire, tout officier public et à tout agent du gouvernement* », le Code pénal se réfère désormais à la personne « *dépositaire de l'autorité publique* », « *chargée d'une mission de service public* » ou « *investie d'un mandat électif public* », ces changements terminologiques étant justifiés par la volonté du législateur de consacrer les solutions jurisprudentielles dégagées sous l'empire du Code pénal de 1810 (F. COLCOMBET, Rapport, t. 1, Exposé général – Examen des articles, Doc. AN 1991/1992, n° 2244, p. 150).

¹⁶ Doctrine et jurisprudence se sont toujours accordées pour ne pas limiter la qualité d'agent du gouvernement « *aux seuls citoyens revêtus, à un degré quelconque, d'une portion de la puissance publique* » et pour l'étendre « *à tous ceux qui, investis d'un mandat public, puisent, dans ce mandat, le droit de concourir à la gestion des affaires de l'Etat, du département, de la commune, ou d'un établissement public quelconque* » (R. GARRAUD, op. cit. ; adde : Cass. crim. 29 nov. 1873, DP 1874. 1. 327). Désormais, sont visés « *tous ceux qui participent à l'exercice de fonctions publiques, qu'ils soient ou non titulaires d'une parcelle de puissance publique* » (F.

Le législateur a donc substitué aux anciennes appellations des expressions génériques qualifiant les personnes exerçant des fonctions publiques (Section 1).

Cependant, cet effort d'uniformisation consenti par le législateur dans un souci d'efficacité et de simplicité s'est avéré insuffisant compte tenu des particularités de ces incriminations (Section 2).

COLCOMBET, *op. cit.*, p. 150). Cette continuité d'interprétation permet d'éclairer le sens qu'il convient de conférer aux qualités de personne dépositaire de l'autorité publique, de personne chargée d'une mission de service public ou de personne investie d'un mandat électif public.

SECTION I : LES EXPRESSIONS GÉNÉRIQUES RETENUES PAR LE LÉGISLATEUR

13. Trois expressions génériques se sont substituées pour l'essentiel aux anciennes appellations. Il s'agit des expressions « *personne dépositaire de l'autorité publique* », « *personne chargée d'une mission de service public* » et « *personne investie d'un mandat électif public* ».

Les personnes dépositaires de l'autorité publique sont des personnes qui ont été investies d'un pouvoir de décision par délégation, et l'expression peut désigner aussi bien des fonctionnaires représentants de l'Etat que des élus également bénéficiaires d'un pouvoir de décision, tels que les maires, les adjoints aux maires.

Les personnes chargées d'une mission de service public sont des personnes qui ne sont pas dépositaires de l'autorité publique mais dotées d'une mission officielle dont la finalité est de satisfaire à l'intérêt général.

En effet, les personnes chargées d'une mission de service public sont celles qui, agents du service ou préposés de celui-ci, assurent, qu'ils soient ou non des agents statutaires, qu'ils exercent leurs fonctions de manière permanente ou temporaire et, quel que soit leur rang hiérarchique, une mission d'intérêt général.

Quant aux personnes investies d'un mandat électif, ce sont des personnes titulaires d'un mandat territorial, national ou international.

Ces formules « *personne dépositaire de l'autorité publique* »¹⁷ ou « *personne investie d'un mandat électif public* » (Paragraphe 1) ou « *personne chargée d'une mission de service public* » (Paragraphe 2) ont remplacé des listes qui alourdissaient, souvent inutilement, les textes répressifs et servant à désigner la majorité des personnes au service de l'Etat.

¹⁷ La qualité de dépositaire de l'autorité publique est, des trois qualités visées par le Code pénal, la plus proche de la qualité d'agent public, entendue au sens du droit de la fonction publique (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., 2001, Montchrestien, p. 25, n° 16).

Paragraphe I : Personne dépositaire de l'autorité publique ou investie d'un mandat électif public

14. Les personnes dépositaires de l'autorité publique sont des personnes titulaires, par délégation de la puissance publique, en principe en vertu d'un texte, d'un pouvoir de décision, de contrainte sur les personnes et sur les biens, dont elles doivent et peuvent faire usage dans l'exercice de leurs fonctions, de manière temporaire ou permanente¹⁸.

Il ressort de la Circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 14 mai 1993 précitée, commentant les dispositions législatives du nouveau Code pénal, que les personnes dépositaires de l'autorité publique sont des personnes qui exercent une fonction d'autorité¹⁹.

Ce sont des personnes qui exercent généralement des fonctions de police administrative²⁰.

En effet, les fonctions de l'Administration sont la police administrative et le service public.

La police administrative a pour but de maintenir l'ordre public et d'en prévenir les atteintes. Traditionnellement, l'ordre public est perçu comme correspondant à la tranquillité, à la sécurité et à la salubrité.

A ces éléments classiques de l'ordre public, il convient d'ajouter l'instauration d'un état de paix, la recherche ou la création d'un mieux-être ou d'un mieux-vivre individuel et collectif.

Le service public, quant à lui, est une activité d'intérêt général, assurée ou assumée par une personne publique, et régie au moins partiellement par des règles de droit public.

Ces deux fonctions de l'Administration sont fondamentalement complémentaires et étroitement liées de sorte que la police administrative ne peut être caractérisée de façon radicale par la réglementation et le service public, par les prestations.

En réalité, la satisfaction des besoins d'intérêt général par voie de prestations implique l'institution d'un ordre dans l'organisation sociale.

¹⁸ Si la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique et la qualité d'agent public se recoupent, elles ne se confondent cependant pas, ainsi qu'en attestent les travaux préparatoires. Ces derniers démontrent, en effet, que le législateur a entendu faire figurer au sein de la catégorie des personnes dépositaires de l'autorité publique toutes « les personnes qui détiennent un pouvoir de décision fondé sur la parcelle d'autorité publique qui leur a été confiée à raison des fonctions exercées, qu'elles soient de nature administrative, juridictionnelle ou militaire : sont ainsi visés les magistrats, les militaires, les fonctionnaires ou agents publics dits d'autorité, les officiers publics et ministériels, les maires, les préfets... » (F. COLCOMBET, op. cit., p. 124 ; comp. A. VITU, *Prise illégale d'intérêts*, J.-Cl. Pén., art. 432-12 et 432-13, n° 10), conformément aux solutions déjà admises par la jurisprudence sous l'empire du Code pénal de 1810.

¹⁹ Site Internet du Sénat, Rapports, Rapports d'information, Examen des articles, Article premier (art. 435-1 à 435-4 nouveaux du code pénal) Incrimination de la corruption d'agents publics étrangers, de fonctionnaires communautaires ou appartenant, aux autres Etats membres de l'Union européenne

²⁰ Etienne PICARD, *La notion de Police administrative*, coll. Bibliothèque de droit public, t. CXLVI, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1984

Les autorités administratives exercent généralement les deux activités conjointement car le service public n'est pas exempt de réglementation visant l'ordre social, et la police administrative débouche fréquemment sur des activités de prestation.

En conséquence, toute autorité administrative exerce conjointement une activité de police administrative et une activité de service public de sorte qu'elle peut être amenée à élaborer des actes réglementaires.

La personne dépositaire de l'autorité publique exerce donc une fonction d'autorité dans la mesure où elle dispose d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et les choses, par délégation de la puissance publique.

A- LA DÉLÉGATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

- 15.** La personne dépositaire de l'autorité publique est titulaire d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance de la publique²¹.

Elle doit donc être délégataire de pouvoir de puissance publique.

Les personnes dépositaires de l'autorité publique doivent être détentrices de l'autorité publique comme précisé dans les alinéas 4 et 5 de l'article 174 de l'ancien Code pénal réprimant la concussion.

En effet, cet article stipulait : « *Tous fonctionnaires ou officiers publics, tous percepteurs des droits, contributions ou deniers publics, leurs commis ou préposés, qui auront reçu, exigé ou ordonné de percevoir pour droits, taxes, contributions ou deniers, ou pour salaires ou traitements, ce qu'ils savaient n'être pas dû ou excéder ce qui était dû, seront punis, savoir : les fonctionnaires, officiers publics ou percepteurs, d'un emprisonnement de deux à dix ans, et leurs commis ou préposés d'un emprisonnement d'un à cinq ans [*durée*] ; une amende de 300 F à 40.000 F [*taux résultant de la loi 77-1468 du 30 décembre 1977*] sera toujours prononcée.*

*Le condamné pourra être interdit pendant dix ans au plus, à partir de l'expiration de la peine, des droits énumérés en l'article 42 du présent code [*droits civiques, civils et de famille*].*

²¹ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 10, art. 432-11

Les dispositions qui précèdent sont applicables aux greffiers et officiers ministériels lorsque le fait a été commis à l'occasion des recettes dont ils sont chargés par la loi.

Seront punis des mêmes peines tous détenteurs de l'autorité publique qui ordonneront des contributions directes ou indirectes autres que celles autorisées par la loi, tous fonctionnaires, agents ou employés qui en établiront les rôles ou en feront le recouvrement.

Les mêmes peines seront applicables aux détenteurs de l'autorité publique qui, sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit, auront, sans autorisation de la loi, accordé des exonérations ou franchises de droits, impôts ou taxes publics, ou auront effectué gratuitement la délivrance de produits des établissements de l'Etat ».

En conséquence, il suffit simplement que cette personne bénéficie d'une délégation de pouvoir de la part de l'Administration publique et soit détentrice d'une parcelle de l'autorité publique.

Les personnes détentrices de l'autorité publique à un haut niveau sont les représentants de l'Etat à savoir le Président de la République, les ministres et secrétaires d'Etat, les préfets et sous-préfets, ainsi que les représentants de la France auprès d'organismes internationaux ou auprès de pays étrangers.

Pour ces personnes, il est indiscutable qu'elles sont délégataires de pouvoirs de puissance publique et exercent des fonctions d'autorité.

Les personnes dépositaires de l'autorité publique sont donc des personnes titulaires, par délégation de la puissance publique, d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et les biens.

B - LE POUVOIR DE DÉCISION ET DE CONTRAINTE

- 16.** Le pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et les choses correspond à un pouvoir de commandement.

De façon générale, les autorités titulaires d'un pouvoir de commandement sont celles titulaires du pouvoir de police.

En effet, la police générale est exercée soit au nom de l'Etat, soit au nom du département, soit au nom de la commune.

Sur l'ensemble du territoire, elle est donc exercée par le Premier ministre, sous réserve des pouvoirs attribués au Président de la République par l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose : « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation,*

l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet ».

Au niveau du département, c'est le préfet qui a la responsabilité du maintien de l'ordre.

Sur le territoire de la commune, le pouvoir de police est exercé par le maire.

A côté de la police générale, il existe les polices spéciales très nombreuses et diverses, et instituées par des textes particuliers.

Elles peuvent être exercées par certaines autorités en charge de la police générale notamment le préfet et le maire.

Généralement, d'autres autorités interviennent : des autorités de l'Etat, par exemple le ministre de la culture pour la police du cinéma, le ministre de l'intérieur pour la police des étrangers ; mais également des autorités d'autres personnes publiques tel le président de l'Université pour le maintien de l'ordre dans les locaux universitaires.

Les autorités titulaires du pouvoir de police agissent par voie d'actes réglementaires en prenant des mesures à portée générale, et par voie de décisions individuelles ou particulières notamment les autorisations, les interdictions et les injonctions.

La mission qui incombe aux autorités de police n'est pas une mission facultative. Autrement dit, ces autorités ont une compétence plus ou moins liée compte tenu de la primauté de l'ordre public dont le corollaire est l'obligation d'agir en cas de nécessité.

En conséquence, l'exercice des pouvoirs de police ne saurait être l'objet d'un échange contractuel c'est-à-dire d'un pacte au nom duquel l'autorité titulaire du pouvoir de police s'engagerait par exemple, à s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction moyennant rémunération.

Bien que la catégorie des « *personnes dépositaires de l'autorité publique* » suppose que l'agent public dispose d'un pouvoir de décision et de contrainte, permanent ou temporaire, force est de constater qu'en jurisprudence, elle donne lieu à une interprétation extensive permettant

d'atteindre la plupart des agents de l'Etat et des collectivités territoriales, par exemples, des employés de bureau²², des personnels des hôpitaux²³, un secrétaire général de mairie²⁴, etc.

Il s'agit là d'agents assez subalternes dont le pouvoir de décision et de contrainte n'est pas caractérisé.

Il ne faut donc pas chercher à dégager une définition statutaire des personnes dépositaires de l'autorité publique. C'est à une approche fonctionnelle qu'invitent tant la doctrine que la jurisprudence, manifestant ainsi l'autonomie du droit pénal par rapport au droit administratif.

La catégorie des « *personnes investies d'un mandat électif public* » recouvre les élus au sens large²⁵. Lorsque ces élus disposent d'un pouvoir de décision et de contrainte, ils relèvent également de la catégorie des « *personnes dépositaires de l'autorité publique* ». C'est le cas notamment des maires et de leurs adjoints²⁶. Lorsqu'ils ne disposent pas d'un tel pouvoir, ils ne relèvent que de la catégorie des « *personnes investies d'un mandat électif public* ».

En effet, certaines personnes investies d'un mandat électif public n'entrent pas forcément dans la catégorie des personnes « *dépositaires de l'autorité publique* ». C'est le cas des députés qui contrairement aux maires et à leurs adjoints, n'exercent pas une fonction d'autorité.

L'adjonction de la catégorie des « *personnes investies d'un mandat électif public* » à celle des « *personnes dépositaires de l'autorité publique* » a donc pour objectif d'étendre la répression à d'autres élus tels que les députés et sénateurs²⁷, parlementaires européens, conseillers municipaux²⁸, conseillers généraux²⁹ ou conseillers régionaux³⁰, etc.

²² Cass. crim., 4 juillet 1974 : Bull. crim. 1974, n° 249 ; D. 1974, inf. rap., p. 204 ; Rev. sc. Crim. 1975, p.411, obs. A. Vitu

²³ Cass. crim., 6 février 1968 : Bull. crim. 1968, n° 37 ; Rev. sc. Crim. 1968, p. 850, obs. A. Vitu. – Cass. crim., 21 nov. 1977 : Bull. crim. 1977, n° 356 ; JPC G 1978, IV, p. 28 ; D. 1978, inf. rap., p. 139 ; Rev. sc.crim. 1978, p. 623, obs. A. Vitu

²⁴ CA Grenoble, 17 novembre. 1972 : Gaz. Pal. 1973, 1, somm. P. 155

²⁵ La référence à la qualité de personne investie d'un mandat électif public mérite indéniablement sa spécificité « *dans la mesure où la nature des fonctions peut conduire à douter que les intéressés entrent dans la catégorie des personnes dépositaires de l'autorité publique (ainsi, un député, à la différence d'un maire, n'exerce pas une fonction d'autorité), ou chargées d'une mission de service public* » (G. ROUJOU DE BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, Code pénal commenté, 1996, Dalloz, p. 697, note 4). La doctrine s'accorde pour conférer à la qualité de personne investie d'un mandat électif public une très large portée. Sont notamment concernés les titulaires d'un mandat national ou local mais également, à titre d'illustration, les administrateurs élus des établissements publics (G. ROUJOU DE BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, précité). La lecture a contrario des exceptions dont il est fait état à l'alinéa 2 de l'article 432-12 du Code pénal rend quant à elle certaine la soumission des « *maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire* » aux exigences du délit. C'est à leur propos, mais pas seulement, que les illustrations jurisprudentielles de la qualité de personne investie d'un mandat électif public sont nombreuses.

²⁶ Cass. crim., 19 avril. 1894 : Bull. crim 1894, n° 101

²⁷ Cass. crim., 24 février. 1893 : Bull. crim. 1893, n° 49 ; S. 1899, 1, p. 217, concl. Baudoin, note E. Villey ; DP 1893, 1, p. 494

²⁸ Cass. crim., 29 mai 1886 : Bull. crim. 1886, n° 199 ; S. 1886, 1, p. 489 ; DP 1887, 1, p. 238

²⁹ Cass. crim., 15 décembre. 2004, n° 03-83.474 : JurisData n° 2004-026835. – Cass. Crim., 3 novembre. 1933 : Bull. crim. 1933, n° 200 ; DH 1933, p. 573 ; Gaz. Pal. 1933, 2, jurispr., p. 972

³⁰ CA Paris, 9^e ch. Corr., 27 févr. 2007 : JurisData n° 2007-331771

L'objectif est d'atteindre tous ceux qui, pouvant engager l'Administration, abuseraient de leurs pouvoirs à des fins personnelles.

En effet, cette énumération composite révèle chez les diverses personnes visées une caractéristique commune, celle de fonction publique dont le prévenu était investi et dont il a méconnu les exigences qu'elle lui imposait.

A côté des personnes dépositaires de l'autorité publique ou investies d'un mandat électif public, peuvent être également poursuivies pour des manquements au devoir de probité, les personnes chargées d'une mission de service public.

Paragraphe II : Personne chargée d'une mission de service public

17. Selon A. VITU, la « *personne chargée d'une mission de service public* » peut être définie comme la « *personne qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'exercice de l'autorité publique, est chargée d'accomplir des actes ou d'exercer une fonction dont la finalité est de satisfaire à un intérêt général* »³¹.

Cette position a été confirmée par la chambre criminelle au sujet d'une association chargée de la gestion de mesures de protection judiciaire : « *doit être regardée comme chargée d'une mission de service public [...] toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique* »³².

Autrement dit, il faudrait d'une part, qu'il résulte du statut légal ou réglementaire de cette personne qu'elle ne dispose pas de pouvoirs qui lui auraient été conférés en vertu d'une délégation de la puissance publique, et d'autre part qu'elle soit chargée, à titre permanent ou temporaire, d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes qui ont pour but de satisfaire à un intérêt général³³.

A – LA NÉCESSITÉ DE LA SATISFACTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

18. Le service public désigne « *toute activité destinée à satisfaire à un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou contrôlée par l'Administration, parce que la satisfaction continue de ce besoin ne peut être garantie que par elle* »³⁴.

Il est difficile de définir ce qu'est une mission d'intérêt général car elle dépend de la volonté des gouvernants et des choix politiques.

³¹ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 10, art. 432-11

³² Cass. crim., 30 janv. 2013, n° 11-89.224 : JurisData n° 2013-002665

³³ Conforme aux vœux de la doctrine qui, convaincue que « *seule doit importer la mission de l'intéressé* », avait estimé nécessaire de substituer à la qualité d'agent du gouvernement celle de « *personne chargée d'une mission de service public* » (W. JEANDIDIER, note sous Cass. crim. 20 nov. 1980, D. 1982. 246, spéc. P. 248), la référence à la qualité de personne chargée d'une mission de service public doit s'appliquer à tous « *ceux qui accomplissent, à titre temporaire ou permanent, volontairement ou sur réquisition des autorités, un service public quelconque : il importe peu que les intéressés soient des personnes privées (collaborateurs bénévoles d'un service public) ou publiques (fonctionnaires ou contractuels qui n'exercent pas des fonctions d'autorité)* » (F. COLCOMBET, Rapport, t. 1, Exposé général – Examen des articles, Doc. AN 1991/1992, n° 2244, p. 150, précité).

³⁴ Lexique des termes juridiques 2011, Dalloz, 18^e édition, V° *Service public*.

En tout état de cause, la mission d'intérêt général tend à satisfaire des besoins collectifs dont l'importance a été reconnue par les pouvoirs publics.

En effet, la finalité des fonctions publiques reste l'intérêt général. Cette notion a construit la légitimité et les limites de l'action publique. Cependant, elle a été critiquée pour son caractère ambigu, flexible et changeant et pour son caractère idéologique³⁵.

L'intérêt général doit être apprécié au regard des besoins de la collectivité à l'échelle de laquelle celui-ci s'exerce : collectivité des habitants de la commune, collectivité nationale, par exemple.

Il ne doit pas être confondu avec l'intérêt de la personne publique ou privée qui exerce ou contrôle l'activité en cause.

Il a été jugé par le Conseil d'Etat que l'intérêt général ne peut être absorbé par l'intérêt personnel professionnel d'un fonctionnaire³⁶.

Il est également différent de la somme des intérêts particuliers et peut être pluriel dans la mesure où plusieurs intérêts généraux peuvent entrer en concurrence et peuvent même se révéler contradictoires comme, par exemple, la Défense et l'environnement ou le logement social et l'autonomie communale ou encore l'intérêt de la santé publique et l'intérêt du tourisme³⁷.

L'intérêt général suppose que l'agent ait conscience des finalités du service public notamment la satisfaction de l'intérêt collectif.

- 19.** Les activités destinées à la satisfaction de l'intérêt collectif sont diverses. Une classification fonctionnelle peut être opérée. Il convient alors de distinguer les services publics ayant pour finalité l'instauration ou le maintien de l'ordre et la régulation des activités privées, les services publics ayant une finalité de protection sociale et sanitaire, les services publics à vocation éducative et culturelle et les services publics à caractère économique.

La satisfaction de certains besoins d'intérêt général est assurée exclusivement par l'Administration.

Il en existe d'autres qui sont satisfaits par des organismes privés ou des particuliers mais sous le contrôle de l'Administration.

³⁵ J. Chevalier, *Eléments d'analyse politique*, PUF, 1985, avec un chap. sur l'idéologie de l'intérêt général – J. Caillousse, *Politiques et management public*, 1993 – J. Caillousse, « *Sous le droit administratif, quelle(s) administration(s) ?* » in Mélanges à Gustave Peiser, PU Grenoble, 1995, p.71 – P. Bourdieu, *La raison pratique*, 1994

³⁶ CE, 5 oct. 1955, Culmann, Lebon, p.464

³⁷ CE, 22 mars 2006, n° 288757, Sarl Sajega, JCP A 2006, n° 293 : à propos de l'imposition des boissons alcoolisées en Polynésie

On dit alors que ces personnes sont chargées d'une mission de service public. Elles exercent des prérogatives de puissance publique en vue de la satisfaction de l'intérêt général. Elles bénéficient donc de prérogatives exorbitantes du droit commun pour l'accomplissement de leur mission.

20. Malheureusement, des détournements de pouvoir sont parfois constatés. Le détournement de pouvoir consiste à mettre les prérogatives de puissance publique au service d'intérêts personnels.

Il consiste notamment à avantager un proche, un parent, un collaborateur au détriment d'un tiers en violation du principe d'égalité.

Les exemples sont nombreux : création de postes de niveau élevé « *dans le seul but de procurer des avantages de carrière à des cadres* » du service³⁸; licenciement d'un contrôleur général de l'administration des régions libérées « *dans l'intérêt personnel* » d'autres fonctionnaires chargés des mêmes fonctions : le sous-secrétaire d'Etat des régions libérées a été « *motivé par des considérations absolument étrangères à l'intérêt du service* »³⁹; modification du statut d'une inspection générale pour « *permettre la nomination d'une personne déterminée* »⁴⁰.

De telles nominations spéciales ou mises à l'écart incompréhensibles au profit d'un tiers sont évidemment contraires à l'intérêt général qui demeure le but des activités de service public.

Ces personnes chargées d'une mission de service public peuvent être poursuivies au titre des manquements au devoir de probité dans la mesure où elles exercent une activité caractérisée par l'intérêt général et contrôlée par l'Administration⁴¹.

³⁸ CE, 18 nov. 1998, n° 136098, ville de Nice, Lebon, tables p. 971

³⁹ CE, sect., 18 mars 1932, Bougourd, Lebon, p. 362

⁴⁰ CE, 13 janv. 1995, n° 145384, syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration, Lebon, p. 23 ; Gaz. Pal., 9 novembre. 1995, p. 131

⁴¹ Sous l'empire du Code pénal de 1810, la jurisprudence a très clairement énoncé que la qualité d'agent du gouvernement n'exigeait pas pour son application que la fonction considérée « *entre dans la hiérarchie de l'organisation administrative, pourvu que la personne agisse au nom de la puissance publique* » (Cass. crim. 20 nov. 1980, D. 1982. 246, spéc. P. 248, précité), solution qui l'autorisait à retenir dans les liens de la prévention non seulement le président d'une chambre de commerce et d'industrie, mais aussi le directeur général d'une SAFER (Cass. crim. 21 nov. 1985, Bull. crim., n° 370, JCP 1987. II. 20782, note P. Ourliac et M. De Juglart, Rev. sc. crim. 1986. 607, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire). Désormais, la jurisprudence énonce de façon complémentaire que « *l'article 432-12 du Code pénal n'exige pas que les personnes chargées d'une mission de service public qu'il vise disposent d'un pouvoir de décision au nom de la puissance publique* », solutions retenues en présence d'un architecte (Cass. crim. 14 juin 2000, n° 99-84.054, Bull. crim., n° 221, Dr. Pén. 2001, comm. 5, note M. Véron) et, en dernier lieu, d'un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises (Cass. crim. 26 sept. 2001, n° 01-84.565, Bull. crim., n° 193, D. 2002, somm. 1800, obs. M. Segonds ; adde : Cass. crim. 7 avr. 2004, n° 03-82.062, inédit) : dans l'espèce considérée, le mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises, dont la nomination même permet de souligner sa qualité de mandataire d'auxiliaire de justice (Y. GUYON, Droit des affaires, t. II, 8^e éd., 2001, Economica, p. 188, n° 1163), appelé à ce titre à participer à l'administration de la justice en apportant son concours au juge (R. PERROT, Institutions judiciaires, 9^e éd., 2000 Montchrestien, p. 323, n° 402), se trouve par conséquent investi ès qualités d'une authentique « *mission légale d'intérêt public* » (Y. GUYON, op. cit.) qui

B – LA NÉCESSITÉ DU CONTRÔLE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

21. Les modes de gestion des services publics se sont considérablement diversifiés en raison de la diversification des activités assumées par l'Administration.

Le choix du mode de gestion des services publics est un aspect du pouvoir réglementaire d'organisation de ces services.

La gestion peut être soit directe soit déléguée.

Lorsque les collectivités publiques décident d'assurer directement la gestion d'un service public, elles peuvent la gérer soit en simple régie soit en quasi-régie.

Dans la simple régie, l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées dirigent les services et en assurent le fonctionnement au moyen de leurs biens et agents.

Autrement dit, le service ne constitue pas une personne juridique distincte de la collectivité publique de rattachement.

Des aménagements ont été réalisés et ont abouti à la création de régies dotées de l'autonomie financière et de régies personnalisées dotées d'une personnalité juridique propre.

Dans la quasi-régie, les collectivités publiques créent pour la gestion d'un service public « *un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service, et elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire* »⁴².

Il y a gestion déléguée d'un service public, lorsque les collectivités publiques décident de confier la gestion de ce service public à un tiers.

La délégation peut être unilatérale ou contractuelle. Il y a délégation unilatérale, lorsque certains textes prévoient directement que des organismes privés gèrent des services publics. Tel est le

autorise à le regarder comme une personne chargée d'une mission de service public. Ce faisant, la solution consacrée par la chambre criminelle s'harmonise difficilement avec la jurisprudence antérieure par laquelle elle avait notamment estimé, par un arrêt d'espèce il est vrai, que « *dès lors que, n'étant pas chargé d'une mission de service public et n'exerçant aucune prérogative de puissance publique, un administrateur provisoire, bien que nommé par décision de justice, n'est pas un agent du gouvernement, fonctionnaire ou officier public, au sens de l'article 175 ancien du Code pénal* » (Cass. crim. 19 juin 1997, n° 96-84.226, Bull. crim., n° 250, Dr. Pén. 1998, comm. 8, obs. J.-H. Robert).

⁴² CE 6 avr.2007, Commune d'Aix-en-Provence, AJDA 2007. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher

cas en matière de Sécurité sociale⁴³. Le plus souvent, ces organismes doivent obtenir un agrément ou une habilitation.

En cas de délégation contractuelle de service public, les exigences de la satisfaction de l'intérêt général entraînent l'institution du contrôle de la puissance publique.

Le contrôle de la puissance publique est donc nécessaire pour assurer la satisfaction de l'intérêt général.

Le contrôle exercé par la puissance publique à l'égard des personnes chargées d'une mission de service public permet de les assimiler aux fonctionnaires qui sont également assujettis au contrôle de l'Administration.

En effet, il est impératif que le statut de ces personnes se rapproche de celui des fonctionnaires afin qu'elles soient assimilées à ces derniers quant aux obligations de probité.

Le contrôle de l'Administration permet donc de justifier l'application des dispositions relatives aux manquements au devoir de probité à ces personnes.

22. Il n'est pas possible de donner une liste exhaustive des personnes visées et c'est au juge qu'il revient, au cas par cas, de décider si une personne est ou non chargée d'une mission de service public.

Parmi les personnes chargées d'une mission de service public, on peut ranger les administrateurs judiciaires et mandataires-liquidateurs⁴⁴, les clerks des officiers ministériels, les employés des percepteurs, receveurs des domaines et conservateurs des hypothèques, le secrétaire général d'une chambre des métiers et de l'artisanat⁴⁵, l'agent contractuel d'une collectivité territoriale, directeur de caisse de prévoyance sociale⁴⁶, des inspecteurs de la RATP⁴⁷, inspecteurs du permis de conduire⁴⁸, salariés d'une entreprise de contrôle technique de véhicules automobiles⁴⁹, les personnels des URSSAF⁵⁰, les directeurs d'un centre de production EDF-GDF⁵¹, les gardiens de scellés et les séquestres judiciaires, les greffiers et secrétaires greffiers des diverses juridictions judiciaires qui depuis la loi du 30 novembre 1965

⁴³ Sur l'organisation et le fonctionnement de la Sécurité sociale, v. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, Droit de la Sécurité sociale, 16^e éd., Dalloz, coll. « précis », 2008.

⁴⁴ Cass. crim., 16 juin. 2011, n° 09-87.292 D : JurisData n°2011-014693

⁴⁵ Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 09-86.222 : JurisData n°2010-025714

⁴⁶ Cass. crim., 24 oct. 2001, n° 00-88.165 : JurisData n°2001-011768

⁴⁷ Cass. crim., 2 avril 1998 : Bull. crim. 1998, n° 127; D. 1998, inf. rap. p. 150 ; D. 1999, somm. Comm., p. 158, obs. M. Segonds

⁴⁸ CA Paris, 9^e ch. Corr., 7 avr. 2006 : JurisData n° 2006-314630

⁴⁹ CA Paris, 9^e ch. Corr., 22 févr. 2006 : JurisData n° 2006-304467

⁵⁰ Cass. crim., 21 janv. 1959 : Bull. crim. 1959, n° 59

⁵¹ Cass. crim., 20 oct. 2004, n° 03-82.644 : JurisData n°2004-026004

(L. n° 65-1002), ne sont plus des officiers ministériels car font désormais partie de la fonction publique.

Toutefois, les greffiers des tribunaux de commerce sont restés des officiers ministériels car ils n'étaient pas expressément visés par cette loi du 30 novembre 1965.

Malgré la volonté d'uniformisation du législateur par l'utilisation des expressions génériques que nous venons d'étudier, force est de constater que les particularités de ces infractions portant atteinte au devoir de probité conduisent à une interprétation différenciée de ces expressions. L'effort d'uniformisation du législateur s'est par conséquent révélé insuffisant.

SECTION II : LES INSUFFISANCES DE L'EFFORT D'UNIFORMISATION DU LÉGISLATEUR

23. S'il est vrai que les personnes pouvant être poursuivies au titre des manquements au devoir de probité doivent exercer des fonctions publiques, cette exigence peut s'avérer insuffisante compte tenu des spécificités de ces incriminations d'une part, et des irrégularités pouvant exister dans la situation de la personne poursuivie d'autre part.

En effet, il ne suffit pas que le prévenu entre dans l'une des trois catégories susvisées. Il faut également qu'il remplisse les conditions particulières à chaque infraction voire certaines fonctions spécifiques nécessaires à la constitution de l'incrimination (Paragraphe 1).

Par ailleurs, la situation irrégulière de la personne poursuivie accentue la particularité de l'auteur de l'infraction (Paragraphe 2).

Paragraphe I : En raison des spécificités de ces incriminations

24. En vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale qui interdit d'étendre l'application d'un texte à des situations non expressément visées, seules les personnes ayant la qualité spécifiquement définie par les dispositions légales pourraient être poursuivies.

Les personnes pouvant être poursuivies varient donc en fonction de la particularité de l'incrimination concernée ou plus précisément des exigences légales relatives à l'incrimination en question.

Sans la qualité requise par la loi, on ne saurait être auteur de ces incriminations spécifiques.

D'une façon générale, la portée des expressions « *personne dépositaire de l'autorité publique* », « *personne chargée d'une mission de service public* » ou « *personne investie d'un mandat électif public* » est plus ou moins réduite en fonction des incriminations concernées. Elle varie selon les matières régies.

A – LA PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES PROPRES À CHAQUE INCRIMINATION

25. L'article 432-10 du Code pénal sanctionnant la concussion stipule « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende.*

Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires »⁵².

En conséquence, pour être poursuivie, la personne doit non seulement être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, mais elle doit en plus avoir le pouvoir, en vertu de ses fonctions, d'exiger ou d'ordonner de percevoir d'autrui, à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder

⁵² L'appel aux formules des juristes (V. FAUSTIN HELIE, *Théorie du code pénal*, t. 2, 5^e éd., 1872, LGDJ, p. 554) permet mal de sortir de la relative confusion qui a longtemps mêlé la corruption et la concussion dans la législation qui, notamment sous Jules César, entendait réprimer les perceptions illicites et punir les coupables tout en garantissant la répétition de l'indu. L'ancien droit s'efforça également de cerner la concussion en tant qu'abus d'autorité qui conduisait à extorquer au profit des autorités publiques royales, seigneuriales, militaires ou judiciaires, des sommes indues ou excédant le dû. Il les qualifiait tantôt de malversations (V. R. GARRAUD, *Traité de droit pénal français*, t.4, 3^e éd., 1922, Sirey, p. 340).

Le Code pénal français de 1791 distingua la corruption de la concussion. Cette dernière fut prévue en tant que crime. On édicta des règles particulières relatives à l'instruction et au jugement de cette infraction passible de six années de fers ; on s'abstint cependant d'en donner une définition claire. Elle fut finalement proposée par l'article 174 du Code pénal qui précisa que l'infraction était commise « *en ordonnant de percevoir ou en exerçant ou en recevant ce qu'on savait n'être pas dû ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires et traitements* ». Le Code pénal de 1810 avait distingué dans la lourdeur de la répression de la concussion, les fonctionnaires passibles de la réclusion, des commis passibles de l'emprisonnement. Dès 1863, le législateur, considérant dans l'exposé de ses motifs que « *le temps des grandes concussions était passé* » et que « *la régularité de notre système administratif et financier les rendait à peu près impossibles* », distingua entre la concussion criminelle et la concussion correctionnelle selon le montant de la somme perçue de manière indue.

Le Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, continue de réprimer la concussion en tant que manquement au devoir de probité. Cette infraction est désormais prévue et réprimée par l'article 432-10 dudit code où elle précède les dispositions répressives concernant la corruption passive et le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêt, le favoritisme et le détournement de biens publics.

Les valeurs sociales juridiquement protégées par le délit de concussion sont diverses. Il y a tout d'abord la prospérité des finances publiques qui doit être garantie contre les exonérations abusives. Il y a aussi et surtout le patrimoine des contribuables, *lato sensu*, qui doit être mis à l'abri de l'abus d'autorité publique commis en exigeant indument un versement ou en percevant une somme dépassant ce qui était légalement dû.

La concussion veut également garantir la transparence et la rigueur des flux financiers alimentant les caisses publiques.

Enfin, il est clair que la répression de la concussion vise à affermir la probité des agents publics et par là-même, l'image et, plus fondamentalement, la légitimité des collectivités publiques qu'ils représentent aux yeux des citoyens.

ce qui est dû ; ou le pouvoir d'accorder une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires.

Elle doit être chargée de fonctions d'ordonnancement des dépenses publiques et de perception des taxes et impôts.

Autrement dit, il faut qu'elle ait reçu le pouvoir de percevoir des taxes publiques. C'est le cas, par exemple, des adjudicataires d'impôts qui doivent avoir reçu le pouvoir de percevoir des taxes publiques pour pouvoir être poursuivis pour des faits de concussion.

Ce qui pourra caractériser l'auteur de la concussion sera donc, au-delà de son statut particulier au sein de la fonction publique, la capacité d'exercice de prérogatives lui permettant de procéder à la perception. Il faut rechercher si, pour obtenir la perception indue, le prévenu était en position de percevoir ou de provoquer la perception ou au contraire la non-perception de ce qui était dû. La perception illicite effectuée par le prévenu doit se rattacher à l'exercice de sa fonction et, plus précisément, à l'exercice des compétences qui y sont attachées.

Ont été ainsi condamnés, un préposé des douanes⁵³, un commissaire de police⁵⁴, un magistrat⁵⁵, un maire⁵⁶, un auxiliaire de bureau dans la fonction publique⁵⁷.

A également été condamné un maire pour avoir exonéré l'acquéreur et l'occupant d'un terrain communal du paiement du prix de ce dernier en s'abstenant volontairement de passer l'acte de vente dudit terrain, autorisé par le conseil municipal⁵⁸.

- 26.** L'article 432-12 du Code pénal sanctionnant la prise illégale d'intérêts stipule « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende* »⁵⁹.

⁵³ Crim. 21 avr. 1821 : Bull. crim. n° 65

⁵⁴ Crim. 1^{er} oct. 1852 : D. 1852. 5. 290

⁵⁵ Crim. 2 avr. 1896 : DP 1896. 1. 440

⁵⁶ Crim. 21 oct. 1897 : Bull. crim. n° 323

⁵⁷ Crim. 4 mai 1979 : Bull. crim. n° 159; Gaz. Pal. 1980. 1. Somm. 168 ; RSC 1980. 126, obs. Vitu

⁵⁸ Crim., 10 octobre 2012, n° 11-85.91 ; autre décision : Condamnation à la peine de 15 mois d'emprisonnement assortie du sursis de deux policiers municipaux à qui il était reproché d'avoir exigé de commerçants ambulants des droits de place majorés (Tribunal correctionnel de Dax, 15 avril 2013)

⁵⁹ L'article 432-12 du Code pénal de 1992 perpétue, en des termes renouvelés, les dispositions répressives issues de l'article 175 du Code pénal de 1810 qui, selon la doctrine classique, puisent directement leur inspiration aux sources du droit romain et de l'ancien droit. Alors que, déjà en son temps, le *Digeste* atteste de l'interdiction faite aux gouverneurs de province de se livrer à une acquisition ou à une construction quelconque dans l'étendue de

Les personnes visées doivent non seulement entrer dans l'une des trois catégories classiques prévues par le législateur, mais elles doivent en plus avoir la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de certains actes ou de certaines opérations, à l'occasion desquels elles seraient susceptibles d'être poursuivies pour ingérence⁶⁰.

Cette exigence légale exclut donc du domaine d'application du texte toutes les personnes qui, bien que ressortissant à l'une ou à l'autre des catégories dont il s'agit, n'assureraient aucune des fonctions de surveillance ou d'administration envisagées par la loi⁶¹.

Entrent dans la catégorie des personnes pouvant être poursuivies, les membres de diverses commissions nationales, régionales, départementales ou municipales chargés de formuler des avis à l'autorité publique ou de statuer eux-mêmes sur des dossiers, des demandes, des projets, qui nécessitent des autorisations, des agréments ou des habilitations officielles⁶².

leur circonscription, les ordonnances royales de Louis IX en 1254, de Charles VI en 1388 et de Louis XIV en 1670 défendent elles aussi en particulier « *aux sénéchaux, baillis et autres juges que par soy ni par personnes interposites, ils n'empruntent argent ou autre chose des subgez de leur sénéchaussée, baillage ou administration* », mais également « *à tous juges, greffiers, huissiers, archers ou autres officiers de justice [...] de se rendre adjudicataires [des biens des condamnés] sous leur nom, ou sous noms interposez, sous quelque prétexte que ce soit* » (cité par R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3, 3^e éd., 1922, Sirey, p. 358, n° 1510, note 2 ; *adde* : A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. II, 5^e éd., 1872, LGDJ, p. 580, n° 822).

De prohibitions spéciales quant aux personnes et aux actes, il n'est plus question ni dans le Code pénal de 1810, exception faite de l'article 176 tombé rapidement en désuétude, ni dans le Code pénal de 1992, sauf à tenir compte, d'une part, de l'article 69 du Code du domaine de l'Etat – dont le dernier alinéa renvoie aux pénalités édictées par l'article 432-12 du Code pénal – et, d'autre part, de l'article L. 423-11 du Code de la construction et de l'habilitation (CCH) destiné à réprimer – aux moyens de pénalités moindre à celles édictées par l'article 432-12 du Code pénal – spécifiquement la partialité des administrateurs et de toute personne employée par les organismes d'habitations à loyer modéré (pour une illustration, V. Cass. crim. 2 mai 2001, RD imm. 2001. 511, note M. Segonds) et de l'article L. 822-11 du Code de commerce destiné à prévenir spécifiquement là encore la partialité des commissaires aux comptes (*adde*, art. L. 820-6 et L. 822-11 C. com. ; V. A. COURET et M. TUDEL, *Le nouveau contrôle légal des comptes*, D. 2003. 2290, spéc. P. 2294 et 2297). Le délit d'ingérence autrefois, le délit de prise illégale d'intérêts désormais édicte une prohibition générale dont le cercle n'a cessé de s'élargir, sous réserve des exceptions édictées par le législateur à compter de la loi n° 67-467 du 17 juin 1967, jusqu'à atteindre toutes les personnes associées à la gestion des affaires publiques dans le dessein de les dissuader de posséder un intérêt quelconque dans une affaire placée sous leur autorité. La chambre criminelle de la Cour de cassation a tenu à préciser que les termes de l'incrimination « *suffisamment précis ne sont pas contraires au principe de légalité des délits et des peines* » (Cass. crim. 30 juin 2004, n° 03-81.061).

⁶⁰ Par essence – puisque destiné à réprimer la partialité fonctionnelle – le délit de prise illégale d'intérêts suppose au préalable pour être constitué que l'agent public « *soit investi de responsabilités lui conférant un pouvoir effectif* » (W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., 2000, Dalloz, p. 276, n° 208), ce pouvoir, « *capital puisqu'il réalise le lien entre l'agent et l'affaire* » (W. JEANDIDIER, *op. cit.*), se caractérisant, selon les termes même de l'article 432-12 du Code pénal, par « *la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* » de l'affaire considérée. A défaut, c'est à tort que l'on retiendrait l'agent dans les liens de la prévention (Cass. crim. 10 févr. 1988, Bull. crim., n° 69, D. 1988. 197 ; note G. Azibert ; 6 août 1996, n° 95-84.602, Bull. crim. n° 305, Dr. Pén. 1996, comm. 263, note M. Véron).

⁶¹ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 20, art. 432-12 et 432-13

⁶² Selon une jurisprudence constante, le « *délit de prise illégale d'intérêts est consommé dès que le prévenu a pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement, un intérêt dans une affaire dont il avait l'administration ou la surveillance, celles-ci se réduiraient-elles à de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres* » (Cass. crim. 14 juin 2000, n° 99-84.054, Bull. Crim., n° 221, Dr. pén. 2001, comm. 5, note M. Véron). Suffisent ainsi à caractériser l'administration ou la surveillance au sens des délits d'ingérence et de la prise illégale d'intérêts : ...l'avis favorable formulé par un maire à la demande d'un permis de construire dont l'octroi relevait de la compétence du préfet (Cass. crim. 7 oct. 1976, Bull. Crim., n° 285, D. 1976, IR 293, Rev. sc. Crim. 1977. 325, obs. A. Vitu) ; ...le fait, pour un adjoint au maire exerçant les fonctions de notaire d'intervenir

« Constitue une prise illégale d'intérêts le fait pour un élu d'assister aux séances de l'organe délibérant au cours desquelles des subventions sont attribuées à une association dont il est un membre important »⁶³.

La chambre criminelle de la Cour de cassation précise que *« La participation, serait-elle exclusive de tout vote, d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du Code pénal ».*

Se rend coupable de prise illégale d'intérêts le maire qui a rendu constructibles des terrains qui ont fait l'objet d'une autorisation de lotir au profit d'une société de promotion immobilière dont il est l'associé principal. S'il n'a pas pris part au vote, il a néanmoins présidé les séances du conseil municipal et a été actif dans la détermination de la zone à urbaniser et a assuré le suivi de l'opération.

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que M. Y est poursuivi, en sa qualité de maire de T, du chef de prise illégale d'intérêts pour avoir pris ou reçu un intérêt, lors de la transformation du plan d'occupation des sols de cette commune en plan local d'urbanisme, qui a rendu constructibles des terrains qui ont fait l'objet d'une autorisation de lotir au profit de la société de promotion immobilière U ont il était l'associé principal ;

Attendu que, pour le déclarer coupable de ce chef, l'arrêt relève que M. Y a, en sa qualité de maire, poursuivi la révision du POS, en siégeant au sein de la commission de révision, en adressant des courriers aux diverses organismes et administrations concernés et en présidant les réunions d'information ; que les juges ajoutent que le prévenu, s'il n'a pas pris part au vote des délibérations des 8 septembre 2005 et 7 août 2006, au cours desquelles le PLU a été présenté puis adopté, a néanmoins présidé lesdites séances du conseil municipal, a pris une part active dans la détermination de la zone à urbaniser et a assuré le suivi de cette opération ; qu'ils retiennent encore que le prévenu avait anticipé l'achat de terrains appartenant à la zone à urbaniser, les statuts de la société U ayant été signés dès le 16 septembre 2005 et

dans la préparation comme dans l'adoption de décisions de conseil municipal qui conditionnent ou influent directement sur la réalisation d'actes passés dans l'office notarial dont il est l'un des titulaires (Cass. crim. 2 févr. 1988, Bull. Crim., n° 51); ...la préparation par le membre de l'assemblée d'un territoire d'outre-mer de l'engagement de son épouse et de sa sœur (Cass. crim. 22 sept. 1998, Dr. pén. 1999, comm.21, note M. Véron); ...la mission de maîtrise d'œuvre confiée à un architecte pour le compte d'une collectivité ou d'un organisme public (Cass. crim. 14 juin 2000, n° 99-84.054, Bull. Crim., n° 221, Dr. pén. 2001, comm. 5, note M. Véron); ...le concours apporté par un ingénieur du Commissariat à l'énergie atomique à un délégué régional de l'ANVAR dans l'instruction des dossiers de demande d'aide à l'innovation (Cass. crim. 27 févr. 2002, n° 01-86.024, Bull. Crim., n° 48, JCP 2002. IV. 1747; adde : Cass. Crim. 21 sept. 2005, n° 04-85.056); ...l'avis favorable émis par un maire-adjoint à la reconduction d'une demande de subvention présentée par une association dans le fonctionnement de laquelle il avait une grande influence (Cass. crim. 9 mars 2005, Bull. Crim., n° 81, Dr. pén., comm. 115, note M. Véron, Petites affiches 8 août 2005, n° 156, p. 12

⁶³ Cass. crim., 9 février 2011, n° 10-82.988

comportant un état des actes accomplis pour le compte de cette société en formation mentionnant des actes sous seing privé d'acquisitions desdits terrains ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que le maire a seul l'administration de l'ensemble des affaires de la commune, en application de l'article L. 2122-18 du Code général des collectivités territoriales, notamment celles relevant de ses pouvoirs de préparation et d'exécution du plan local d'urbanisme, la cour d'appel, qui a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit de prise illégale d'intérêts dont elle a déclaré le prévenu coupable, a justifié sa décision »⁶⁴.

Il résulte donc des dispositions de l'article 432-12 du Code pénal et de la jurisprudence qu'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public se rend coupable de prise illégale d'intérêts, si elle prend une décision au nom de la collectivité dans une affaire la concernant, qu'il en est de même en cas de simple présence, sans prise de part au vote, aux délibérations à l'issue desquelles la décision est prise. Constitue également une prise illégale d'intérêts la participation aux travaux préparatoires d'un dossier, même si la personne ne délibère pas par la suite sur celui-ci.

Peuvent également être poursuivis pour prise illégale d'intérêts, les personnes ayant les pouvoirs d'ordonnancement et de paiement des dépenses publiques, les personnes ayant la qualité d'administrateur et d'ordonnateur des dépenses⁶⁵.

En l'espèce, un maire également président d'un syndicat mixte d'aménagement d'une base de plein air, a été condamné du chef de prise illégale d'intérêts pour avoir fait réaliser par des employés communaux ou du syndicat mixte précisé, sur leur temps de travail, des travaux d'entretien et de rénovation de biens immobiliers ou de terrains lui appartenant.

Cette décision est justifiée dès lors que, d'une part, le maire a seul l'administration de l'ensemble des affaires de la commune, en application de l'article L. 2122-18 du Code général des collectivités territoriales, et, d'autre part, le président d'un syndicat mixte est l'ordonnateur des dépenses et prescrit l'exécution des recettes dudit syndicat.

Ont été aussi condamnés, par exemple, le maire d'une commune qui, par ses pouvoirs de préparation ou de propositions des décisions de son conseil municipal, fait exclure du périmètre d'une ZAC divers lots ou immeubles sur lesquels il possède des intérêts⁶⁶ ; l'inspecteur des

⁶⁴ Cass. crim., 23 février 2011, n° 10-82.880

⁶⁵ Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-81.918, D : JursiData n° 2012-003608

⁶⁶ Crim. 7 oct. 1976 : Bull. crim. n° 285 ; RSC 1977. 325, obs. Vitu

impôts qui, moyennant rémunération, s'engage vis-à-vis d'un contribuable soumis à sa surveillance, à présenter une réclamation en vue de lui obtenir un allègement d'impôts⁶⁷.

De même, dès lors que l'auteur, chargé d'une mission de service public, n'a jamais eu la charge d'administrer, de surveiller, de liquider ou de payer l'entreprise dans laquelle il est intervenu en qualité de formateur occasionnel, le délit n'est pas constitué⁶⁸.

Il faut et il suffit que l'agent ait la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de l'opération dans laquelle il possède un intérêt⁶⁹.

Il est nécessaire de caractériser l'autorité ou la « *tutelle* »⁷⁰ exercée par l'agent public sur l'affaire.

S'agissant des fonctions de liquidation ou de paiement qui ne soulèvent pas de difficultés majeures, il convient de souligner que « *le mandatement des charges afférentes à une opération [...] vaut liquidation au sens de l'article 432-12, peu important que les paiements fussent effectués par une tierce personne* »⁷¹.

Les fonctions de « *surveillance* » et d'« *administration* » ont, quant à elles, une portée imprécise⁷².

Comme nous l'avons déjà souligné, selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, « *la participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration au sens de l'article 432-12 du Code pénal* »⁷³.

⁶⁷ Crim. 3 avr. 1991 : Bull. crim. n° 157 ; D. 1992. 225, note Pagnon

⁶⁸ Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83.728

⁶⁹ Cass. crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697, Bull. Crim., n° 48, Dr. pén. 2005, comm. 114, note M. Véron, Rev. sc. crim. 2005. 560, note J.-P. Delmas Saint-Hilaire

⁷⁰ A. VITU, Prise illégale d'intérêts, J.-Cl. Pén., art. 432-12 et 432-13, n° 25

⁷¹ Cass. crim. 14 déc. 2005, n° 05-83.898

⁷² Cass. ass., plén., 4 juill. 2008, n° 00-87. 102 : le prévenu exposait que, pour être réalisé, le délit de prise illégale d'intérêts, incriminé à l'article 432-12 du Code pénal, suppose de prendre un intérêt dans une entreprise ou une opération dont on a « *la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ». Or, selon le prévenu, lors de la désignation des sociétés, il ne disposait pas de telles responsabilités lui conférant le pouvoir d'imposer le choix des sociétés dans lesquelles il avait un intérêt. Ce pouvoir dont doit disposer la personne poursuivie est apprécié par les juridictions du fond à partir d'un faisceau d'éléments factuels dont elles peuvent déduire la réalité du pouvoir. Dans cette espèce, la Cour d'appel avait admis que le prévenu disposait d'un pouvoir de surveillance, de décision et d'administration sur les opérations de formation, parce que « *ses compétences dans les domaines de la bureautique et de l'informatique lui conféraient une autorité et une notoriété lui permettant d'imposer ses propositions à la personne chargée de la formation* ». Dès lors, la prise illégale d'intérêts était pleinement constituée.

⁷³ Cass. crim. 19 mai 1999, n° 98-80.726, Bull. Crim., n° 101, D. 2000, somm. 124, obs. M. Segonds, Dr. pén. 1999, comm. 139, note M. Véron, RTD com. 1999. 1000, obs. B. Bouloc; rapp. Cass. Crim. 4 avr. 2001, Bull. crim., n° 93 ; comp. Cass. Crim. 10 févr. 1988, Bull. Crim., n° 69, D. 1988. 197, note G. Azibert

La doctrine a soutenu que l'assimilation de l'acte de délibération à l'acte de surveillance contredisait le sens de l'article 432-12 du Code pénal visant « *fondamentalement l'exercice d'attributions personnelles* »⁷⁴.

Cette assertion n'est pas à l'abri de toutes critiques dans la mesure où, l'emploi au sein de cet article de l'expression « *en tout ou partie* », autorise à prendre en considération non seulement un pouvoir de décision personnel mais également un pouvoir de décision collégial.

Il convient de rappeler que l'article L 2131-11 du Code général des collectivités territoriales dispose : « *Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ».

Cependant, en vertu du principe de l'autonomie du droit pénal, l'annulation de ces délibérations par le juge administratif, est sans incidence sur la qualification pénale des faits.

Selon la Cour d'appel de Caen, « *contrairement à ce que soutient, ou souhaite, l'avocat du prévenu, la notion de surveillance ou d'administration d'une opération doit être entendue au sens large. Il n'est en effet pas nécessaire que l'élu dispose du pouvoir de décision au nom de la puissance publique et il suffit qu'il ait participé à une délibération portant sur une affaire dans laquelle il avait un intérêt, peu important que sa voix n'ait aucune influence sur la décision (il s'agit là d'une approche différente de la juridiction administrative qui, pour annuler un acte en raison d'un intérêt personnel d'un des décideurs, regarde le poids qu'il a eu sur le vote). Bien plus, la participation, même exclusive de tout vote, par un élu à un organe délibérant d'une collectivité publique, peut caractériser la surveillance ou l'administration lorsque la délibération a porté sur une affaire dans laquelle l'élu, ou le dépositaire de l'autorité publique avait un intérêt...*

... Il importe peu de savoir si, en prenant cette position, le prévenu défendait également l'intérêt général, en rendant moins onéreux le transport (étant cependant rappelé que, finalement, le départ nord a été abandonné). Il importe également peu de savoir si E. V., en agissant ainsi, a recherché un gain ou un avantage personnel et a causé un préjudice. ; En effet, le délit de prise illégale d'intérêts se consomme finalement par le seul abus de la fonction puisqu'il s'agit d'une demande de neutralité de l'élu qui ne peut, dans ses fonctions électives, aborder un domaine où il a des intérêts personnels. ... »⁷⁵.

⁷⁴ J. BENOIT, Rép. Collectivités locales, fasc. 12200-5, n° 119

⁷⁵ Cour d'appel de Caen, chambre des appels correctionnels, arrêt du 2 mars 2015, N° 152/2015

Concernant l'ingérence, il convient de noter qu'elle peut concerner non seulement une entreprise, mais aussi un acte juridique isolé⁷⁶.

La prise illégale d'intérêts est caractérisée à l'encontre d'une personne dépositaire de l'autorité publique, dès lors que cette dernière a acquis les parts d'une société liée contractuellement avec l'organisme public dont elle est la représentante. Le fait que l'organisme ait connaissance de ses liens avec la société ne justifie pas la prise illégale d'intérêts⁷⁷.

Se rend également coupable de prise illégale d'intérêts, le maire d'une commune qui demande à l'entreprise attributaire d'un marché public de réaliser des travaux non compris dans l'acte d'engagement initial, sans les autorisations nécessaires et en violation de l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, afin de favoriser l'un des membres du conseil municipal⁷⁸.

⁷⁶ Sont ainsi susceptibles de répondre aux exigences du Code pénal : ...un acte de concession au bénéfice d'une société créée par le maire (Cass. crim. 5 juin 1890, DP 1891. 1. 42), un marché de travaux d'adduction et de distribution d'eau (Cass. crim. 2 nov. 1961, Bull. crim., n° 438, Rev. sc. crim. 1962. 327, obs. L. Hugueney; 3 avr. 1991, Bull. Crim., n° 157, D. 1992. 225, note C. Pagnon, JCP 1991. IV. 270); ...une société civile (Cass. crim. 25 juin 1996, n° 95-80.592, Bull. crim., n° 273); ...une opération immobilière (Cass. crim. 23 févr. 1966, Bull. crim., n° 64); ...une opération de vérification fiscale (Cass. crim. 11 mars 1976, Bull. crim., n° 93, JCP 1976. II. 18460, note A. Vitu, D. 1976, IR 130, Gaz. Pal. 1976. 1. 405); une demande de permis de construire (Cass. crim. 7 oct. 1976, Bull. crim. n° 285, D. 1976, IR 293, Rev. sc. crim. 1977. 325, obs. A. Vitu; 18 juin 1996, Dr. pén. 1996, comm. 263, note M. Véron); ...les aménagements d'une propriété de la commune et la concession d'un bail emphytéotique (Cass. crim. 2 févr. 1988, Bull. crim., n° 51); ...la fixation des limites des prix pour enchères (Cass. crim. 2 févr. 1988, préc.); ...un contrat de travaux de rénovation (Cass. crim. 4 juin 1996, n° 94-84.405, Bull. crim., n° 231, Dr. pén. 1996, comm. 262, note M. Véron, JCP 1997. I. 3998, chron. M. Véron, Rev. sc. crim. 1997. 371, obs. B. Bouloc, RTD com. 1997. 156, obs. B. Bouloc); ...l'embauche du personnel communal et les dépenses afférentes aux emplois communaux (Cass. crim. 7 mai 1998, n° 97-81.102, Bull. crim., n° 175, Dr. pén. 1998, comm. 128, note M. Véron; adde : Cass. crim. 22 sept. 1998, Dr. Pén. 1999, comm. 21, note M. Véron; Cass. crim. 18 oct. 2000, n° 99-88.139, Bull. crim., n° 301); ...une sous-concession du domaine public (Cass. crim. 5 nov. 1998, n° 97-80.419, Bull. crim., n° 289, JCP 1999. II. 10182, note W. Jeandidier, RTD com. 1999. 771, obs. B. Bouloc); ...l'attribution d'une subvention (Cass. crim. 11 juin 1998, n° 97-80.905, D. 1999, somm. 159, obs. M. Segonds; Cass. crim. 19 mai 1999, n° 98-80.726, Bull. crim., n° 101, D. 2000, somm. 124, obs. M. Segonds, Dr. pén. 1999, comm.139, note M. Véron, RTD com. 1999. 1000, obs. B. Bouloc; Cass. crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.286, Bull. crim., n° 84, D. 2003, somm. 246, obs. M. Segonds); ...des travaux de construction de bâtiments communaux (Cass. crim. 29 sept. 1999, n° 98-81.796, Bull. crim., n° 202, D. 2000, somm. 125, obs. M. Segonds, Dr. pén. 2000, comm. 15, note M. Véron, RTD com. 2000. 473, obs. B. Bouloc); ...l'attribution d'un marché public (Cass. crim. 14 juin 2000, n° 99-84.054, Bull. crim., n° 221, Dr. pén. 2001, comm. 5, note M. Véron; adde : 21 juin 2000, n° 99-86.871, Bull. crim., n° 239, 3 mai 2001, n° 00-82.880, Bull. crim., n° 106, Dr. pén. 2001, comm. 99, obs. M. Véron); ...des opérations financières pour le compte de majeurs protégés (Cass. crim. 21 févr. 2001, n° 00-81.167, D. 2001, somm. 2353, obs. M. Segonds); ...la remise gracieuse de redevances impayées (Cass. crim. 21 nov. 2001, n° 00-87.532, Bull. crim., n° 243, D. 2003, somm. 245, obs. M. Segonds); ...des dossiers de demande d'aide à l'innovation (Cass. crim. 27 févr. 2002, n° 01-86.024, Bull. crim., n° 48, JCP 2002. IV. 1747); ...l'acquisition d'un bien immobilier (Cass. crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.286, Bull. crim., n° 84, D. 2003, somm. 246, obs. M. Segonds).

⁷⁷ Crim. 9 sept. 2008, n° 07-87.900

⁷⁸ Crim. 29 juin 2011, n° 10-87.498, Dalloz actualité 25 juill. 2011, obs. Bombled.

D'autres décisions sont également à noter : Condamnation à quatre mois d'emprisonnement assorti du sursis et à 10 000 euros d'amende d'un maire qui avait attribué un marché public à une entreprise dirigée par son fils (Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 13 janvier 2010); Condamnation du président d'un syndicat mixte, également maire d'une commune, à la peine de six mois d'emprisonnement assorti du sursis, 10 000 euros d'amende et cinq ans de privation des droits civiques, civils et de famille, pour prise illégale d'intérêts (emploi de fonctionnaires territoriaux à des fins de travaux personnels) (Tribunal correctionnel de Verdun, 17 mars 2010); Condamnation d'un ancien chef de l'État à la peine de deux ans d'emprisonnement assorti du sursis pour des faits de « détournement de fonds

En l'espèce, le maire a ordonné à une entreprise attributaire d'un marché de travaux d'effectuer des travaux supplémentaires de dragage d'un port, à la suite de la demande d'un élu qui ne pouvait, sans ces travaux supplémentaires, faire pénétrer dans le port le bateau de pêche dont il était propriétaire. En agissant ainsi, le maire a favorisé sciemment un élu municipal et a ainsi pris un intérêt indirect dans les opérations.

Constitue une prise illégale d'intérêts, à l'occasion d'une vente d'un ensemble immobilier dont le propriétaire souhaitait céder l'intégralité, sans recourir à une vente à la découpe, la participation d'un maire à la délibération du conseil municipal autorisant la commune à acquérir une partie de l'immeuble, l'autre étant acquise par une société dont l'élu était gérant de fait⁷⁹.

L'ingérence peut également concerner l'activité éolienne. En effet, selon le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), le développement de l'activité éolienne semble s'accompagner de nombreux cas de prise illégale d'intérêts impliquant des élus locaux.

« L'ingérence des élus peut être constituée à différentes étapes de la procédure d'implantation des éoliennes (zone de développement éolien, permis de construire ...). A la lecture des procédures qui lui ont été communiquées ou pour lesquelles son avis a été sollicité, le SCPC a pu relever qu'il ne s'agissait pas toujours de simples négligences, mais parfois d'agissements délibérés, leurs auteurs étant motivés par les revenus substantiels tirés de l'implantation d'éoliennes sur des terrains leur appartenant et par un régime fiscal favorable.

Il a pu être également constaté une forte pression exercée sur les élus, invités dans le cadre de « Chartes morales d'étroite collaboration » à soutenir la société dans l'élaboration du projet,

publics », « abus de confiance » et « prise illégale d'intérêts » (affaire dite des « emplois fictifs ») (Tribunal correctionnel de Paris, 11^e chambre, 15 décembre 2011).

⁷⁹ Cass. Crim. 27 février 2013 – n° 12-80-632.

D'autres décisions sont à noter : Condamnation à la peine de 3 000 euros d'amende d'un maire du chef de prise illégale d'intérêts pour avoir retiré deux permis de construire accordés par son prédécesseur pour la construction d'un ensemble immobilier, alors qu'il était par ailleurs président d'une association de riverains qui s'opposait au projet (Tribunal correctionnel de Caen, 18 décembre 2012) ; Condamnation à une peine de 2 000 euros d'amende, dont 1 000 assortie du sursis, d'un adjoint à l'urbanisme du chef de prise illégale d'intérêts. Il lui était reproché d'avoir participé à la commission chargée d'élaborer le nouveau plan local d'urbanisme (PLU) de la commune ayant décidé de passer en zone constructible un terrain agricole appartenant à son beau-frère. Ce dernier, également poursuivi pour recel, a été condamné à une peine d'amende de 2.000 euros d'amende dont 1 000 assortie du sursis (Tribunal correctionnel des Sables d'Olonne, 9 janvier 2013) ; Condamnation d'un adjoint à l'urbanisme d'une commune à qui il était reproché la délivrance d'un permis de construire pour la construction d'une buvette à proximité de l'office de tourisme alors que sa fille, architecte, avait instruit le dossier (Tribunal correctionnel de Toulon, 11 février 2013) ; Suite à la plainte d'une association opposée à un projet d'implantation de onze éoliennes dans une commune, condamnation à la peine de 1.000 euros d'amende d'un conseiller municipal dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il était reproché à l'élue d'avoir participé à la délibération créant la zone de développement de l'éolien (ZDE), alors qu'elle était propriétaire de parcelles situées dans l'emprise de la ZDE (Tribunal correctionnel d'Argentan, juin 2013)

et en particulier à l'assister dans toute démarche administrative permettant de faire avancer le projet.

On peut s'interroger sur la régularité et la portée de tels accords qui impliquent directement les élus dans le développement du projet et créent selon nous, une confusion entre l'intérêt public que doit servir l'élu et l'intérêt privé du promoteur éolien, voire même un risque de collusion.

Il serait à tout le moins indispensable de préciser, dans ces documents, les limites de cet engagement de collaboration et de rappeler le principe déjà évoqué de neutralité de la décision prise au nom de la collectivité publique qui a pour objet d'éviter, en toute occasion, toute confusion entre l'intérêt privé de celui qui prend, participe ou prépare la décision et l'intérêt public dont il a la charge en qualité d'élu »⁸⁰.

La problématique de l'implantation des éoliennes et des rapports d'intérêts des élus locaux a d'ailleurs fait l'objet d'une question écrite à l'Assemblée nationale et au Sénat en novembre 2014.

Le ministre de l'Intérieur rappelle dans sa réponse le principe de désintéressement absolu imposé par l'article 432-12 du Code pénal aux élus et les risques engendrés :

« Un élu municipal, propriétaire d'un terrain sur lequel il est prévu ou envisagé d'implanter une éolienne, qui participerait à une séance du conseil municipal au cours de laquelle un débat, en dehors de tout vote, aurait lieu sur le projet d'ensemble d'implantation d'éoliennes sur le territoire de la commune, pourrait effectivement être poursuivi pour prise illégale d'intérêts. Par ailleurs, le même élu qui participerait, en outre, à un vote visant à donner un avis sur le projet d'ensemble, pourrait être considéré comme un conseiller intéressé au sens de l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales. La délibération relative à cet avis serait alors illégale et susceptible d'entraîner l'illégalité d'autorisations relatives à la réalisation du projet d'ensemble dès lors que cet avis serait pris en considération dans le cadre de la procédure administrative. Ces éléments ne peuvent cependant être présumés et doivent être examinés au cas par cas par le juge compétent »⁸¹.

⁸⁰ Service Central de la Prévention de la Corruption, Rapport 2013, page 119 à 120

⁸¹ Assemblée nationale question n° 68565, réponse publiée au JO le 31 mars 2015, p.2551, Sénat, question n°13736, réponse publiée au JO le 2 avril 2015, p.763

Des décisions ont été prononcées en matière d'éolienne : Par jugement en date du 23 octobre 2014, le TGI de Cahors a condamné 6 élus à des peines d'amende pour des faits de prise illégale d'intérêts, ayant participé à une délibération du conseil municipal au sujet de l'implantation du projet de parc éolien « PEYRE LEVADE », alors qu'ils détenaient directement ou indirectement un intérêt dans l'opération, en l'espèce étant, eux-mêmes ou certains de leurs proches, propriétaires de parcelles situés dans le plan de la zone d'étude du parc éolien (Tribunal correctionnel de Cahors, 23 octobre 2014, N° de minute 538/2014 ; jugement définitif) ;

Par jugement en date du 2 avril 2014, le tribunal correctionnel de Rodez a condamné une élue à la peine de deux mois d'emprisonnement assortie du sursis, 1 000 euros d'amende. À titre de peine complémentaire, cette même

Par ailleurs, il convient de préciser que l'exception prévue à l'article 432-12 alinéa 2 du Code pénal concernant les communes comptant 3 500 habitants au plus pour les transferts de biens mobiliers ou immobiliers et la fourniture de services, ne vise que les baux conclus entre le maire ou les conseillers municipaux, et non les membres de l'entourage familial proche⁸².

En effet, cet article dispose : « *Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros.*

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal ».

En conséquence, les élus des communes de moins de 3 500 habitants (contre 1 500 dans l'ancien article 175), exécutifs, adjoints ou conseillers délégués, peuvent traiter avec la commune dont ils sont élus et passer des contrats pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou pour la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000€.

Ces mêmes personnes peuvent aussi se porter acquéreurs d'une parcelle de lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle, ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour y édifier leur propre logement.

élue a été condamnée à la privation de tous ses droits civiques, civils et de famille pour une durée de deux ans. Il lui était reproché d'avoir pris part aux délibérations et au vote du conseil municipal concernant l'implantation d'éoliennes, alors qu'elle avait signé une promesse de bail avec l'exploitant et autorisé celui-ci à déposer un permis de construire, que des éoliennes devaient être implantées sur des terrains appartenant à son mari (4 éoliennes, 36 800 euros de loyer par an), à sa belle-sœur (1 éolienne, 9 200 euros de loyer par an) et à son beau-frère (1 éolienne, 500 euros de loyer par an) (Tribunal correctionnel de Rodez, 2 avril 20124 ; N° de minute 360/2014 ; jugement définitif sur l'aspect pénal) ; Par jugement en date du 26 février 2015, le tribunal correctionnel de Poitiers a condamné trois élus à la peine de 3 000 euros d'amende, dont 2 000 assortie du sursis. Il leur était reproché d'avoir participé aux délibérations du conseil municipal concernant l'implantation d'éoliennes, alors qu'ils étaient intéressés au projet (Tribunal correctionnel de Poitiers, 26 février 2015 ; N° de minute 286/2015 ; jugement définitif)

⁸² Crim., 6 avril 2011, n° 10-84.130

Lesdits élus peuvent en outre acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.

Ces actes doivent cependant avoir été autorisés par une délibération du conseil municipal, lors d'une séance publique à laquelle ne peut participer l' élu bénéficiaire et, s'agissant des biens, ils doivent avoir fait l'objet d'une évaluation par le service des domaines.

- 27.** Aux termes de l'article 432-13 du Code pénal sanctionnant la prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire, *« est puni de trois ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions »*⁸³.

Il faut donc que la personne poursuivie ait été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

Ne sont concernées par cette incrimination que les personnes qui avaient la qualité de fonctionnaires ou d'agents d'une administration publique avant la commission de l'infraction visée par cet article.

Sont donc exclues les personnes qui étaient seulement investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public ou les personnes qui n'ont jamais eu la qualité de

⁸³ Les dispositions de l'article 432-13 du Code pénal sont issues de l'article 10 de la loi budgétaire du 6 octobre 1919 qui les a incorporées à l'article 175 du Code pénale de 1810 dont elles ont composé les alinéas 4 et suivants jusqu'à la loi du 17 juin 1967, pour figurer ensuite à l'article 175-1 de l'ancien Code pénal et ainsi acquérir leur autonomie textuelle. Depuis sa création, le législateur a sensiblement accru le domaine d'application du délit, dans un premier temps par la loi du 23 décembre 1960, dans un deuxième temps par celle du 2 septembre 1990 et, en dernier lieu, à l'occasion de la refonte du Code pénal – à l'instigation de la Cour des comptes elle-même –, dans le dessein sans cesse réaffirmé de prévenir davantage encore les abus dont les fonctionnaires publics pourraient être tentés de se rendre coupables.

fonctionnaires avant la commission de l'infraction. Ces personnes ne pourront pas être poursuivies sur le fondement de l'article 432-13 du Code pénal.

Cependant, au moment des faits incriminés, la personne poursuivie peut avoir une qualité quelconque, excepté celle de fonctionnaire ou d'agent d'une administration publique.

En effet, par cette disposition, le législateur voulait empêcher que l'emploi accordé à l'ancien fonctionnaire par une entreprise dont il avait assuré la surveillance auparavant ne soit peut-être la récompense d'une surveillance coupable précédemment accordée à cette entreprise ; l'objectif du législateur était également d'enrayer la politique de certains groupements industriels qui essaient de débaucher et de prendre à leur service les meilleurs fonctionnaires, au risque d'aggraver la crise de recrutement qui avait régné, à certaines époques, dans la fonction publique.

A été condamné, par exemple, l'ancien inspecteur des impôts ayant exercé dans un département les fonctions de vérificateur général, et qui, depuis sa révocation, a été appelé, en qualité de conseiller salarié d'une société fiduciaire, à donner à certaines entreprises privées de ce département des conseils d'ordre juridique ou fiscal ou à établir leur bilan, peu important que l'intéressé, durant l'exercice de ses fonctions publiques, n'ait pas été appelé à procéder par lui-même à des contrôles directs à l'égard de ces entreprises ; il suffit, en effet, au regard de cet article, que le fonctionnaire ait eu une mission générale de contrôle ou de surveillance⁸⁴.

Les dispositions de l'article 432-13 du Code pénal interdisent à toute personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public, à raison même de sa fonction, d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ou d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, d'occuper un emploi dans ladite entreprise avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation des fonctions de surveillance ou de contrôle susmentionnées⁸⁵.

⁸⁴ Crim. 15 nov. 1982 : Bull. crim. n° 254 ; RSC 1983. 469, obs. Vitu

⁸⁵ Le Conseil d'Etat a prononcé l'annulation de l'arrêté interministériel prononçant le détachement d'un inspecteur d'une direction régionale de sécurité sociale auprès d'une caisse primaire placée auparavant sous son contrôle direct (CE, ass., 27 janv. 1969, Ministère du Travail c/ Synd. national des cadres des organismes sociaux, AJDA 1969. 158, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc, Rec. CE, p. 39, Dr. soc. 1969. 275, concl. Baudoin, D. 1969. 440, note J. Dutheil de la Rochère), ainsi que la nomination d'un inspecteur des lois sociales en agriculture en qualité de directeur d'une caisse de mutualité sociale agricole à l'égard de laquelle il exerçait jusqu'alors un contrôle direct en raison de ses fonctions (CE 31 janv. 1975, Synd. national des directeurs de la mutualité sociale agricole, Rec. CE, p. 73). Le Conseil d'Etat a encore considéré que les dispositions de l'article 432-13 du Code pénal faisaient « également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que doit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions » (CE, ass., 6 déc. 1996, Sté Lambda, AJDA 1997. 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, AJFP 1997. 35, note Simon, D. 1997. 57, note M. Dobkine, JCP 1997. II. 22752, note B. Hérisson, Petites affiches 29 janv. 1997, p. 10, note B. Poujade, *ibid.* 3 févr. 1997, p. 7, note F. Mallol, RD publ. 1997. 567, note J.-M. Auby, Rec. CE, p. 466, concl. D. Piveteau, RFD adm. 1997. 173, concl. D. Piveteau ; *adde* : J. DUFAU, Le « pantouflage » et le droit, Gaz. Pal. 1997. 2, doct. 1563 ; C. LEBIGOT, Une obligation de désintérêt renforcée pour les fonctionnaires détachés, Petites affiches 1998, n° 112). Par le même arrêt, le Conseil d'Etat a clairement

28. L'article 432-15 du Code pénal sanctionnant la soustraction et le détournement de biens stipule « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de déduire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 € d'amende* »⁸⁶.

Les dispositions de cet article ne peuvent donc s'appliquer qu'aux personnes qui détiennent des fonds, titres, actes, pièces ou effets compte tenu des fonctions dont elles sont investies ou de la mission qu'elles accomplissent.

Si donc une personne, bien que dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, s'approprie des fonds, détruit ou soustrait un document ou un titre qui ne lui avait pas été remis dans le cadre de ses fonctions ou de sa mission, mais dont elle s'est emparée indûment, elle sera poursuivie pour vol (C. pén., art 311-1) ou pour destruction d'objets appartenant à autrui (C. pén., art. 322-1 à 322-4) et non pour violation de l'article 432-15⁸⁷.

29. Aux termes de l'article 432-14 du Code pénal « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public 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, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une*

précisé « *que la circonstance que les dispositions de l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'Etat et des textes pris pour son application ne [s'appliquaient] pas aux fonctionnaires détachés [était] sans influence sur l'application des dispositions [...] de l'article 432-13 du code pénal* » (Rappr. CAA Nantes, 6 déc. 2002, n° 01NT00157).

⁸⁶ L'ancien Code pénal dans ses articles 254, 255 et 256 connaissait les faits de soustraction, destruction et enlèvement de pièces dans un dépôt public. L'auteur était passible de la réclusion criminelle à temps, cinq à dix ans, cette peine étant portée de dix à vingt ans lorsque le crime était « *l'ouvrage du dépositaire lui-même* » (C. pén. anc., art. 255). Les dépositaires négligents encouraient une peine correctionnelle de trois mois à un an d'emprisonnement et une amende de 500 à 15 000 F (C. pén. anc., 254).

L'incrimination visait les soustractions, destructions ou enlèvements de « *pièces ou de procédures criminelles, ou d'autres papiers, registres, actes et effets, contenus dans les archives, greffes ou dépôts publics, ou remis à un dépositaire public en cette qualité* ». Il était prévu par l'article 256 une cause d'aggravation de la peine criminelle quand les faits avaient été commis avec violences envers les personnes. Le détournement dans les dépôts publics était réprimé par les articles 169 et 173, tandis que l'article 439 réprimait les faits de destruction des registres, minutes, actes de l'autorité publique, mais aussi des effets de commerce ou de banque. Il s'agissait donc d'une législation pénale disparate, soulevant souvent des conflits de qualification.

Dans un souci de simplification et d'harmonisation, le nouveau Code pénal a instauré dans une rédaction semblable, deux incriminations qui regroupent à la fois les faits de destruction et soustraction et ceux de détournement, et qui ne se distinguent que selon que les faits sont commis par un particulier ou par le dépositaire public sous les articles 433-4 d'une part et 432-15 et 432-16 d'autre part, du Code pénal. L'incrimination est désormais plus large tant dans la définition de l'objet que dans celle des auteurs.

⁸⁷ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 20, art. 432-15 et 432-16.

mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de 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 »⁸⁸.

Il s'agit d'une définition particulièrement large, englobant différentes sortes d'agents. Le législateur a voulu clairement appliquer ce dispositif à l'ensemble des personnes participant directement ou non à la procédure de passation des marchés, qui peuvent donc être des élus, des fonctionnaires, mais aussi les collaborateurs du maître d'ouvrage.

La qualité de l'agent a ici moins d'importance ; elle doit seulement lui donner le pouvoir d'intervenir dans la mise en concurrence et dans le choix du bénéficiaire puisque sont sanctionnés les actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Ont été poursuivis sur le fondement du délit de favoritisme un maire, des conseillers municipaux, un maître d'œuvre, un conducteur d'opération.

Tous les membres de la commission d'appel d'offres peuvent faire l'objet de poursuites même s'il est établi que le maire a une influence prépondérante dans le choix de l'entreprise présentant l'offre économiquement la plus avantageuse⁸⁹.

⁸⁸ Jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, la violation par les décideurs publics des règles régissant la commande publique n'était sanctionnée que par l'annulation administrative de l'acte passé irrégulièrement. Le plus souvent cette sanction était peu efficace, dans la mesure où elle n'intervenait que postérieurement à l'exécution et au règlement de la convention. Aucune sanction pénale n'était, en revanche, encourue par les auteurs des faits. Cette situation fut très largement critiquée, et ce d'autant plus que différents scandales liés au financement de partis politiques témoignant de l'existence de pratiques douteuses en matières de marchés publics. Le législateur décida alors d'intervenir en la matière en sanctionnant une fraude heurtant « *la conscience morale* » (A. ROGER, *La notion d'avantage injustifié*, JCP 1998. I. 102). Il l'a fait par le biais de l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés (JO 5 janv.). Cette dernière est en effet venue instaurer l'infraction d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, infraction plus couramment nommée délit de « *favoritisme* » ou « *d'octroi d'avantage injustifié* ».

L'infraction a été complétée et modifiée à plusieurs reprises. Tout d'abord, lors de l'adoption du nouveau Code pénal, l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 a été inséré, par la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 (JO 23 juill.), à l'article 432-14 de ce code. De plus, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, sur la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques (JO 30 janv.), dite loi « Sapin », a étendu le champ d'application du délit aux conventions de délégation de service public. Notons que cette modification est restée dans un premier temps sans effet, puisque, à la date d'entrée en vigueur de la loi « Sapin », l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 avait déjà été abrogé par la loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992 (JO 23 déc.). C'est alors la loi n° 95-127 du 8 février 1995, relative aux marchés publics et aux délégations de service public (JO 9 févr.) qui, en réécrivant l'article 432-14, a intégré dans le droit positif les modifications et extensions souhaitées par la loi du 29 janvier 1993.

Il apparaît, à la vue des travaux préparatoires à la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, que, par cette infraction, le législateur a voulu créer un délit très large afin de préserver au mieux l'achat public. L'objectif est bien évidemment de garantir l'effectivité de la concurrence dans l'attribution des marchés publics et d'empêcher certaines dérives locales.

⁸⁹ TGI Quimper, 2 décembre 1999, n° 2995/99

En conséquence, en matière d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, la personne poursuivie, quelle que soit sa fonction, publique, privée ou élective, doit avoir le pouvoir d'intervenir dans la procédure d'attribution du marché, à quelque stade que ce soit : actes préparatoires, publicité, mise en concurrence, analyse de la décision, choix final, etc.⁹⁰.

Les personnes exerçant donc un contrôle a posteriori sur ces marchés ne peuvent être poursuivies sur le fondement de l'article 432-14, bien qu'ils soient dépositaires de l'autorité publique. En effet, la personne doit intervenir avant que le marché ne soit attribué.

Il s'agit, par exemple, du contrôleur financier, ou d'agents en charge du contrôle de légalité des actes des collectivités locales⁹¹, du comptable public, ainsi que les personnes compétentes pour notifier un marché. Toutefois, ces personnes peuvent être poursuivies en tant complices.

En effet, dans la plupart des cas, l'avantage injustifié accordé à un candidat à la commande publique intervient au stade de la passation du marché, lors de la mise en concurrence (non-

⁹⁰ La violation des règles relatives aux critères d'attribution et aux conditions de légalité des variantes prévues par le décret n° 93-990 du 3 août 1993 pris pour application de la loi du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, désormais visés par l'ordonnance no 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-87.447).

Est coupable du délit de favoritisme le maire qui autorise une augmentation de 5 % du prix d'un marché en raison de travaux supplémentaires non compris dans l'acte d'engagement, travaux demandés par la collectivité publique au titulaire du marché sans qu'un avenant ait été conclu (Cass. crim., 29 juin 2011, n° 10-87.498)

Procure nécessairement un avantage injustifié à l'entreprise attributaire la personne qui demande à des dirigeants d'entreprise de déposer des offres de couverture simulant une proposition concurrente pour faire apparaître une entreprise comme mieux disante dans le cadre d'un appel d'offres (Cass. crim., 16 novembre 2011, n° 11-80.433). Procure un avantage injustifié le maire qui attribue un marché à une entreprise qui n'est pas la moins disante en ne respectant pas les clauses du règlement de la consultation qui prévoyait que les lots maçonnerie et couverture étaient séparés, les candidats n'ayant pas l'obligation de concourir à la fois pour l'un et l'autre lot (Cass. crim., 6 avril 2011, n° 10-84.130).

Condamnation pour favoritisme d'un ancien maire et de son adjoint à qui il était reproché d'avoir confié à une société de production l'organisation d'un festival pour un montant de 200 000 euros, sans mise en concurrence et ce, malgré les avertissements du contrôle de la légalité. En répression le maire a été condamné à 12 mois d'emprisonnement assorti du sursis et 20 000 euros d'amende. Également poursuivie, la directrice de l'association chargée de la communication de la ville est condamnée à 3 mois d'emprisonnement assorti du sursis. Les prévenus sont, en outre, condamnés solidairement avec le gérant de l'entreprise « favorisée » à verser 20 000 euros de dommages-intérêts à la ville qui s'est constituée partie civile (Cour d'appel de Versailles, 21 janvier 2011)

Condamnation pour favoritisme et faux en écriture d'un directeur général des services et d'un maire à qui il était reproché d'avoir favorisé un candidat dans l'attribution d'un marché de viabilisation d'un lotissement communal. C'est un ancien contractuel de la commune qui, après avoir été licencié, avait dénoncé les faits au parquet. Les prévenus ont été condamnés à 1 500 euros d'amende dans le cadre d'une procédure de reconnaissance de culpabilité (TGI de Niort, 27 avril 2011)

Le délit de « *favoritisme* » peut être constitué, même dans le cas où la mise en concurrence formalisée n'est pas obligatoire. Condamnation d'un maire à la peine de 3 mois d'emprisonnement assortie du sursis et 4 000 euros d'amende pour manquement aux règles de la procédure d'appel d'offres, laquelle n'était pourtant pas obligatoire, compte tenu du seuil du marché, mais avait été engagée pour « *habiller* » juridiquement les engagements pris antérieurement par le maire auprès du titulaire du marché (Cour d'appel de Montpellier, 22 novembre 2012).

⁹¹ H. MATSOPOULOU, Marchés publics. Liberté d'accès et égalité des candidats, J.-Cl. Pénal 2004, art. 432-14, n° 9

respect des seuils, des formalités de publicité...) ou de l'attribution du marché (non-respect des critères d'attribution...).

Il n'en ira autrement que si l'acte réalisé postérieurement à l'attribution du marché a pour but de faire bénéficier l'entreprise choisie du droit de réaliser des travaux supplémentaires en s'affranchissant d'une nouvelle procédure de mise en concurrence, alors que celle-ci est pourtant requise à la vue des circonstances⁹².

L'avantage injustifié peut également intervenir lors de l'exécution du marché. Ainsi, constitue le délit de favoritisme le fait de retenir l'offre la moins chère d'un imprimeur local, pour favoriser l'emploi dans la commune, et lui demander par la suite l'impression d'un bulletin municipal en couleur, alors que cette option qui renchérit le coût de la prestation avait été écartée initialement⁹³.

«... que par ailleurs les exigences de M. V. auprès de l'imprimeur ont conduit à une complète modification de l'économie du marché puisqu'en plus de la quadrichromie, très rapidement le nombre de pages à imprimer a dépassé les trente-six pour lesquelles l'offre de la société J. avait été retenue ; qu'il y a bien eu rupture de l'égalité des deux candidats à ce marché public, le maire et son premier adjoint avaient eu l'intention, dès l'ouverture du marché, de privilégier un imprimeur local et de continuer à imprimer le bulletin en totalité en quadrichromie et qu'ils avaient, pendant la période de prévention, modifié substantiellement à l'insu de la société P, sans ouvrir une nouvelle procédure adaptée, l'économie du marché auquel P. avait soumissionné... » .

Compte tenu de ce nouvel élément, une nouvelle mise en concurrence était nécessaire.

Ne peuvent être poursuivies sur le fondement de l'article 432-14 du Code pénal, les personnes assistant avec voix consultative aux réunions des différentes commissions, comme par exemple, le représentant du Directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les membres des commissions d'appel d'offres avec voix consultative⁹⁴, dans la mesure où leur rôle n'est pas décisif dans la procédure de marché.

Il importe peu que l'intervention soit faite directement ou indirectement, notamment par le biais d'une délégation de signature ; l'infraction sera toujours caractérisée⁹⁵.

De même, lorsqu'une association est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et lui procure l'essentiel de ses ressources, les contrats

⁹² Crim. 29 juin 2011, n° 10-87.498, Dalloz actualité 25 juill. 2011, obs. Bombled

⁹³ Cass. Crim 22 janvier 2014, N° 13-80.759

⁹⁴ CMP, publié D. n° 2001-210, 7 mars 2001, art. 22-IV et V : Journal Officiel 8 mars 2001

⁹⁵ Crim. 19 sept. 2007, n° 06-85.003, Bull. crim. n° 217; D. 2007, AJ 2873; RTD com. 2008. 431, obs. B. Bouloc

passés par cette association sont soumis au Code des marchés publics et en cas de manquement à ses règles, le maire peut être poursuivi pour « *favoritisme* »⁹⁶.

Par ailleurs, la passation d'un marché dit de « régularisation », passé postérieurement à l'exécution des prestations et n'ayant pour objet que de permettre le règlement de factures est contraire aux dispositions du Code des marchés publics et caractérise le délit de favoritisme⁹⁷.

Dans un arrêt du 22 juin 2014, la Cour de cassation confirme ce principe, l'entreprise bénéficiaire du marché pouvant se voir condamnée pour recel de cette infraction :

« Attendu que, pour déclarer les prévenus coupables, respectivement, des délits de favoritisme et de recel, les juges énoncent que, si la procédure d'appel d'offres a été formellement respectée, il n'y a été reconnu qu'après que les prestations, pour un montant approchant le seuil de 300 000 francs alors en vigueur, ont été accomplies par la société S ; qu'ainsi, il s'est agi d'un marché de régularisation destiné à permettre le règlement de factures dont la globalité excédait le seuil légal ; Que les juges précisent que X (dirigeant de la société, titulaire du marché) a lui-même défini les besoins du marché avec le directeur financier du conseil général et que le cahier des charges a inclus des critères discriminants permettant de « fermer » le marché européen ; qu'ils ajoutent que l'avantage illégitime est caractérisé par la progression de 243 % du chiffre d'affaires de la société, devenue le partenaire quasi exclusif du conseil général et du conseil régional, et que l'élément intentionnel résulte des liens politiques et amicaux qui existent entre les prévenus et expliquent le souhait de Y. de faire appel à M. X (dirigeant de la société, titulaire du marché).

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, fondées sur l'appréciation souveraine, par les juges du fond, de l'ensemble des éléments de preuve qui leur étaient soumis et qui caractérisent, sans insuffisance, l'infraction dont chacun des prévenus a été reconnu coupable, la cour d'appel a justifié sa décision ;

*D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis »*⁹⁸

Même en l'absence de procédure formalisée, l'agent public doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique visés à l'article 1 du Code des marchés publics.

En effet, cet article stipule : « *I. Les dispositions du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres ainsi définis :*

⁹⁶ Cass. Crim. N° 11-82-961

⁹⁷ Cass. Crim. 9 mai 2004, Bull. n° 131

⁹⁸ Cass. crim. 22 janvier 2014, n° 13.80.009

Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

II. Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code.

III. Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels.

Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures ».

La violation des principes fondamentaux de la commande publique entre dans le champ du délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics⁹⁹.

⁹⁹ Cass. Crim. 5 décembre 2012 – n° 12-80-032

30. Aux termes de l'article 432-11 du Code pénal réprimant la corruption passive et le trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 € d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :*

1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable »¹⁰⁰.

L'infraction de corruption nécessite donc que la personne poursuivie exerçant une fonction publique ait abusé de ses fonctions à des fins personnelles.

Ont ainsi été condamnés des fonctionnaires pour avoir reçu des sommes d'argent et pour avoir profité de voyages à l'étranger, en contrepartie d'informations privilégiées à l'occasion de la passation de marchés publics¹⁰¹ ; des policiers municipaux qui prélevaient une partie des encaissements des droits de place dans les marchés publics, s'autorisant ainsi un 14e mois de salaire, des commerçants ne payant que la moitié du prix convenu avec la commune, en contrepartie de « pourboires » ou de la non-réclamation de quittance¹⁰² ; des fonctionnaires d'un conseil général qui avaient accepté des cadeaux de la part d'entreprises, afin de fausser le choix de la commission d'appel d'offres, la commission d'appel d'offres ne faisant qu'avaliser

¹⁰⁰ Depuis le Code pénal de 1810, la corruption de fonctionnaire était réprimée. Le trafic d'influence existe pénalement depuis 1889. Les textes n'ont cessé de s'étendre et de se multiplier. Des lois de mars et de février 1948 ont mis en place les textes des articles 177 et suivants de l'ancien code pénal.

Les textes de répression de la corruption, leur ancienneté, leur diversité et leur foisonnement attestent d'une existence ancienne et d'une préoccupation sociale certaine. La notion de corruption au sens commun du terme recouvre plusieurs délits, les délits de corruption, *stricto sensu*, de trafic d'influence, et toute une série de délits satellites.

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (D. 1993.209), relative à la prévention de la corruption, et à la transparence de la vie économique et politique, et des procédures publiques, régit la matière. Les textes de répression ont été intégrés dans le nouveau Code pénal, entré en application depuis le 1^{er} mars 1994.

Deux lois d'amnistie sont à retenir en la matière : la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 (D. 1988. 384) : tout délit relatif à des élections notamment, en relation directe ou indirecte, avec le financement de campagnes électorales ou de partis politiques *commis avant le 11 mars 1988* est amnistié (art. 2.5°) ; la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 (D. 1990.90) : sauf en cas d'enrichissement personnel de leurs auteurs, sont amnistiées toutes infractions *commises avant le 15 juin 1989*, en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales, ou de partis ou de groupements politiques, à l'exclusion des infractions de corruption et de trafic d'influence, par une personne investie à cette date d'un *mandat de parlementaire national*.

¹⁰¹ Tribunal correctionnel de Versailles, 8 février 2010

¹⁰² Tribunal correctionnel de Strasbourg, 10 février 2010

les choix de ces fonctionnaires¹⁰³ ; du président d'un syndicat d'agglomération nouvelle pour avoir perçu 300 000 euros en liquide d'une entreprise entre 2003 et 2006, en échange d'informations sur un marché de collecte des déchets attribué par la collectivité, notamment en lui communiquant le montant des propositions d'une entreprise concurrente¹⁰⁴.

L'infraction de trafic d'influence nécessite, quant à elle, que la personne poursuivie exerçant une fonction publique ait la capacité d'influencer autrui, des collègues plus ou moins proches au sein de l'Administration¹⁰⁵, par exemple.

Cet article 432-11 du Code pénal réprimant la corruption passive des personnes exerçant une fonction publique, semble exclure de son champ d'application le personnel judiciaire qui est expressément visé par l'article 434-9 dudit code.

Cette distinction se justifie par la spécificité des intérêts protégés. En effet, tandis que l'objectif de l'article 432-11 est de garantir la confiance que chacun doit avoir en son Administration et l'égalité de traitement des usagers qui est l'essence des différents services publics, l'objectif de l'article 434-9 est plutôt de protéger l'action de la justice et, notamment, de lutter contre les entraves qui peuvent être portées à son exercice.

¹⁰³ Tribunal correctionnel de Strasbourg, 6 mai 2010

¹⁰⁴ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 septembre 2011.

Autres décisions : Condamnation d'un maire pour corruption passive et prise illégale d'intérêts pour avoir bénéficié de sa position d' élu pour obtenir des avantages personnels pour la construction de sa maison. L' élu est condamné à la peine de 18 mois d'emprisonnement assortie du sursis et cinq ans d'inéligibilité. Le promoteur immobilier est condamné pour corruption active à la peine de 12 mois d'emprisonnement assortie du sursis et 10 000 euros d'amende (Tribunal correctionnel de Bordeaux 13 novembre 2014) ;

Condamnation d'un maire à la peine d'un an d'emprisonnement, cinq ans de privation de droits civils, civiques et de famille ainsi qu'à une amende de cinq millions de francs CFP pour corruption passive. Dans le cadre d'un marché de travaux, l' élu avait reçu d'un promoteur immobilier un pot-de-vin de cinq millions de francs CFP (Nouméa 3 novembre 2014) ;

Condamnation des deux personnes-morales pour corruption passive et faux à la peine de 10 000 euros d'amende (dont 6 000 assortie du sursis) pour l'une, 10 000 euros d'amende (dont 4 000 assortie du sursis) pour l'autre, et d'un responsable des ateliers chargés de l'entretien des matériels de la ville de Pamiers à la peine de 6 mois d'emprisonnement et 3 000 euros d'amende (dont 1 500 assortie du sursis). Il était reproché au responsable des ateliers de la mairie d'avoir sollicité les entreprises pour lui fournir, ainsi qu'à des membres de sa famille, des « quads » payés aux fournisseurs par le biais de fausses factures de réparation du matériel communal (Tribunal correctionnel de Foix, 3 février 2015).

¹⁰⁵ Tribunal TGI de Montpellier, 22 novembre 2011 : Condamnation d'une ancienne conseillère municipale, par ailleurs présidente d'une fédération de logement, à une peine d'un an d'emprisonnement assorti du sursis et 7 500 euros d'amende pour corruption passive et trafic d'influence. Il lui était reproché d'avoir sollicité des demandeurs de logements le versement de sommes d'argent (d'un montant allant de 500 à 3 000 €) contre la promesse, pas toujours tenue, de soutenir leur dossier auprès des organismes HLM ;

Tribunal correctionnel de Pontoise, 24 avril 2013 : Condamnation à la peine de deux années d'emprisonnement assortie du sursis de la responsable du service logement d'une ville qui se faisait remettre des espèces pour favoriser l'instruction de dossiers de logements sociaux ;

Tribunal correctionnel de Périgueux, 6 mars 2013 : Condamnation à la peine de 16.000 et 10.000 euros d'amende de deux directeurs d'un office public d'HLM pour des faits de trafic d'influence, l'un des directeurs ayant demandé à son homologue voisin de faire acheter un immeuble dont il était propriétaire.

31. En vertu des dispositions légales, les personnes investies d'un mandat électif public ne peuvent normalement pas être poursuivies pour des faits de concussion, de prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire et de soustraction et détournement de biens.

En conséquence, ces expressions « *personne dépositaire de l'autorité publique* », « *personne chargée d'une mission de service public* » ou « *personne investie d'un mandat électif public* » doivent être interprétées *secundum subjectam materiam* (suivant la nature du sujet).

Cette même constatation avait été faite par R. GARRAUD à propos des notions de fonctionnaire public et d'officier public employées dans diverses dispositions de l'ancien Code pénal¹⁰⁶.

Par ailleurs, à côté des expressions génériques dégagées par le législateur et désignant les catégories de personnes pouvant être poursuivies au titre des manquements au devoir de probité, subsiste pour certaines de ces incriminations une liste de personnes énumérées par le législateur et pouvant également être considérées comme auteurs desdites incriminations.

B – L'ADJONCTION D'AUTRES PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE POURSUIVIES

32. Il résulte de l'article 432-14 du Code pénal que peuvent être poursuivies pour des faits de favoritisme non seulement toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, mais également toute personne « *exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées* ».

En conséquence, les dirigeants et le personnel des sociétés d'économie mixte locales ainsi que des établissements publics nationaux et locaux peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 432-14.

Sont également concernées par les dispositions de cet article, toutes les personnes agissant pour le compte de ces structures.

« *Il peut s'agir de toute personne privée, qui en sa qualité de maître d'ouvrage délégué (le responsable d'un bureau d'études) ou de maître d'œuvre (un architecte) se voit confier certaines attributions dans les procédures de marchés de travaux* »¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Garraud R. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. IV, n° 1417.

¹⁰⁷ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 10, art. 432-14.

Les maîtres d'ouvrages délégués, les maîtres d'œuvre ou encore, d'une façon générale, les employés sont donc concernés¹⁰⁸.

En conséquence, ce qui importe ici ce n'est ni l'exercice d'une fonction d'autorité ni l'accomplissement d'un service public, mais plutôt le pouvoir de la personne poursuivie d'intervenir dans la procédure de marché à quelque niveau que ce soit.

- 33.** De même, il résulte de l'article 432-15 du Code pénal que peuvent être poursuivies pour des faits de soustraction et de détournement de biens non seulement toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, mais également « *un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés* ».

Les comptables publics sont des « *agents ayant seuls qualité, sous leur responsabilité pécuniaire, pour recouvrer les créances et payer les dettes de la majeure partie des personnes publiques, ainsi que pour manier et conserver les fonds et valeurs appartenant ou confiés à celles-ci* »¹⁰⁹

« *De son côté, l'expression dépositaire public désigne la personne qui reçoit et gère des sommes ou des matières qui lui sont confiées en vertu d'un titre légal et comme le disait le Code de 1791, par l'effet d'une sorte de confiance nécessaire* »¹¹⁰.

En conséquence, contrairement au dépositaire public à qui les fonds ou valeurs sont généralement remis pour qu'il en assure seulement la transmission, le comptable public perçoit ces fonds ou valeurs en raison de ses fonctions qui consistent à procéder au nom de l'Etat, d'une collectivité publique ou d'un établissement public, à toutes opérations de recettes, dépenses ou maniement de titres, fonds ou valeurs.

Sont également concernées par les dispositions de l'article 432-15, les subordonnés des comptables et dépositaires publics.

Ce qui est important c'est la soumission à l'autorité d'un comptable public ou d'un dépositaire public de sorte qu'aucune distinction ne doit être faite selon le statut public ou privé de la personne.

On ne considère que le lien de subordination entre cette personne et le comptable ou dépositaire publics.

¹⁰⁸ Crim. 23 janv. 2008, n° 07-82.354 et 07-82.356

¹⁰⁹ Lexique des termes juridiques 2011, Dalloz, 18^e édition, V° Comptables publics.

¹¹⁰ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 20, art. 432-15 et 432-16.

34. S'agissant des personnes morales, il faut noter que jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme du Code pénal, le 1^{er} mars 1994, elles n'encouraient qu'une responsabilité civile et, dans certains cas, disciplinaire ou administrative, mais elles ne pouvaient pas être déclarées pénalement responsables d'une infraction.

Cette solution a radicalement évolué par la reconnaissance, depuis cette réforme, de la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales. Il s'agit, pour beaucoup, de la plus remarquable des innovations introduites par le nouveau Code pénal. Désormais, l'article 121-2 dispose que « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ».

Les personnes morales peuvent donc être condamnées par les tribunaux répressifs à certaines peines, au premier rang desquelles figure l'amende, les peines pouvant aller, dans les cas les plus graves, jusqu'à la dissolution de la personne condamnée.

Néanmoins, craignant probablement de donner immédiatement une portée trop large à un principe totalement nouveau dans notre droit, le législateur n'avait pas prévu, en 1992, que la responsabilité pénale des personnes morales soit générale et concerne l'ensemble des infractions.

Il avait ainsi retenu un principe de spécialité, l'article 121-2 précité disposant alors que les personnes morales ne seraient responsables pénalement que « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* ».

Cependant, le législateur a mis un terme à ce principe de « *spécialité* » par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO 10 mars), en supprimant dans l'article 121-2 du Code pénal cette référence aux « *cas prévus* », suppression qui a eu pour effet d'étendre la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des infractions.

En conséquence, les infractions portant atteinte au devoir de probité peuvent être reprochées à une personne morale dans les conditions prévues par ledit article, s'il est prouvé que le prévenu a commis l'infraction pour le compte de la personne morale, autrement dit, l'infraction doit profiter à ladite personne morale et non bénéficier au prévenu.

Cependant, force est de constater qu'admettre la responsabilité pénale des personnes morales pour des infractions portant atteinte au devoir de probité, conduit à remettre en cause la qualité particulière de l'auteur requise par le législateur.

En effet, le législateur ayant déterminé trois catégories de personnes pouvant être poursuivies au titre des atteintes au devoir de probité, ne devraient être poursuivies au titre de ces délits attitrés, que les personnes ayant les titres requis par le législateur.

Or, il apparaît que les titres requis par le législateur concernent des personnes physiques notamment les « *personnes dépositaires de l'autorité publique* » ou « *chargées d'une mission de service public* » ou « *investies d'un mandat électif public* ».

S'il est vrai qu'une personne morale peut être chargée d'une mission de service public, encore faut-il qu'elle remplisse les conditions particulières requises pour chacune de ces infractions et qu'elle soit soumise au devoir de probité protégé par le législateur.

La soumission au devoir de probité est une exigence qui semble renforcer la particularité de l'auteur requise par le législateur et exclure en conséquence la poursuite des personnes morales au titre de ces délits attitrés.

Par ailleurs, le groupe de travail sur « *La dépénalisation de la vie des affaires* » avait fait remarquer dans son rapport remis au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, en janvier 2008, que « *La généralisation de la responsabilité des personnes morales dans le cadre de la loi du 9 mars 2004 pose un certain nombre de difficultés qui pourraient faire l'objet de propositions, concernant la clarification des peines complémentaires encourues, la mise en cohérence avec les dispositions concernant les personnes physiques et de prise en compte de la spécificité des personnes morales, s'agissant notamment de la récidive, et enfin la réduction des délais de réhabilitation judiciaire* »¹¹¹.

Des limites légales sont toutefois à relever. D'une part, selon l'article 121-2, alinéa 1^{er}, du Code pénal, l'Etat ne peut pas être pénalement responsable.

D'autre part, en vertu de l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal, « *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* ».

Est donc visé ici le domaine des exploitations de service en régie¹¹².

En revanche, les décisions relevant de ses compétences propres, insusceptibles de délégation, et notamment ses prérogatives de puissance publique, ne permettent pas de caractériser la

¹¹¹ Rapport du Groupe travail sur « *La dépénalisation de la vie des affaires* », présidé par Jean-Marie Coulon, Premier président honoraire de la cour d'appel de Paris, janv. 2008, p. 47

¹¹² Crim. 3 avr. 2002, n° 01-83.160, Bull. crim. n° 77; D. 2033. Somm. 243, obs. Roujou de Boubée

responsabilité pénale de la collectivité territoriale. Les collectivités territoriales sont donc, ici, dans une très large mesure, pénalement irresponsables¹¹³.

En somme, les personnes pouvant être poursuivies au titre des manquements au devoir de probité sont diverses et varient en fonction des spécificités de chaque infraction.

Par ailleurs, les irrégularités pouvant être constatées dans la situation de la personne poursuivie, peuvent avoir des incidences sur la qualité de l'auteur requise par le législateur.

¹¹³ C.Ambroise-Casterot, *Droit pénal spécial et des affaires*, 2008, Gualino.

Paragraphe II : En raison de la situation irrégulière de la personne poursuivie

35. Les personnes pouvant être poursuivies pour des manquements au devoir de probité sont des personnes investies d'un titre leur conférant une autorité et un pouvoir publics.

Ce titre peut être de différentes natures à l'image des ressources humaines de la fonction publique qui sont caractérisées par une grande hétérogénéité.

Le Statut général des fonctionnaires dépend de quatre lois formant chacune l'un des titres de ce statut :

- Dispositions générales : Titre I : Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (loi Le Pors)
- Fonction publique de l'État : Titre II : Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique de l'État
- Fonction publique territoriale : Titre III : Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant disposition statutaires relatives à la fonction publique territoriale
- Fonction publique hospitalière : Titre IV : Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions relatives à la fonction publique hospitalière

Les magistrats et militaires sont régis par des textes particuliers.

Il existe donc trois fonctions publiques : la fonction publique d'État, la fonction publique territoriale (communes, départements, régions) et la fonction publique hospitalière. Des fonctionnaires, des contractuels et, dans certains cas, des intérimaires y exercent leurs fonctions liées à une mission de service public.

« Une des priorités du législateur a été d'affirmer la parité entre les trois fonctions publiques – d'État, territoriale et hospitalière. C'est pourquoi elles sont toutes les trois soumises aux dispositions de la loi du 13 juillet 1983. Leurs principes essentiels sont donc communs. Ainsi, les fonctionnaires se trouvent dans une situation légale et réglementaire : contrairement aux salariés du secteur privé, ils ne sont pas régis par un contrat passé avec leur employeur. On met également en œuvre la distinction du grade, qui manifeste le degré d'avancement d'un fonctionnaire dans sa carrière, et de l'emploi (poste dans lequel le fonctionnaire est affecté). Enfin, les fonctionnaires sont regroupés dans des « corps » – ou « cadres d'emplois » pour la fonction publique territoriale –, qui présentent une certaine unité et qui, pour cette raison, sont régis par des statuts particuliers, conformes au statut général, mais qui permettent de prendre

en compte les particularités de chacun d'eux. Par ailleurs, des passerelles entre ces trois fonctions publiques ont été mises en place »¹¹⁴.

Les conditions générales d'accès à la fonction publique sont communes aux trois fonctions publiques. Elles peuvent s'appliquer différemment aux fonctionnaires et aux agents non titulaires.

Le recrutement d'un fonctionnaire se fait en principe par concours (externes, internes et 3^e concours). Il existe des concours pour tous les niveaux d'étude, donnant accès à l'une des catégories d'emploi : A, B ou C. Une fois admis, le candidat doit faire un stage pour devenir fonctionnaire (sauf exceptions).

Les fonctionnaires *stricto sensu* bénéficient d'un acte de nomination sur leur emploi.

La nomination est un acte unilatéral de l'Administration qui a des conséquences juridiques directes, tout en étant affecté d'une condition résolutoire qui est le refus éventuel du fonctionnaire.

L'accès aux emplois publics peut se faire également par la voie politique, par dérogation au recrutement par concours. Il s'agit de la nomination par la voie du tour extérieur.

L'article 13 de la Constitution de 1958 prévoit : « *Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres.*

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat.

Les conseillers d'Etat, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'Etat dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales, sont nommés en Conseil des ministres.

Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom.

Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République

¹¹⁴ Site Internet « *Vie publique* », Découverte des institutions, Approfondissements, *Le Statut général de la fonction publique*, le 19 08 2013

s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés ».

Le champ d'application de la nomination au tour extérieur a été restreint par la Loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'Etat et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées.

Aux termes de l'article 2 de cette loi : *« I. Les nominations au tour extérieur dans les grades de conseiller d'Etat, de maître des requêtes au Conseil d'Etat, de conseiller maître à la Cour des comptes, de conseiller référendaire à la Cour des comptes, d'inspecteur général des finances, d'inspecteur général de l'administration et d'inspecteur général des affaires sociales ne peuvent être prononcées qu'après avis, chacun pour ce qui le concerne, du vice-président du Conseil d'Etat, du premier président de la Cour des comptes, du chef de l'inspection générale des finances, du chef de l'inspection générale de l'administration et du chef de l'inspection générale des affaires sociales.*

Cet avis tient compte des fonctions antérieurement exercées par l'intéressé, de son expérience et des besoins du corps, exprimés annuellement par le chef de celui-ci ; le sens de l'avis sur les nominations prononcées est publié au Journal officiel en même temps que l'acte de nomination.

L'avis du chef de corps est communiqué à l'intéressé sur sa demande.

Les dispositions précédentes ne s'appliquent ni aux nominations aux grades de conseiller d'Etat et de maître des requêtes prononcées en application des articles L. 233-1 et suivants du code de justice administrative ni aux nominations au grade de conseiller référendaire prononcées en application des articles L. 221-2 et L. 122-4 du code des juridictions financières ».

Les principaux corps concernés sont donc le Conseil d'Etat, la Cour des comptes, l'Inspection des Finances, les corps d'inspection et de contrôle.

La nomination au tour extérieur des préfets et sous-préfets est prévue par l'article 3 de cette loi.

Par ailleurs, compte tenu du caractère dérogatoire de cette voie d'accès à la fonction publique, elle ne peut pourvoir plus du cinquième des postes vacants.

Quant à l'article 25 de la Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, il prévoit la possibilité pour le Gouvernement de

nommer par décret en Conseil d'Etat, au sein de chaque administration et service, des personnes aux emplois supérieurs.

Le décret n°85-779 du 24 juillet 1985 précise les emplois supérieurs concernés. Ce sont les emplois de commissaires généraux, hauts commissaires, secrétaires généraux, délégués généraux et délégués lorsqu'ils sont placés directement sous l'autorité du Ministre ; directeurs généraux et directeurs d'administration centrale.

Il s'agit également des emplois supérieurs placés auprès du premier ministre notamment secrétaire général du Gouvernement, secrétaire général de la Défense nationale, délégués interministériels et délégués ; auprès du ministère des Relations extérieures à savoir chef de mission diplomatique ayant rang d'ambassadeur ; auprès du ministère de l'Intérieur notamment préfets, directeurs des services actifs de police ; et auprès du ministère de l'Education nationale à savoir les recteurs.

Quant à l'article 47 de la Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, il liste les emplois fonctionnels existant dans la fonction publique territoriale et correspondant aux emplois à la décision du Gouvernement.

Ces emplois supérieurs locaux sont essentiellement des emplois de direction des collectivités territoriales.

Il convient de préciser que les personnes pouvant accéder à la fonction publique par la voie politique peuvent être soit des fonctionnaires en situation de détachement soit des non-fonctionnaires.

L'accès à la fonction publique par la voie politique est donc régi par des dispositions législatives et réglementaires précises. Toute violation de ces dispositions entraîne une irrégularité de la nomination.

L'Administration utilise également le procédé du contrat pour recruter du personnel. Ce procédé est commode pour l'Administration car il lui permet d'ajuster les effectifs en fonction des besoins, et de répondre aussi à des exigences techniques de qualification.

Par ailleurs, la souplesse du contrat offre des possibilités d'action efficaces dans un grand nombre de services publics, alors que le recrutement de fonctionnaires par voie de concours et l'intégration définitive dans l'Administration par la titularisation est une procédure très contraignante.

Les administrations d'Etat, les collectivités territoriales et les hôpitaux peuvent recourir, dans certains cas, aux intérimaires pour assurer la continuité du service public.

Un agent lié à l'Administration par un contrat peut être un agent public ou un salarié de droit privé. La solution dépend de la qualification du contrat liant l'agent à l'Administration.

Il ressort de la jurisprudence que les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique, sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi¹¹⁵.

Il existe également le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'État (Pacte) qui permet à un jeune non diplômé ou faiblement diplômé d'accéder sans concours à un emploi de catégorie C de la fonction publique. Le Pacte permet d'acquérir une qualification en lien avec l'emploi dans lequel il est recruté, ou éventuellement, le diplôme requis pour accéder à cet emploi.

Le Pacte s'adresse à un jeune de 16 à 25 ans, sans diplôme, ni qualification professionnelle ou dont le niveau de qualification est inférieur au bac.

Quant aux agents relevant des services publics industriels et commerciaux, ils sont, en principe, des agents de droit privé, à l'exception du directeur général et du chef de la comptabilité s'il a la qualité de comptable public¹¹⁶.

En effet, l'emploi par une personne privée exclut, par principe, la qualité de fonctionnaire alors même que l'institution gère un service public.

Ces agents contractuels ne bénéficient pas de toutes les garanties des fonctionnaires notamment la sécurité de l'emploi, alors qu'ils ont les mêmes devoirs, à savoir les obligations de service public.

S'agissant des élus, le titre leur permettant d'exercer une fonction publique n'est rien d'autre que le mandat électif public dont ils sont investis.

Concernant les opérations électorales, il faut souligner qu'en droit administratif, les cas d'élections aux divers corps et conseils délibérants ou consultatifs sont nombreux.

Les conseils généraux, municipaux ou régionaux par exemple, sont des assemblées élues au suffrage universel direct pour six ans. Il peut arriver qu'une illégalité entache les opérations électorales.

Les personnes pouvant être poursuivies au titre des atteintes à la probité doivent être investies d'un titre qui peut être un acte de nomination ou un contrat les liant à l'Administration ou un mandat électif public.

¹¹⁵ TC 25 mars 1996, AJDA 1996. 399, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, p. 355 ; TC 3 juin 1996, Gagnant, et TC 7 oct. 1996, Préfet des Côtes d'Armor, RFDA 1997. 186 et 188.

¹¹⁶ CE 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, R. 158

Ce titre doit leur conférer une autorité et un pouvoir publics leur permettant soit d'exercer des fonctions d'autorité soit d'accomplir un service public.

- 36.** S'il est vrai que la personne poursuivie doit justifier d'une qualité officielle lui permettant soit d'exercer des fonctions d'autorité soit d'accomplir un service public, il convient de souligner que les dispositions relatives aux manquements au devoir de probité n'exigent pas que la personne poursuivie ait une situation parfaitement régulière.

Autrement dit, l'auteur de l'infraction peut être poursuivi même si le titre ou l'acte justifiant sa qualité est entaché d'illégalité ou de nullité.

Cette solution s'appuie sur la notion d'apparence qui a été consacrée par le droit pénal, comme elle l'a été également par le droit commercial ou le droit civil.

Le droit pénal ne se préoccupe pas de la régularité objective des situations. Il s'intéresse plus à l'intention coupable manifestée par l'auteur de l'infraction c'est-à-dire à l'intention réelle qui a animé le prévenu.

Ce qui est important, c'est que l'infraction ait été commise et que l'ordre public ait été troublé ; peu importe qu'une irrégularité se soit glissée dans la situation de l'auteur de l'infraction.

A – LES IRRÉGULARITÉS POSSIBLES

- 37.** En matière de corruption, les irrégularités pouvant être constatées dans la situation de la personne corrompue sont, par exemple, une irrégularité dans sa nomination ou une illégalité des opérations électorales l'ayant investi d'un mandat électif.

- 38.** En matière de destruction et de détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique, il peut se poser le problème des fonctionnaires de fait notamment les fonctionnaires gestionnaires de fait de fonds publics ou les fonctionnaires qui se sont immiscés dans la gestion de fonds publics.

Le fonctionnaire gestionnaire de fait de fonds publics « *est la situation du fonctionnaire qui, sans avoir officiellement la qualité de comptable public ou de dépositaire public, se trouve être en fait, détenteur de fonds publics qui passent entre ses mains et dont il a pour fonction d'en régler l'attribution à divers organismes, publics ou privés* »¹¹⁷.

¹¹⁷ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 20, art. 432-15 et 432-16.

Quant à l'hypothèse du fonctionnaire qui s'est immiscé dans la gestion de fonds publics, c'est la situation dans laquelle « *une personne exerçant une fonction publique, mais n'ayant pas la qualité de comptable ou de dépositaire public, a cependant profité de ses fonctions pour s'immiscer dans la gestion de deniers ou matières qui lui était totalement étrangère* »¹¹⁸.

B – LES CONSÉQUENCES POSSIBLES

39. En cas d'irrégularité dans la situation de la personne poursuivie, la solution répressive a été retenue par la doctrine en raison de la consécration de la notion d'apparence par le droit pénal¹¹⁹.

En effet, lorsqu'une irrégularité s'est glissée dans l'acte de nomination d'un fonctionnaire, par exemple, cette situation est sans conséquence en droit criminel.

Il suffit que le titre qui a investi l'agent de ses fonctions ait les apparences de la légalité de sorte que cet agent ait été assimilé à un fonctionnaire régulièrement nommé.

Selon A. VITU, en matière de corruption, cette solution s'explique par le fait que « *les prévenus ont pu ignorer légitimement l'irrégularité dont est atteinte la situation de la personne corrompue et ils ont pu croire à l'influence de sa position apparente* »¹²⁰.

Les manœuvres corruptrices accomplies par les prévenus sont punissables compte tenu de leur dangerosité et du trouble occasionné à l'ordre public, sans tenir compte de la régularité objective des situations.

De même, la simple illégalité des opérations électorales ayant investi une personne d'un mandat électif ne fait pas disparaître le délit de corruption.

Cependant, si ces opérations électorales sont déclarées nulles par l'autorité compétente, le délit disparaît.

Cette solution se justifie car dans une telle hypothèse, l'apparence n'existe plus dans la mesure où l'on ne pouvait pas se méprendre sur la situation réelle du prévenu et sur l'irrégularité de sa situation.

¹¹⁸ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 20, art. 432-15 et 432-16.

¹¹⁹ Garraud R. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. IV, n° 1523 - J. Vassogne et C. Bernard : Rép. Pén. Dalloz, V° Corruption, n° 17 – R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. III : Cujas n° 368.

¹²⁰ Vitu A., J.-Cl. Pénal, Fasc. 10, art. 432-11.

40. Par ailleurs, dans certaines hypothèses, il n'existe aucun titre qui ait investi la personne poursuivie des fonctions alléguées.

Nous ne sommes plus dans des hypothèses de titre nul mais plutôt dans celles d'une absence de titre de sorte que l'apparence même fait défaut.

Dans ces hypothèses, la solution répressive est encore retenue mais après une requalification des faits.

A titre d'exemple, le délit de corruption serait requalifié en escroquerie dans la mesure où le prévenu aurait sollicité ou reçu des dons pour l'accomplissement des actes d'une fonction fausement alléguée.

Il faut donc retenir que la qualité de l'auteur de l'infraction requise par le législateur au titre des manquements au devoir de probité est une qualité qui lui permet d'exercer une fonction publique, et par conséquent, d'être assujetti au devoir de probité dont le législateur entend assurer la protection.

En conséquence, dans le cadre de notre présente étude, le terme « agent public » désignera toute personne exerçant une fonction publique et pouvant être poursuivie pour manquement au devoir de probité.

CHAPITRE 2 :

LA PROTECTION PÉNALE DU DEVOIR DE PROBITÉ

41. La déontologie dans les services publics est un credo pour les pouvoirs publics soucieux de donner une image transparente de l'Administration.

« Le terme « déontologie », inventé par l'utilitariste anglais Jeremy Bentham, est l'association de deux mots grecs deon qui signifie ce qui convient, le devoir, et logos qui veut dire la science, l'explication. [...] »

Apparue dans la langue française en 1874, la notion de déontologie des agents publics était déjà perceptible dans l'ordonnance de Philippe Le Bel de 1302 qui incarne la première ébauche d'un Code de conduite des agents publics astreints à une obligation de désintéressement et à une vie privée « de bonne renommée » »¹²¹.

La déontologie exprime la nécessité, pour les fonctionnaires et agents publics, de prendre en compte et de respecter des devoirs inhérents à l'exercice de leur fonction publique au premier rang desquels figure l'obligation générale de service de façon exclusive et désintéressée.

Il existe donc des obligations éthiques s'imposant aux fonctionnaires dans l'exercice de leur mission de service public.

Sous le régime de Vichy, il était exigé des fonctionnaires français d'exercer « *leur charge selon les lois de l'honneur et de la probité* »¹²².

42. En effet, de façon générale, les systèmes de fonctions publiques sont définis autour de trois valeurs fondamentales qui sont la probité, l'impartialité et l'efficacité.

Dans sa résolution 51/59 du 12 décembre 1996, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le Code international de conduite des agents de la fonction publique et a recommandé aux États Membres de s'en inspirer dans leurs efforts de lutte contre la corruption.

Ce Code prévoit aux points 2 et 3 que « 2. *Les agents de la fonction publique doivent veiller à s'acquitter correctement et efficacement de leurs obligations et fonctions, conformément à la loi ou aux règles administratives, et ce en toute intégrité. Ils doivent à tout moment s'assurer que les biens de l'État dont ils sont responsables sont gérés de la façon la plus utile et la plus efficace.*

¹²¹ E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, Gualino, Lextenso éditions, 4^{ème} édition, p. 350

¹²² Acte constitutionnel n°7 du 27 janvier 1941.

3. *Les agents de la fonction publique doivent faire preuve de vigilance, d'équité et d'impartialité dans l'accomplissement de leurs fonctions, notamment dans leurs relations avec le public. Ils ne doivent à aucun moment accorder un traitement préférentiel indu ou faire preuve de discrimination à l'égard d'un groupe ou individu particulier ni user abusivement du pouvoir et de l'autorité dont ils sont investis ».*

Il ressort de la note de synthèse de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique) de septembre 2000 que « *les huit valeurs essentielles du service public les plus fréquemment citées par les pays de l'OCDE sont Impartialité, Légalité, Intégrité, Transparence, Efficacité, Egalité, Responsabilité et Justice* ».

S'inspirant de l'expérience des 29 pays Membres de l'OCDE, cette note de synthèse décrit ce qui compose une politique de gestion efficace et complète en matière d'éthique. Elle préconise également des lignes d'action pour renforcer l'éthique dans les institutions publiques.

Les principes fondamentaux de probité, d'impartialité et d'efficacité fondent donc toutes les fonctions publiques. A ces trois valeurs, il convient d'ajouter la responsabilité.

43. La fréquentation du Code pénal permet de relever qu'un devoir de probité s'impose, plus précisément, à toute personne qui agit pour le compte d'une autorité qu'elle semble incarner aux yeux du public. Une telle définition permet de souligner l'intérêt protégé par les différentes incriminations en la matière : il faut, en premier lieu, qu'une autorité qui n'existe qu'à travers ses agents soit assurée de leur loyauté ; il faut, en second lieu, que la confiance du public à l'égard de cette autorité ne soit pas remise en cause par les agissements de ceux qui l'incarnent. La probité s'impose donc pour faire respecter un double rapport de confiance. A ce titre, elle apparaît nécessaire au bon fonctionnement de toute autorité.

Le Code pénal parle de « *devoir* » de probité, plutôt que « *d'obligation* » de probité, pour en faire une valeur supérieure absolue et pour en assurer la protection.

44. Le juge administratif a également rappelé le caractère absolu de l'obligation d'intégrité¹²³.

L'Administration devant être au-dessus de tout soupçon, cette obligation de probité qui pèse sur les fonctionnaires a été étendue par le législateur à toute personne exerçant une fonction publique, de sorte que tous les agents disposant d'une délégation de la puissance publique ou travaillant sous le contrôle de l'Administration, fassent preuve d'exemplarité.

¹²³ CE, 28 juin 1999, n°178530, min. int. c/ Stasiak, Lebon, tables p. 864

Cela est justifié par le fait que ces personnes assimilées aux fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions notamment par le bénéfice de certaines prérogatives de puissance publique normalement réservées aux fonctionnaires, doivent nécessairement être soumises aux mêmes obligations que les fonctionnaires pour le bon fonctionnement de l'Administration.

Cette nécessité du respect du devoir de probité imposé à toute personne exerçant une fonction publique est également une question de politique criminelle dans la mesure où elle répond à un besoin de répression efficace de ces incriminations portant atteinte au devoir de probité et qui ont souvent de lourdes conséquences étant donné qu'ils sont concernés non seulement les intérêts patrimoniaux de l'Etat, mais également sa crédibilité vis-à-vis du public.

Le devoir de probité imposé aux personnes exerçant une fonction publique a pour but d'éviter les confusions et les conflits d'intérêts (Section 1), et vise également la moralisation de la vie publique (Section 2).

SECTION I : POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

45. L'actualité politique, économique, sanitaire et même éditoriale¹²⁴, s'est souvent fait l'écho des risques, mais aussi des dérives liées à la confusion d'intérêts contradictoires aussi bien dans la sphère publique que la sphère privée.

Aussi, le Président de la République, confia-t-il en 2010 à trois hauts magistrats la mission de trouver des solutions pour que les conflits d'intérêts ne viennent plus troubler la vie publique.

Il s'agit de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, Didier MIGAUD, premier président de la Cour des comptes, et Jean-Claude Magendie, ancien premier président de la Cour d'appel de Paris

La création en septembre 2010, de cette « *Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique* »¹²⁵, appelée « *Commission Sauvé* », a constitué le point d'orgue de la volonté affichée par les autorités exécutives de mettre un terme à des situations de nature à créer un doute quant à l'impartialité des membres du Gouvernement et des plus hauts fonctionnaires de l'Etat.

Les membres de la « *Commission Sauvé* » définissent le conflit d'intérêt comme « *Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.*

Au sens et pour l'application du précédent alinéa, l'intérêt privé d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public s'entend d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles.

*Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale, les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes, ainsi que ceux qui touchent à la rémunération ou aux avantages sociaux d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public ».*¹²⁶

¹²⁴ Cf. entre autres, l'ouvrage de Martin Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Stock, 2010

¹²⁵ Décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010

¹²⁶ Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, p. 19

Il ressort de cette définition que le fondement du conflit d'intérêts repose sur l'atteinte à l'indépendance, à l'impartialité.

En effet, le principe d'impartialité « *est un équilibre réussi entre les intérêts légitimes divergents, un cocktail d'objectivité, d'absence de préjugé et d'un brin de distanciation* ». ¹²⁷

L'impartialité suppose d'une part que la personne exerçant une fonction publique ne fasse pas une affaire personnelle des dossiers qu'elle traite et d'autre part qu'elle ne soit pas suspectée de préjuger.

L'agent public doit servir la loi et non ses propres convictions, la conviction apparaissant comme « *une vision particulière de notre avantage personnel, due à des considérations pratiques et sentimentales* » ¹²⁸. Aussi, ses impressions, ses intérêts, ses habitudes ou ses convictions ne doivent pas le guider dans ses fonctions.

Les propositions de la « *Commission Sauvé* » peuvent être résumées autour des cinq axes suivants :

- expliciter clairement, pour l'ensemble des acteurs publics, les règles et principes fondamentaux de la prévention des conflits d'intérêts ;
- instaurer et généraliser des dispositifs préventifs fondés sur une véritable culture de la prévention des conflits d'intérêts ;
- prévoir des mécanismes préventifs renforcés pour les fonctions les plus exposées, notamment des déclarations d'intérêts ;
- confier le contrôle de l'ensemble des règles de prévention des conflits d'intérêts à une Autorité de déontologie de la vie publique, qui reprendrait les missions des actuelles Commission pour la transparence financière de la vie politique et la Commission de déontologie, et à un réseau de déontologues ;
- adapter le dispositif répressif à la marge pour assurer une articulation optimale et juridiquement sécurisée avec les dispositifs préventifs existants ou à venir.

La « *Commission Sauvé* » propose qu'il y ait une responsabilité collective et que le conflit d'intérêts ne soit plus une affaire de conscience individuelle. Elle préconise donc d'inscrire la notion de conflit d'intérêts dans le droit français en proposant le vote d'une loi dans laquelle les obligations de probité, d'impartialité, d'objectivité et d'intégrité seraient redéfinies pour les acteurs publics.

¹²⁷ Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Praxis Dalloz, 2006, p.163

¹²⁸ J. Conrad, *Nostramo*, Gallimard, Folio classique, Paris, 1992, p.205

En effet, elle estime que : « *La prévention des conflits d'intérêts ne peut reposer sur la seule conscience de l'acteur public, quel qu'il soit. Dans un contexte de remise en cause croissante de la légitimité et de l'autorité des institutions, la prévention des conflits d'intérêts participe d'une revitalisation du lien de confiance entre les citoyens et les institutions qui sont à leur service. Elle doit donc s'appuyer sur la responsabilité tant des acteurs publics que des autorités, institutions et administrations dont ils relèvent* »¹²⁹.

46. Force est de constater que la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique prend en compte l'essentiel des propositions de la « *Commission Sauvé* » en proposant d'une part une définition de la notion de « *conflit d'intérêts* », et d'autre part, en instituant la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) et en renforçant l'obligation de déclaration à laquelle sont soumis les acteurs de la vie publique.

47. L'objectif de la « *Commission Sauvé* » était de prévenir les conflits d'intérêts de sorte qu'aucune décision de la vie publique ne soit suspectée d'avoir été prise dans le but de servir des intérêts personnels. Cependant, les conclusions de cette Commission ne s'appliquaient pas à tous les acteurs publics. En effet, les élus et les parlementaires ont été exclus du champ de réflexion de la « *Commission Sauvé* ».

Autrement dit, il revenait aux élus, députés et sénateurs d'édicter leurs propres règles et de décider de limiter les mandats et les fonctions afin d'éviter les conflits d'intérêts

Au mois d'octobre 2010, les bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat décidaient donc de constituer des groupes de travail ayant pour mission l'étude des conflits d'intérêts auxquels peuvent être confrontés les parlementaires dans l'exercice de leur mandat.

Si cette mobilisation n'est bien sûr pas dénuée de liens avec l'actualité politique immédiate¹³⁰, elle intervient à un moment marqué par une perte de confiance des électeurs et de l'opinion publique vis-à-vis des institutions en général, et des détenteurs de l'autorité publique en particulier¹³¹.

« *Vouloir dans ce contexte, « prévenir et régler les conflits d'intérêts » n'est donc pas un exercice aisé. C'est même une démarche courageuse, ambitieuse et risquée.*

¹²⁹ Rapport de la Commission de réflexion *pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, précité, p.103

¹³⁰ Et notamment les remous provoqués tout au long de l'été 2010 par l'affaire dite « Woerth – Bettencourt »

¹³¹ Perte de confiance reflétée, entre autres, par diverses enquêtes d'opinion, telle celle réalisée en décembre 2009 par TNS Sofrès pour le Centre d'étude de la vie politique française de Sciences-Po (CEVIPOF), selon laquelle 68% des Français déclarent ne pas faire confiance au gouvernement, 65% à l'institution présidentielle et 64% à l'Assemblée nationale.

Courageuse, car les conflits d'intérêts touchent directement au mode de fonctionnement des institutions, et plus précisément à l'autonomie de la sphère politique. Aborder les conflits d'intérêts, c'est décrypter la boîte noire du fonctionnement de l'Etat et du processus décisionnel.

Ambitieuse, car le traitement des conflits d'intérêts soulève de nombreuses difficultés d'ordre conceptuel et méthodologique. Il s'agit, après avoir identifié les comportements individuels ou collectifs susceptibles d'être qualifiés de conflits d'intérêts, de déterminer la nature et l'intensité des risques qu'ils présentent, puis de décider de la nature du traitement, a priori ou a posteriori, préventif ou répressif, qui leur sera applicable.

Cette démarche est aussi risquée car elle peut contribuer à alimenter un peu plus la méfiance de l'opinion publique, et susciter de faux espoirs, si elle ne se traduit pas très rapidement par des mesures concrètes. L'initiative pourrait alors, par un effet boomerang, se retourner contre ceux qui en sont à l'origine »¹³².

Pourtant, il est aujourd'hui difficile d'éviter un débat sur les conflits d'intérêts. Les exigences de l'opinion publique à l'égard des gouvernants se sont accrues, ses revendications en faveur d'une plus grande transparence des choix et processus décisionnels, mais aussi d'une responsabilisation accrue des décideurs publics se sont faites plus pressantes.

La multiplication des « affaires », scandales, qui affectent les milieux politiques, économiques et sanitaires...et dont l'impact délétère est directement, et même souvent physiquement, perçu par l'opinion, soulève en effet la question de la recherche des responsabilités et/ou de l'imputation de la réparation.

Le recours de plus en plus fréquent à la voie judiciaire, n'exclut pas, bien au contraire, l'intervention de la puissance publique, à travers la mise en place de dispositifs destinés à combler les vides de notre système juridique en la matière.

48. La notion de conflits d'intérêts n'est pas une idée neuve.

« D'origine anglo-saxonne, cette notion a été introduite en France en 1993 dans le secteur de la santé publique pour classifier et déterminer les situations conflictuelles dans lesquelles peuvent se trouver les experts consultés par l'Administration au moment de donner leur avis sur un médicament ou tout autre produit de santé.

¹³² Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), Rapport 2010, p. 189-190

Les instruments juridiques nécessaires au recueil des multiples intérêts en jeu (obligation de déposer une déclaration d'intérêts, publicité, suivant des modalités variables d'un organisme à l'autre, de ces déclarations...) ont été généralisés dans la majorité de ces organes ou entités administratifs recourant à l'expertise interne, dite « consultative », c'est-à-dire chargée d'éclairer la puissance publique (secteurs alimentaire, environnemental, nucléaire, gestion des eaux, instituts de prévention de la santé publique ou établissements de police et de sécurité sanitaire...).

Des cellules de « veille déontologique » ont été, dans le même temps, créées, afin de conseiller les experts concernés sur la nature et le type de liens à déclarer (définitions et typologies des principaux intérêts : directs, indirects, personnels, matériels ou financiers...).

Malgré ces avancées incontestables, il convient de rester vigilant sur la capacité des organismes publics à prendre en considération, de façon effective, le risque de conflits d'intérêts dans leurs pratiques professionnelles »¹³³.

- 49.** Le conflit d'intérêts constitue une « *catégorie juridique singulière, mobilisant non pas un ou plusieurs sujets de droit en litige, mais un sujet de droit porteur, seul, d'une potentialité de litiges* »¹³⁴.

Cette particularité a longtemps retardé la prise de mesures ou de réglementations adaptées compte tenu de la dimension subjective de cette notion.

C'est au sujet lui-même, dans un premier temps, avant tout contrôle, et en fonction de perceptions sociales ou culturelles qui lui sont propres, de qualifier le lien litigieux (prises de participation, contrats de travail, affiliations...) de lien pouvant créer un conflit d'intérêts.

Les intérêts visés par les incriminations portant atteinte au devoir de probité ne peuvent concerner uniquement des intérêts matériels, financiers et professionnels, dans la mesure où les intérêts pouvant sous-tendre la commission de ces infractions sont de toute nature, matérielle ou morale ou familiale, directe ou indirecte, comme l'a précisé la Cour de cassation dans une affaire relative au délit de prise illégale d'intérêt¹³⁵.

- 50.** Un cadrage strict de ces différents intérêts apparaît donc comme le préalable obligé au déploiement de mesures pratiques de prévention.

¹³³ Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), Rapport 2010, p. 190-191

¹³⁴ Voir recueil Dalloz, 2011, p. 1100, Joël Moret-Bailly, « Définir les conflits d'intérêts »

¹³⁵ Crim. 29 sept. 1999: Bull. crim. n°202; D. 2000. Somm. 125, obs. Segonds; Dr. Pénal 2000. 15, obs. Véron.

Il constitue la condition sine qua non de la sécurité juridique de l'ensemble des acteurs concernés.

51. « *En France, il existe des dispositifs parfois anciens¹³⁶, qui se sont mis en place par strates successives, et qui prennent en compte les conflits d'intérêts sous un double aspect :*

- *préventif, à travers les régimes d'incompatibilités, d'interdiction des cumuls de mandats, fonctions et/ou de rémunération, les règles de pantouflage qui s'appliquent aux représentants de l'exécutif comme à ceux du législatif ;*
- *répressif, à travers principalement les délits de prise illégale d'intérêts et de pantouflage qui permet de sanctionner les dérives des personnes exerçant une fonction publique »¹³⁷.*

52. La « *Commission Sauvé* » ne s'est pas bornée à établir un constat de la situation française en matière de conflits d'intérêts. Elle s'est également attachée, à partir d'un état des lieux exhaustif des mécanismes existants, à préciser les contours et le contenu de ce qui pourrait constituer le dispositif de prévention des conflits d'intérêts.

Cependant, la Commission a bien perçu le fait qu'une prévention, même renforcée, ne peut pleinement jouer son rôle que si elle s'accompagne du maintien et de l'adaptation du volet répressif.

C'est pourquoi, après avoir proposé une nouvelle architecture de la prévention, elle s'est employée à redéfinir le champ occupé par les régimes prohibitifs et répressifs et à préconiser un ensemble de mesures qui pourraient permettre de mieux garantir la déontologie des acteurs publics.

¹³⁶ Le délit d'ingérence a été créé sous forme de délit-obstacle par une loi d'octobre 1919

¹³⁷ Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), Rapport 2010, p. 192

Paragraphe I : L'élaboration d'un dispositif global de prévention des conflits d'intérêts

- 53.** La Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public de juin 2003, pour une définition du conflit d'intérêts, propose en son point 10 : « *Un « conflit d'intérêts » implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités* ».
- 54.** Le Code international de conduite des agents de la fonction publique de 1996 précité (supra n°46), prévoit aux points 4, 5, 6 et 7 que « 4. *Les agents de la fonction publique ne doivent pas user de l'autorité que leur confère leur fonction pour servir leurs intérêts personnels ou financiers ou ceux de leur famille. Ils ne doivent opérer aucune transaction, assumer aucune position ou fonction ou avoir aucun intérêt financier ou commercial ou autres intérêts du même ordre qui soient incompatibles avec la nature et l'accomplissement de leurs fonctions, charges et devoirs.*
5. *Tous les agents de la fonction publique doivent, dans la mesure exigée par leur situation officielle et conformément à la loi ou aux règles administratives, déclarer leurs intérêts commerciaux et financiers ou les activités entreprises par eux à des fins lucratives si ceux-ci peuvent donner lieu à conflit d'intérêts. En cas de conflit d'intérêts éventuel ou apparent entre leur devoir et leur intérêt particulier, ils doivent se conformer à toute mesure prise pour éviter de tels conflits ou y mettre fin.*
6. *Les agents de la fonction publique ne doivent en aucun cas utiliser les biens et services publics ou les informations auxquelles ils ont accès dans l'exercice ou par suite de leurs fonctions officielles pour des activités autres que celles relevant de leur mandat.*
7. *Les agents de la fonction publique doivent se conformer aux mesures prévues par la loi ou les règles administratives pour éviter qu'après avoir quitté leur emploi ils ne tirent indûment bénéfice des fonctions qu'ils occupaient précédemment* ».

Le principe absolu est que l'agent public doit éviter d'être en situation de conflits d'intérêts, c'est-à-dire d'être en situation de choisir ou d'être soupçonné de choisir son intérêt propre, direct ou indirect plutôt que l'intérêt public qu'il est censé servir.

Face à cet impératif, il convient d'identifier le risque et de le prévenir.

Dans le secteur privé, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a consacré un chapitre à la prévention des conflits d'intérêts.

Dans le secteur public, avec les récentes affaires médiatisées, la problématique des conflits d'intérêts a fait un retour sur le devant de la scène.

55. Le conflit d'intérêts vise, d'une façon générale, la situation dans laquelle une personne se trouve face à des intérêts divergents - un intérêt général et un intérêt personnel - conflit susceptible d'influer sur la façon dont elle s'acquitte de ses fonctions ou de ses responsabilités.

Le conflit d'intérêts peut être réel lorsqu'une personne a effectivement fait primer son intérêt privé sur un intérêt collectif, au détriment de ce dernier ; mais le conflit d'intérêts peut encore être potentiel lorsque l'intérêt privé d'une personne s'oppose à l'intérêt collectif qu'elle doit défendre, sans pour autant que la personne ait effectivement privilégié son intérêt individuel.

56. S'agissant des parlementaires, la prévention des conflits d'intérêts consiste à s'assurer qu'ils soient les représentants de l'intérêt général, sans être influencés par toute considération d'ordre privé.

En suite de la création de la « *Commission Sauvé* » en septembre 2010, dès octobre 2010, le Bureau de l'Assemblée nationale s'est ainsi penché sur les moyens de prévenir toute suspicion illégitime à l'endroit des députés tout en mettant en place des mécanismes pour résoudre les cas qui pourraient apparaître litigieux.

À cette fin, a été créé un groupe de travail pluraliste, composé à la fois de membres du Bureau, de députés désignés par leur groupe et du président de la commission des lois.

Le groupe de travail a proposé au Bureau un dispositif de prévention des conflits d'intérêts qui entend non pas se fonder sur une approche punitive mais bien pédagogique afin que chaque député puisse éviter de se placer ou se trouver dans une situation qui pourrait faire l'objet de critiques.

Le Bureau a, en premier lieu, donné une définition du conflit d'intérêts comme « *une situation d'interférence entre les devoirs du député et un intérêt privé qui, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardée comme pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice de ses fonctions parlementaires* ¹³⁸ ».

¹³⁸ Site Internet vie-publique.fr, *Comment prévenir les conflits d'intérêts à l'assemblée nationale ?*, le 2/01/2014

Afin de prévenir de telles situations, le Bureau a adopté une réglementation reposant sur les principes suivants :

- l’adoption d’un code de déontologie, énonçant les principes essentiels que les députés s’engageraient à respecter ;
- la remise en début de mandat, par chaque député, d’une déclaration d’intérêts ;
- l’institution d’un Déontologue au sein de l’Assemblée nationale, chargé de conseiller les députés sur toute situation délicate et d’alerter le Bureau en cas de manquement.

La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 a apporté au régime mis en place en avril 2011 par le Bureau de l’Assemblée nationale des modifications importantes ; les déclarations d’intérêts qui étaient auparavant remises au Déontologue relèvent désormais de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique et sont rendues publiques. Le rôle du Déontologue est désormais essentiellement de proximité, chargé de conseiller les députés sur toute question relative à l’exercice de leur mandat.

En effet, la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique crée une autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP). Elle remplace la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

57. La prévention des conflits d’intérêts passe nécessairement par la mise en place d’incompatibilités dites de précaution ou par la déclaration de situations à risque.

A –LES INCOMPATIBILITÉS DE PRÉCAUTION

58. La répression des manquements au devoir de probité s’explique par le fait que le législateur veut sanctionner toute personne qui exerçant une fonction publique, agirait en contradiction avec l’intérêt général qu’il est censé servir.

Il s’agit d’éviter que cette personne soit en situation de choisir ou d’être soupçonnée de choisir son intérêt propre, direct ou indirect plutôt que l’intérêt public qu’il est censé servir.

59. La prévention des conflits d’intérêts implique forcément la mise en place et le respect des incompatibilités de précaution.

En droit français, la loi du 24 vendémiaire an III disposait en son article 1^{er} : « *Aucun citoyen ne peut exercer ni concourir à l'exercice d'une autorité chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité* ».

L'article 176 de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) interdisait déjà aux « *ascendants, descendants en ligne directe, frères, oncles et neveux et alliés aux mêmes degrés* » d'être membres simultanément d'une même administration.

Quant à l'article 26 du décret du 24 décembre 1851, il interdisait aux ingénieurs des mines de prendre un intérêt quelconque dans les exploitations des mines, minières, carrières et établissements minéralurgiques situés sur le territoire de la République sous peine d'être considérés comme démissionnaires. Cette disposition était effectivement et sévèrement appliquée au XIX^{ème} siècle.

Il ressort de l'avis du Conseil d'Etat du 17 février 1954 sur le fonctionnaire administrateur dans une société qu'il est de « *principe général que les fonctionnaires ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leur intérêt personnel puisse être, le cas échéant, en contradiction avec les intérêts de l'Etat ou de la collectivité publique dont ils doivent assurer la défense* ».

Il s'agit d'éviter que l'agent agisse dans la sphère publique au nom de ses propres intérêts ou de ceux de ses proches.

Dans le domaine de la santé publique, l'article L. 6143-6 du Code de la Santé publique relatif aux incompatibilités des membres du Conseil d'administration des établissements de santé précise que « *Nul ne peut être membre d'un conseil de surveillance s'il a personnellement ou par l'intermédiaire de son conjoint, de ses ascendants ou descendants en ligne directe un intérêt direct ou indirect dans la gestion d'un établissement de santé privé (...)* ».

Il existe ainsi une incompatibilité entre les fonctions d'administrateur d'un établissement hospitalier et un intérêt direct ou indirect dans une entreprise de soins privés¹³⁹.

- 60.** Il a été jugé qu'il y a conflit d'intérêts lorsqu'une inspectrice des impôts chargée du contrôle fiscal au sein de la brigade de vérification d'un département donné, est l'épouse d'un avocat spécialisé en matière fiscale¹⁴⁰.

¹³⁹ CE, avis, 18 juin 1970, CE 8 oct. 1975, Badinier, Lebon, p. 502 et Cah. Hosp., déc. 2004, p. 18

¹⁴⁰ CE, 19 juill. 1991, n° 81865, min. budget c/ Mme Paloux, Lebon, tables p. 999

De même, un membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pourra détenir des intérêts dans des activités régies par ce conseil comme des sociétés de financement du cinéma et de l'audiovisuel (Soficas)¹⁴¹.

Un membre de la commission de régulation de l'énergie ne peut également « *exercer une activité ou détenir un mandat, un emploi ou des intérêts incompatibles avec sa fonction* » et peut être à ce titre, déclaré « *démissionnaire d'office* » selon l'article 20 de la loi du 10 février 2000¹⁴².

61. Quant au député, il bénéficie, comme le sénateur, d'un statut protecteur, conçu non comme un privilège mais comme un moyen destiné à lui assurer l'indépendance et la liberté d'expression nécessaires à l'exercice de son mandat.

Cette protection spécifique est consacrée par le principe des immunités parlementaires, qui trouvent leur fondement dans la Constitution elle-même.

La reconnaissance d'un statut spécifique impose des contreparties, le mandat devant être préservé de toute influence pouvant en contrarier le libre exercice. Aussi les parlementaires sont-ils soumis à diverses obligations et interdictions.

Au-delà des droits et obligations liés au mandat parlementaire, le député peut également exercer des qualités diverses responsabilités au sein et en dehors de l'Assemblée nationale, d'où la mise en place d'incompatibilités de précaution visant à prévenir les conflits d'intérêts.

62. Liée au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, l'incompatibilité se définit comme « *l'impossibilité légale de cumuler certaines fonctions avec le mandat parlementaire. Éditées d'abord dans le domaine des fonctions publiques, les incompatibilités ont été par la suite étendues à certaines fonctions exercées dans le secteur privé* ¹⁴³ ». À la différence de l'inéligibilité, l'incompatibilité n'empêche pas a priori l'élection, mais elle impose a posteriori un choix à l' élu.

Il existe des incompatibilités avec des fonctions publiques électives, des incompatibilités avec des fonctions non électives et des incompatibilités avec les autres activités professionnelles.

¹⁴¹ Délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 4 février 2003

¹⁴² CE, 16 mars 2001, n° 221255, sté coopérative Greenpeace Energy – L. n° 2000-108, 10 févr. 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JO 11 févr. p. 2143, art. 20

¹⁴³ Site Internet lexinter.net, dictionnaire juridique, *incompatibilité des parlementaires*

- 63.** Est interdit le cumul des mandats de député et de sénateur et de député et de membre du Parlement européen, ainsi que, bien qu'aucun texte ne le prévoit, le cumul avec les fonctions de Président de la République.
- 64.** De plus, aux termes de la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, sera interdit, à compter du premier renouvellement de chaque assemblée parlementaire après mars 2017, tout cumul du mandat parlementaire avec les fonctions de maire, adjoint au maire, président d'un établissement public de coopération intercommunale ou toutes fonctions déléguées par un exécutif local. Cette incompatibilité s'étend également aux fonctions dérivées d'un mandat local, telles que la présidence ou la vice-présidence d'une société d'économie mixte ou d'un établissement public local.
- 65.** Dans le souci de dégager les parlementaires des liens de dépendance qu'ils pourraient avoir avec un autre pouvoir ou une autre autorité, les députés ne peuvent cumuler leur mandat avec les fonctions de membre du Gouvernement, du Conseil constitutionnel ou du Conseil économique, social et environnemental, de magistrat et de membre du Conseil supérieur de la magistrature.
- 66.** De manière plus générale, l'exercice de fonctions publiques non électives est incompatible avec l'exercice du mandat parlementaire. Tout au plus, peuvent-ils continuer d'exercer certaines fonctions dans l'enseignement supérieur.

La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a modifié le régime statutaire des fonctionnaires élus parlementaires ; alors que jusqu'à présent, ils étaient immédiatement placés en situation de détachement, et bénéficiaient ainsi des règles d'avancement, ils devront désormais, à compter du prochain renouvellement général de l'Assemblée nationale, être placés en position de disponibilité.

Les missions temporaires confiées par le Gouvernement sont compatibles avec le mandat parlementaire, à condition de ne pas excéder une durée de six mois. La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 a précisé que l'exercice de cette mission ne pouvait donner lieu au versement d'aucune rémunération, gratification ou indemnité.

67. L'évolution du rôle de l'État, le poids de certains intérêts dans la vie collective ont conduit à interdire aux parlementaires l'exercice de fonctions déterminées dans des catégories d'entreprises limitativement énumérées ainsi que l'accomplissement de certains actes.

Est ainsi prohibé le cumul avec des fonctions de direction dans des entreprises nationales ou des établissements publics nationaux, c'est-à-dire des organismes dépendant étroitement de la puissance publique, sauf si les parlementaires ont été désignés en cette qualité comme membres du Conseil d'administration d'un de ces organismes en application des textes les organisant. Cette dérogation est justifiée par la mission de contrôle du Parlement.

68. À compter du prochain renouvellement de l'Assemblée nationale, les députés se verront également interdire toute fonction de membre d'une autorité administrative indépendante, sauf s'ils y ont été désignés en leur qualité de député.

69. « *Il est interdit à un député, en cours de mandat, de commencer à exercer une activité de conseil, sauf s'il exerçait déjà une telle activité avant son élection. Cette interdiction n'est toutefois pas applicable aux membres des professions libérales soumises à un statut réglementé, telles que la profession d'avocat.*

Lorsqu'il exerce la profession d'avocat, le parlementaire a l'interdiction de plaider contre l'État, les sociétés nationales, les collectivités ou établissements publics ; cette interdiction s'applique à l'ensemble des membres du cabinet d'avocats dans lequel exerce le parlementaire »¹⁴⁴.

En effet, le texte initial du projet de loi interdisait le cumul d'un mandat parlementaire avec l'exercice de toute activité de conseil. Le texte finalement voté par l'Assemblée nationale interdit à tout député de commencer à exercer une activité professionnelle qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat. Cette disposition a été déclarée non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 février 2014 : « *Considérant qu'aux termes du paragraphe II de l'article L.O. 146-1 du même code « Il est interdit à tout député d'exercer une fonction de conseil, sauf dans le cadre d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et qu'il exerçait avant le début de son mandat » ; que cette disposition a pour objet d'interdire à un parlementaire de continuer à exercer une fonction de conseil, qu'elle qu'en soit la nature, lorsqu'il ne l'exerçait pas avant le début de son mandat dans le cadre d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;*

¹⁴⁴ Site Internet de l'Assemblée Nationale, Fiche de synthèse N°16 : *Le statut du député*

Considérant que le législateur a institué des interdictions qui, par leur portée, excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ; que le paragraphe V de l'article 2 de la loi organique déférée et, par voie de conséquence le paragraphe XI du même article 2 relatif à l'entrée en vigueur des dispositions de ce paragraphe V doivent être déclarés contraires à la Constitution »¹⁴⁵.

70. Afin de permettre le contrôle des activités professionnelles incompatibles avec le mandat parlementaire par le Bureau de l'Assemblée, les députés doivent, dans les deux mois de leur entrée en fonction, remettre au Bureau, ainsi qu'à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, une déclaration des activités professionnelles ou d'intérêt général qu'ils se proposent de poursuivre. L'absence du dépôt est assortie d'une sanction sévère, la démission d'office et l'inéligibilité, prononcées par le Conseil constitutionnel.

71. En cas de doute ou de contestation sur la compatibilité d'une activité, le Bureau saisit le Conseil constitutionnel. Le Garde des Sceaux et le parlementaire concerné peuvent également le saisir. Si le Conseil constate l'incompatibilité d'une fonction, le parlementaire dispose alors d'un délai de trente jours pour régulariser sa situation. En l'absence de régularisation dans ce délai, il est déclaré démissionnaire d'office de son mandat par le Conseil constitutionnel.

72. En matière de cumul de mandats, le député dispose d'un délai de trente jours pour démissionner du mandat ou de la fonction de son choix. À défaut, le mandat local acquis à la date la plus ancienne prend fin de plein droit.

73. D'une façon générale, des précautions doivent être prises par les personnes exerçant une fonction publique afin de prévenir les conflits d'intérêts.

Elles doivent garder un minimum de distance vis-à-vis de la famille lorsqu'il s'agit de la vie professionnelle et informer l'autorité sur la situation des proches en rapport effectif ou potentiel avec les fonctions, dans la mesure où les conflits d'intérêts pris en compte sont non seulement ceux qui sont réels mais également ceux qui sont potentiels compte tenu de l'existence d'une situation à risque.

¹⁴⁵ Décision n° 2014-689 DC du 13 février 2014, Loi organique interdisant le cumul des fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou sénateur.
Voir aussi Décision n° 2014-688 DC du 13 février 2014, Loi organique interdisant le cumul des fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au parlement européen.

B – LES DÉCLARATIONS D'INTÉRÊTS

74. En matière de probité, la sécurité de l'agent public comme celle de son administration commence par la levée du secret.

Sans rechercher une transparence absolue, il est utile de partager quelques informations avec son supérieur ou un organisme de référence.

L'absence de mensonge vis-à-vis de son administration est un des fondements de la probité. On pourrait parler ici d'un principe de non-dissimulation étant donné que toute affirmation fausse, toute volonté de tromperie, de dissimulation dans les rapports du fonctionnaire et de l'Administration est contraire à la déontologie et portée au débit du fonctionnaire.

Dans sa Recommandation de juin 2003 sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public, l'OCDE demande aux Etats membres, en son point 17, de décrire de façon claire et réaliste les circonstances et les relations susceptibles de créer une situation de conflit d'intérêts. En effet, elle précise que « a) *La description générale des situations de conflit d'intérêts doit s'appuyer sur l'idée fondamentale qu'il existe des situations où les intérêts et liens privés d'un agent public créent, ou peuvent créer, un conflit avec la bonne exécution de ses tâches officielles. Cette description devra mettre l'accent sur la finalité primordiale de l'action à mener, à savoir accroître la confiance du public dans les institutions publiques. b) Cette description devra également indiquer clairement que, même si certaines situations de conflit d'intérêts peuvent être inévitables en pratique, les organismes publics ont la responsabilité de définir les situations et les activités qui sont incompatibles avec leurs missions ou leurs fonctions, parce que la confiance du public dans l'intégrité, l'impartialité et le désintéressement personnel des agents publics exerçant des fonctions publiques pourrait être compromise si un conflit restait sans solution. c) Il conviendra de donner une série d'exemples d'intérêts privés susceptibles de créer des situations de conflit d'intérêts : intérêts financiers et économiques, intérêts patrimoniaux, appartenance à des organismes à but lucratif et non lucratif, affiliation à des organisations politiques, syndicales ou professionnelles, et autres intérêts, activités et relations de nature personnelle (par exemple, obligations à titre personnel ou professionnel envers des groupes professionnels, locaux, ethniques, familiaux ou religieux, ou liens avec des personnes vivant dans le même foyer). d) Des exemples plus précis de comportements ou de relations inacceptables devront être donnés pour les groupes opérant dans des domaines à risque, tels que l'interface secteur public-secteur privé, les marchés et contrats publics ou les fonctions de réglementation et d'inspection. Une attention particulière sera portée aux fonctions qui font l'objet d'une étroite vigilance de la part de l'opinion publique ou des médias ».*

L'agent public a donc une obligation d'information préalable vis-à-vis de son administration.
Pour l'aider à remplir cette obligation, le procédé de déclaration d'intérêts a été mis en place.

Il est apparu à la « *Commission Sauvé* » que les personnes incluses dans le champ de la déclaration devraient être le déclarant, son époux, partenaire de pacte civil de solidarité ou concubin, ses enfants et ses ascendants.

Les collatéraux et beaux-parents en seraient exclus, sous réserve d'intérêts connus du déclarant et qui seraient d'une nature telle qu'ils seraient susceptibles de placer le déclarant dans une situation potentielle de conflit d'intérêts structurel (ces intérêts seraient alors déclarés dans la rubrique « autres intérêts »).

« En tout état de cause, le déclarant serait tenu à une déclaration loyale, complète et informée s'agissant de ses propres intérêts, mais il n'aurait d'obligations, s'agissant des proches, que pour les informations qu'il peut raisonnablement obtenir ou connaître. On ne peut en effet exiger du déclarant qu'il ait connaissance d'informations que ses proches ne lui auraient pas divulguées, ni a fortiori exiger des proches de lui en adresser communication. Cette réserve conduit donc, dans les faits, à écarter, sauf situation notoirement connue, les intérêts des proches avec lesquels les liens seraient rompus ou très largement distendus »¹⁴⁶.

La « *Commission Sauvé* », en se contentant d'exiger de l'agent public une déclaration des intérêts « *qu'il peut raisonnablement obtenir ou connaître* » s'agissant de ses proches, crée une situation qui pourrait être source d'arbitraire dans la mesure où le mot « *raisonnablement* » est équivoque et subjectif et ne permet pas de définir un cadre précis des modalités de cette déclaration.

En pratique, cette exigence de la Commission sera donc difficilement satisfaite alors qu'elle est justifiée dans la mesure où les proches qui peuvent devenir des prête-noms sont susceptibles d'agir pour le compte de l'agent public et de recueillir les bénéfices des actes d'improbité commis par lui.

La Charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence prévoit qu'en référence à l'article L.461-2 du Code du commerce, « *compte tenu de leurs responsabilités et de leurs fonctions, le*

¹⁴⁶ Rapport de la Commission de réflexion *pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, p.75

rapporteur général et les rapporteurs généraux adjoints ainsi que les rapporteurs, sont invités à tenir le président du Conseil informé des intérêts qu'ils détiennent ou viennent d'acquérir ».

Le règlement intérieur de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) prévoit en son article 13, que *« dans le mois qui suit son entrée en fonctions, chaque membre de la commission informe le président des intérêts directs et indirects qu'il détient, des fonctions qu'il exerce et de tout mandat qu'il détient au sein d'une personne morale ».*

Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) impose la déclaration au président, par les nouveaux membres, des fonctions dans une activité économique ou financière qu'ils ont exercées au cours des deux années précédentes (AMF, régl. Gén., art. 111-1).

L'obligation de déclaration concerne également la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et de certains fonctionnaires tels que les directeurs des directions départementales de la protection des populations.

Il faut noter que chaque organisme a son propre système de déclaration d'intérêts et que les règles relatives à la publicité des déclarations existantes sont variables.

75. En matière de santé publique, il existe également des déclarations d'intérêts.

L'article 4113-13 du Code de la santé publique dispose que les membres des professions médicales *« qui ont des liens avec des entreprises et établissements produisant ou exploitant des produits de santé ou des organismes de conseil intervenant sur ces produits sont tenus de les faire connaître au public lorsqu'ils s'expriment lors d'une manifestation publique ou dans la presse écrite ou audiovisuelle sur de tels produits ».*

Pour éviter que les liens d'intérêts de personnes participant à certaines activités de la Haute Autorité de Santé (HAS) ne conduisent à des conflits d'intérêts pour ces activités, dont les conséquences peuvent être graves pour la sécurité sanitaire et la santé publique, ces liens doivent être transparents, pour la HAS et pour le public.

C'est pourquoi la loi a rendu obligatoire une déclaration publique des liens d'intérêt de toute nature pour certaines personnes apportant de manière permanente ou temporaire leur concours à la HAS.

La déclaration d'intérêts est faite selon des modalités prévues par les textes réglementaires.

Tout lien d'intérêts ne constitue pas un conflit d'intérêts. Pour évaluer le risque de conflit d'intérêts, l'intensité des liens doit d'abord être mesurée, par une analyse des déclarations d'intérêts au regard de plusieurs critères, puis les liens ainsi évalués doivent être appréciés dans leur impact sur l'activité qui serait exercée à la HAS.

En conséquence, *« la déclaration d'un lien d'intérêts n'interdit pas, par elle-même, d'exercer une activité à la HAS. Les intérêts déclarés doivent être analysés et évalués puis confrontés à l'activité exercée à la HAS pour déterminer s'ils sont susceptibles de conduire, pour cette activité, à un conflit d'intérêts »*¹⁴⁷.

Une fois identifié, le conflit d'intérêts doit être géré, normalement par l'abstention de participation aux activités de la HAS ou, exceptionnellement, en prévoyant un concours restreint et encadré à ces activités.

Le Comité « déontologie et indépendance de l'expertise », créé en 2006 au sein de la HAS par son collègue¹⁴⁸, veille à l'application de ces prescriptions déontologiques et examine les difficultés de leur mise en œuvre.

Selon l'article L. 1451-1 du Code de la Santé Publique, la déclaration d'intérêt doit être établie lors de la prise de fonctions et remise *« à l'autorité compétente »*. *« Elle mentionne les liens d'intérêt de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonctions, avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités, les techniques ou les produits entrent dans le champ de la compétence de la HAS, ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans le même secteur »*.

En effet, aux termes de cet article, les membres des commissions et conseils siégeant auprès des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, les membres des cabinets des ministres ainsi que les dirigeants, personnels de direction et d'encadrement et les membres des instances collégiales, des commissions, des groupes de travail et conseils des autorités et organismes mentionnés aux articles L. 1123-1, L. 1142-5, L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1313-1, L. 1413-2, L. 1415-2, L. 1417-1, L. 1418-1, L. 1431-1, L. 3135-1 et L. 5311-1 du présent code, à l'article L. 161-37 du Code de la sécurité sociale, à l'article 5 de la loi n° 2001-398 du 9 mai 2001 créant une Agence française de sécurité sanitaire environnementale et à l'article L592-2 du Code de l'environnement, sont tenus, lors de leur prise de fonctions, d'établir une déclaration d'intérêts.

La déclaration d'intérêts permettant d'avoir une connaissance précise de l'existence ou non de liens d'intérêts pendant les cinq années précédant la mission demandée est donc une obligation légale.

¹⁴⁷ Haute Autorité de Santé (HAS), *Guide des déclarations d'intérêts et de gestion des conflits d'intérêts*, juillet 2013

¹⁴⁸ Décision n° 2006-12-044-SG du collège de la Haute Autorité de santé portant création d'un groupe « déontologie et indépendance de l'expertise » et nomination de ses membres.

Les informations qui doivent être renseignées sur la déclaration d'intérêts sont énumérées à l'article R. 1451-2 du Code de la Santé Publique.

Elles sont reprises sous les rubriques du formulaire de déclaration d'intérêts de la HAS, conforme au modèle réglementaire commun à l'ensemble des opérateurs de santé, fixé par arrêté ministériel.

Cette déclaration engage la responsabilité du déclarant qui doit s'assurer qu'elle est sincère, à jour et exhaustive.

La déclaration doit être actualisée au fur et à mesure d'éventuels changements de situation, « *à l'initiative du déclarant* » (article R. 1451-3 Code de la santé publique). A titre de précaution, elle doit être revue une fois par an afin de se poser la question de l'éventuelle actualisation.

Le déclarant pourra être sollicité par la HAS pour apporter des précisions utiles à l'analyse des intérêts qu'il a déclarés.

- 76.** La déclaration d'intérêt peut donc être définie comme le dépôt auprès d'un tiers des informations quant aux risques d'atteinte à la probité.

Ces informations authentifiées par leur dépôt et leur conservation pourront, le cas échéant, servir de référence ou de justificatifs à l'intéressé.

Elles pourront aussi servir au contrôle s'il est décidé ultérieurement par l'Administration ou par la justice.

- 77.** Au-delà des fonctionnaires, le Code de conduite pour les commissaires européens décrit avec minutie les conditions de la déclaration d'intérêts : elle porte sur des intérêts financiers qui peuvent se présenter sous la forme d'une participation dans des entreprises sous quelque forme que ce soit y compris des obligations convertibles ou des certificats d'investissements, sur tout bien immobilier excepté la résidence principale, sur les activités professionnelles des dix dernières années y compris celles du conjoint.

Un formulaire liste les informations à déclarer. La déclaration doit être remplie lors de l'entrée en fonctions et révisée en cours de mandat. Elle est examinée par le Président de la Commission et rendue publique.

Les parlementaires européens sont aussi soumis à déclarations d'intérêts financiers qui sont directement accessibles à tous sur le site du Parlement européen.

78. Quant au parlementaire français, il lui est imposé une obligation de transparence.

La loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique a institué un dispositif de contrôle qui a pour objet spécifique « *la lutte contre l'enrichissement personnel indu et la corruption* ».

Ce système de contrôle a été créé pour vérifier que l'exercice du mandat parlementaire n'est pas source d'enrichissement indu.

Par ailleurs, la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 a complété ces dispositions sur le patrimoine par des obligations destinées à lutter contre les conflits d'intérêts.

79. En effet, l'obligation de déclaration de patrimoine en début et fin de mandat a pour objet d'éviter qu'un parlementaire ne profite de ses fonctions électives pour s'enrichir abusivement.

À cette fin, chaque député est tenu de déposer auprès de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, dans les deux mois qui suivent son entrée en fonction, une déclaration certifiée sur l'honneur exhaustive, exacte et sincère de sa situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres ainsi que, éventuellement, ceux de la communauté ou les biens réputés indivis. Ces biens sont évalués à la date de l'élection.

La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 a profondément modifié les modalités de ces déclarations. Auparavant strictement confidentielles, elles sont désormais, aux seules fins de consultation, tenues à la disposition des électeurs inscrits sur les listes électorales, à la préfecture du département d'élection du député.

Toute divulgation, de quelque manière que ce soit, de cette déclaration de patrimoine par une autre personne que le déclarant est punie de 45 000 € d'amende.

80. En cas de non-respect de l'obligation de déclaration, la Haute autorité saisit le Bureau de l'Assemblée nationale qui transmet au Conseil constitutionnel. Celui-ci constate, le cas échéant, l'inéligibilité et, par la même décision, déclare le député démissionnaire d'office. Tout manquement à l'obligation de déclaration est puni de 15 000 € d'amende ; en outre, toute omission délibérée ou toute déclaration mensongère est punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende et, à titre complémentaire, de la privation des droits civiques.

81. La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a également modifié le régime des déclarations d'activités professionnelles, servant à apprécier

la compatibilité d'une activité professionnelle avec le mandat parlementaire, en fusionnant cette déclaration d'activités avec la déclaration d'intérêts, mise en place par le Bureau de l'Assemblée nationale en avril 2011 et destinée auparavant au Déontologue de l'Assemblée.

Ainsi renommée « déclaration d'intérêts et d'activités », cette déclaration devra être remise, dans les deux mois suivant l'élection, à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) ainsi qu'au Bureau de l'Assemblée nationale.

Cette déclaration sert aussi bien au Bureau pour apprécier la compatibilité d'une activité professionnelle au regard des prescriptions du Code électoral, qu'à la Haute autorité pour lutter contre d'éventuels conflits d'intérêts auxquels seraient soumis les parlementaires.

Par ailleurs, contrairement au régime antérieur, les déclarations d'intérêts et d'activités seront rendues publiques.

« La déclaration doit indiquer :

- les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de l'élection ;
- les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années ;
- les activités de consultant exercées à la date de l'élection et au cours des cinq dernières années ;
- les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de l'élection ou lors des cinq dernières années ;
- les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de l'élection ;
- les activités professionnelles exercées à la date de l'élection par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ;
- l'exercice de fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ;
- les autres fonctions et mandats électifs exercés à la date de l'élection ;
- les noms des collaborateurs parlementaires ainsi que les autres activités professionnelles déclarées par eux ;
- les activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, que le député envisage de conserver durant l'exercice de son mandat.

La déclaration doit également préciser le montant des rémunérations, indemnités ou gratifications perçues par le député au titre des activités déclarées »¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Site Internet de l'Assemblée Nationale, Fiche de synthèse N°16 : *Le statut du député*, précité

Le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur a pu prévoir que les déclarations d'intérêts des membres du Gouvernement, des députés, des sénateurs et de tous les élus locaux visés par la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, soient rendues publiques par la Haute autorité, au regard du caractère électif de leurs fonctions comme de leurs prérogatives respectives. En effet, le Conseil a décidé que : *« Le législateur, en prévoyant cette publicité, a porté au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi de renforcer les garanties de probité et d'intégrité, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci. En revanche, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation ayant pour effet d'interdire la publicité des déclarations d'intérêts des personnes non élues visées par la loi. Cette publicité, pour des personnes qui n'exercent pas des fonctions électives ou ministérielles mais des responsabilités de nature administrative et qui ne sont pas élues, est sans lien direct avec l'objectif poursuivi et porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de ces personnes »*¹⁵⁰.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré deux dispositions relatives aux éléments devant figurer dans les déclarations d'intérêts. *« D'une part, il a jugé que portait une atteinte excessive à la vie privée l'obligation, pour les personnes tenues de déposer ces déclarations, de déclarer les activités professionnelles de leurs parents et de leurs enfants. D'autre part, le Conseil a relevé que l'obligation de déclarer, outre neuf rubriques précises, « les autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts » était contraire à la Constitution : en effet, cette rubrique était très imprécise et le fait de ne pas la renseigner était punissable pénalement »*¹⁵¹.

82. Pour les fonctionnaires susceptibles d'avoir à connaître d'informations privilégiées, l'Administration contrôle progressivement les mouvements de portefeuille de valeurs mobilières sans mettre en place un dispositif déclaratif permettant de s'assurer que les mouvements réalisés sur les portefeuilles sont irréprochables.
83. Nous pensons qu'une lutte efficace contre les conflits d'intérêts passe nécessairement par une généralisation de la procédure de déclaration d'intérêts. Il s'agit de se plier à l'exercice de la transparence en déclarant ses intérêts financiers, ses anciennes responsabilités ainsi que les activités de ses proches.

¹⁵⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-675 DC du 09 octobre 2013 - Loi organique relative à la transparence de la vie publique

¹⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-675 DC du 09 octobre 2013 - Loi organique relative à la transparence de la vie publique, précité

84. La déclaration d'intérêt devrait remplir deux conditions. En premier lieu, elle ne devrait concerner que les seuls éléments nécessaires à la prévention des conflits d'intérêts, et non tous les éléments financiers intéressant la personne. En second lieu, les déclarations faites devraient être protégées et conservées dans des conditions garantissant leur confidentialité car elles produisent des données personnelles sensibles.

Aussi, les ministères et les agences sont-ils tenus de déclarer à la CNIL les fichiers automatisés qu'ils créent pour gérer les déclarations et surveiller les évolutions de patrimoine.

La démarche est exigeante mais de haute utilité tant pour la protection des agents concernés que pour la prévention des conflits d'intérêts.

85. Dans un contexte marqué par l'intensification des échanges entre le secteur public et le secteur privé, la France peut difficilement faire l'économie d'une politique générale de prévention des conflits d'intérêts et d'une adaptation de son organisation administrative.

Une prévention bien comprise des conflits d'intérêts implique, outre un indispensable travail de sensibilisation des acteurs concernés, la mise en place d'un cadre déontologique clair et celle, concomitante, de mécanismes de traitement de ces conflits d'intérêts.

Paragraphe II : Le traitement des conflits d'intérêts

86. La Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public de juin 2003 prévoit en son point 17 « *Les agents publics doivent être tenus pour responsables de l'identification de leurs intérêts privés qui peuvent poser problème. L'organisme doit clairement faire savoir qu'il ne suffit pas d'enregistrer ou de déclarer un intérêt privé pour qu'un conflit soit résolu. Il faut mettre en place les mesures qui permettront de résoudre ou de gérer le conflit de façon positive.* b) Options pour la résolution et la gestion du conflit d'intérêts -- *Les options envisageables pour résoudre ou gérer de façon positive un conflit persistant ou récurrent peuvent se fonder sur une ou plusieurs des stratégies suivantes :*

- *Désinvestissement ou liquidation de l'intérêt par l'agent public.*
- *Récusation de l'agent public pour la procédure concernée.*
- *Limitation de l'accès de l'agent public à certaines informations.*
- *Mutation de l'agent public à des fonctions n'impliquant pas une situation de conflit d'intérêts.*
- *Redéfinition des missions et des compétences de l'agent public.*
- *Consignation de l'intérêt générateur de conflit d'intérêts dans une fiducie sans droit de regard.*
- *Démission de l'agent public des fonctions qu'il exerce à titre privé.*
- *Démission de l'agent public des fonctions publiques qu'il exerce »*

La « *Commission Sauvé* » présente l'incrimination de prise illégale d'intérêts comme un « *dispositif privilégié de traitement des conflits d'intérêts en France qui n'a pas d'équivalent dans les pays de l'OCDE et qui présente une particulière sévérité* »¹⁵².

D'où sa proposition de réécrire le texte du délit en substituant aux mots « *intérêt quelconque* », les mots « *un intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de la personne* ».

87. Au sens de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, constitue un conflit d'intérêts « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. Lorsqu'ils estiment se trouver dans une telle situation :*

¹⁵² Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, précité

1° Les membres des collèges d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante s'abstiennent de siéger. Les personnes qui exercent des compétences propres au sein de ces autorités sont suppléées suivant les règles de fonctionnement applicables à ces autorités ;

2° Sous réserve des exceptions prévues au deuxième alinéa de l'article 432-12 du code pénal, les personnes titulaires de fonctions exécutives locales sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions ;

3° Les personnes chargées d'une mission de service public qui ont reçu délégation de signature s'abstiennent d'en user ;

4° Les personnes chargées d'une mission de service public placées sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique le saisissent ; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, la préparation ou l'élaboration de la décision à une autre personne placée sous son autorité hiérarchique [...] ».

Cette loi ordinaire propose une définition du conflit d'intérêts permettant de prévenir toute situation d'interférence entre des intérêts publics et privés de nature à compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction publique.

Le droit pénal des conflits d'intérêts, tant réels que potentiels, est traité à travers l'infraction spécifique de prise illégale d'intérêts, celle-ci couvrant certaines situations de conflits d'intérêts pendant et après l'exercice de ses fonctions par l'agent public.

A – LES DÉLITS DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

88. De manière générale, les règles relatives aux conflits d'intérêts semblaient méconnues et diffuses.

En effet, les règles qui existaient ne traitaient pas de manière spécifique des conflits d'intérêts ; de plus, elles n'étaient assorties d'aucune sanction explicite.

S'agissant spécifiquement des agents publics et autres collaborateurs du service public, les règles qui leur étaient applicables n'étaient également pas explicites.

Par ailleurs, parmi les obligations prétoriennees qui pèsent sur les agents publics notamment la neutralité, la probité et le désintéressement, il n'en existe pas qui porte spécifiquement sur la prévention ou la résolution des conflits d'intérêts.

Quant au principe d'impartialité, il semble s'imposer aux agents comme une condition de légalité des actes administratifs plutôt que comme une obligation déontologique.

Le droit administratif ne prévoyait pas de procédure formalisée de prévention des conflits d'intérêts, telles que, par exemple, des règles de récusation, déport, abstention...

Dans ces conditions, l'agent public semblait seul face au conflit d'intérêts, alors même que les sanctions afférentes à cette « norme juridique » en émergence sont sévères et sont à la fois de nature disciplinaire et pénale.

Par ailleurs, les codes et chartes de déontologie mis à la disposition des agents publics sont limités à certaines fonctions ou secteurs d'activité.

En matière de sécurité par exemple, l'article 1 de la Loi n°2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) dispose « *La Commission nationale de déontologie de la sécurité, autorité administrative indépendante, est chargée, sans préjudice des prérogatives que la loi attribue, notamment en matière de direction et de contrôle de la police judiciaire, à l'autorité judiciaire, de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République* ».

Cette autorité est donc chargée de contrôler le respect des règles déontologiques mises à la charge des services et personnes concourant à la sécurité sur le territoire français.

Selon l'article 12 de cette loi, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) « *remet chaque année au Président de la République et au Parlement un rapport sur les conditions d'exercice et les résultats de son activité. Ce rapport est rendu public* ».

La réglementation des conflits d'intérêts semble dominée par le cadre pénal, et plus particulièrement par les délits de prise illégale d'intérêts prévus aux articles 432-12 et 432-13 du Code pénal.

En effet, l'article 432-12 du Code pénal stipule « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende* ».

Aux termes de l'article 432-13 du Code pénal sanctionnant la prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire, « *est puni de trois ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une*

administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions ».

- 89.** Il convient de préciser que c'est la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière qui a renforcé la poursuite et la répression de ces infractions.

Cependant, les conflits d'intérêts ne pouvaient être réglés uniquement par des dispositions pénales dans la mesure où ils concernent essentiellement les personnes exerçant une fonction publique. Il était donc nécessaire que le Statut général de la fonction publique prévoit des dispositions adaptées permettant de traiter efficacement les conflits d'intérêts.

B – L'ACTUALISATION DU STATUT GÉNÉRAL DE LA FONCTION PUBLIQUE

Le Statut général de la fonction publique a constitué une grande conquête pour les fonctionnaires et est le fruit d'une longue évolution.

« Dès 1920, à l'occasion du vote de la loi du 12 mars sur les syndicats, le Gouvernement évoquait cette perspective. Le premier Statut général de la fonction publique a été défini par la loi du 19 octobre 1946, alors que Maurice Thorez était vice-président du Conseil chargé de la Fonction publique. Ce texte ne s'appliquait qu'à la fonction publique d'État, mais certains des grands principes que l'on retrouve dans l'actuel statut de la fonction publique y étaient déjà annoncés : distinction du grade et de l'emploi, gestion des personnels au sein d'organismes paritaires auxquels participent les fonctionnaires, reconnaissance du droit d'adhérer au syndicat de son choix... L'ordonnance du 4 février 1959 a apporté quelques modifications mineures, principalement commandées par la nouvelle répartition entre les domaines de la loi et du règlement établie par la Constitution de la V^e République »¹⁵³.

¹⁵³ Site Internet « Vie publique », Découverte des institutions, Approfondissements, *Le Statut général de la fonction publique*, le 19 08 2013, précité

Une refonte complète intervient ensuite durant les années 1980. La loi du 13 juillet 1983 porte « *droits et obligations des fonctionnaires* » et constitue le titre Ier du statut général des fonctionnaires. Elle est commune aux trois fonctions publiques. Ce que l'on nomme « *Statut général* » est constitué par ce premier texte ainsi que par trois autres lois, chacune ayant trait à l'une des trois fonctions publiques. La loi du 11 janvier 1984 est relative au statut des fonctionnaires de l'État et constitue le titre II du statut général des fonctionnaires. La loi du 26 janvier 1984 définit le statut des fonctionnaires des collectivités territoriales (titre III du statut général des fonctionnaires), réforme résultant du développement de la décentralisation à l'issue de la loi du 2 mars 1982. Enfin, la loi du 9 janvier 1986 est relative au statut de la fonction publique hospitalière et constitue le titre IV du statut général des fonctionnaires.

*« On a pu parfois mettre en cause la complexité de ce statut général en quatre parties. Pourtant, il présente le mérite essentiel de mettre en évidence ce qui, par-delà les différences des collectivités pour lesquelles ils travaillent, unit les fonctionnaires dans les missions qu'ils remplissent et dans leur activité quotidienne. Le statut général protège des principes essentiels pour toutes les catégories de fonctionnaires : droit de grève, égalité de traitement, droit syndical, garanties en cas de poursuites disciplinaires, liberté d'opinion, participation des fonctionnaires – à titre consultatif – à la gestion du service public grâce à des organismes paritaires... »*¹⁵⁴.

90. Cependant, ce Statut, s'il a pour mérite de « *mettre en évidence ce qui, par-delà les différences des collectivités pour lesquelles ils travaillent, unit les fonctionnaires dans les missions qu'ils remplissent et dans leur activité quotidienne* », comporte des dispositions qui ne sont plus adaptées car ne couvrent pas l'ensemble des situations pouvant donner lieu à des conflits d'intérêts.

En effet, l'article 25 du Statut général de la fonction publique imposant une obligation de désintéressement aux fonctionnaires stipule que :

« I. Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit.

Sont interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités privées suivantes :

¹⁵⁴ Site Internet « *Vie publique* », Découverte des institutions, Approfondissements, *Le Statut général de la fonction publique*, le 19 08 2013, précité

1° La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du Code général des impôts ;

2° Le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ;

3° La prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent toutefois être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, à titre accessoire, une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui leur sont confiées et n'affecte pas leur exercice.

II. L'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative et le 1° du I ne sont pas applicables :

1° Au fonctionnaire ou agent non titulaire de droit public qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, crée ou reprend une entreprise. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale de deux ans à compter de cette création ou reprise et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. La déclaration de l'intéressé est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

2° Au dirigeant d'une société ou d'une association ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts, lauréat d'un concours ou recruté en qualité d'agent non titulaire de droit public, qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, continue à exercer son activité privée. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter du recrutement de l'intéressé et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. Sa déclaration est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée ;

III. Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial.

La production des œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au

droit d'auteur des agents publics et sous réserve des dispositions de l'article 26 de la présente loi.

Les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

IV. Les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public, ainsi que les agents dont le contrat est soumis aux dispositions du Code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet peuvent exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

V. Sans préjudice de l'application de l'article 432-12 du Code pénal, la violation du présent article donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement ».

Le Statut général de la fonction publique avait donc besoin d'être adapté aux réalités de la fonction publique actuelle. C'est sans doute dans ce contexte qu'un projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a été présenté le 17 juillet 2013 en Conseil des ministres par la ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, Marylise LEBRANCHU.

91. Les motifs exposés à l'appui de ce projet de loi étaient divers et variés.

Le titre I^{er} est relatif à la déontologie. Le chapitre I^{er} de ce titre porte sur la déontologie et la prévention des conflits d'intérêts.

L'article 1^{er} consacre, pour la première fois dans le droit de la fonction publique, les valeurs fondamentales communes aux agents publics afin de :

- « - reconnaître le devoir d'exercer ses fonctions avec impartialité, probité et dignité, qui fonde la confiance des citoyens envers ceux qui ont fait le choix de servir l'intérêt général et justifie en retour le respect dû à la dignité des fonctions et des agents qui les exercent ;*
- consacrer les obligations de neutralité et de réserve auxquelles le fonctionnaire est tenu pour garantir l'égal traitement et le respect de la liberté de conscience de toutes les personnes ;*
- garantir le respect du principe de laïcité. »*

Le projet de loi reconnaît solennellement le rôle du chef de service auquel il incombe de veiller au respect de ces valeurs fondamentales dans le fonctionnement quotidien des services placés sous son autorité.

Il prévoit également que les règles déontologiques peuvent être précisées par des textes, tels que des codes de déontologie, pris sous la forme de décrets en Conseil d'Etat, sans faire obstacle au pouvoir du chef de service d'adopter, après avis des représentants du personnel, des règles déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité.

Cette affirmation des valeurs fondamentales des fonctionnaires et agents publics s'inscrit par ailleurs dans le contexte de la signature, le 12 décembre 2012, par les représentants des employeurs publics européens (EUPAE) et des agents (TUNED) réunis au sein du comité sectoriel européen de dialogue social, d'un accord-cadre pour un service de qualité dans les administrations des gouvernements centraux de l'Union européenne.

92. L'article 2 institue un dispositif novateur visant à promouvoir la place de la déontologie dans la fonction publique et modifie en profondeur le chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Il met en place une logique statutaire d'ensemble qui repose, au-delà de la consécration des valeurs fondamentales communes aux fonctionnaires, sur l'idée de faire de tout agent public le premier gardien des principes déontologiques inhérents à l'exercice d'une fonction publique.

Ce projet de loi consacrant pour la première fois dans le droit de la fonction publique, les valeurs fondamentales communes aux agents publics, contribue au traitement des conflits d'intérêts.

93. En résumé, pour une prévention efficace des conflits d'intérêts, tout acteur public doit se poser systématiquement la question de savoir s'il se trouve ou pas en situation de conflit d'intérêts pour qu'aucune décision politique ne soit soupçonnée de partialité, de sorte que les citoyens aient l'assurance que leurs gouvernants servent uniquement l'intérêt général et non pas leurs intérêts privés afin d'aboutir à une moralisation de la vie publique.

SECTION II : POUR LA MORALISATION DE LA VIE PUBLIQUE

94. L'interdiction faite aux agents publics de tirer un profit personnel de leurs fonctions traduit la volonté du législateur de sanctionner des comportements qui « *altèrent le lien entre gouvernants et gouvernés, élus et électeurs, défont le contrat social et [...] dé symbolisent le politique qui se réduit dès lors à un syndicat d'intérêts ou tout se négocie, s'achète et se vend* »¹⁵⁵.

L'agent public doit éviter de détourner le pouvoir dont il dispose c'est-à-dire qu'il doit éviter de mettre les prérogatives de puissance publique dont il bénéficie au service non de l'intérêt général mais d'intérêts ou de passions personnels.

*« Il y va de la bonne marche des services publics et de la confiance que le public doit normalement témoigner aux organes administratifs »*¹⁵⁶.

95. Aussi, les fondements des incriminations portant atteinte au devoir de probité ont-ils un caractère plus politique que moral.

La question de la moralisation de la vie publique a récemment été soulevée en suite de l'« *affaire Cahuzac* ». Le Conseil des ministres a arrêté, le mercredi 24 avril 2013, une panoplie de mesures d'assainissement de la vie publique visant notamment la transparence du patrimoine et des intérêts des membres du Gouvernement, des parlementaires et des élus locaux.

Ces mesures ont conduit au vote de quatre lois, notamment la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier.

Même si elles présentent incontestablement des avancées, ces lois ne prennent cependant pas en compte l'ensemble des mesures proposées par les rapports Sauvé de 2011 relatif à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et Jospin de 2012 sur la rénovation et la déontologie de la vie publique.

¹⁵⁵ « *Propositions pour mieux lutter contre la corruption* », Regards sur l'actualité n°207, janv. 1995, p. 21

¹⁵⁶ Daniel SOULEZ-LARIVIERE, « *Les élus et les fonctionnaires face au nouveau Code pénal* », Petites affiches 1995, n°110, p. 26

96. L'objectif de ces lois relatives à la transparence de la vie publique est de préserver l'image et la légitimité de l'Etat en préservant d'une part la confiance du public à l'égard des organes administratifs (Paragraphe 1), et d'autre part, les intérêts patrimoniaux de l'Etat (Paragraphe 2).

Paragraphe I : Pour la confiance du public à l'égard des organes administratifs

97. *« Servir l'intérêt général est la mission fondamentale des gouvernements et des institutions publiques. Les citoyens attendent de chaque agent de la fonction publique qu'il exerce ses fonctions avec intégrité, équité et impartialité. De plus en plus, les gouvernements sont censés veiller à ce que leurs agents publics ne laissent pas leurs intérêts privés et leurs liens personnels compromettre les décisions publiques et la gestion publique. Dans une société de plus en plus exigeante, une mauvaise gestion des conflits d'intérêts des agents publics risque de porter atteinte à la confiance des citoyens dans les institutions publiques.*

Les conflits d'intérêts, dans le secteur public comme dans le secteur privé, sont aujourd'hui un enjeu public majeur dans le monde entier. Dans l'administration et le secteur public, les situations de conflit d'intérêts font depuis longtemps l'objet d'une politique, d'une législation et d'une gestion spécifiques, dans le but d'assurer l'intégrité et l'impartialité des décisions. Dans le secteur privé, l'intégrité de la gestion est également une préoccupation ancestrale, notamment pour protéger les intérêts des actionnaires et, plus généralement, du public. Des scandales récents ont souligné combien il était important d'éviter les conflits d'intérêts, particulièrement problématiques lorsque, par exemple, un fonctionnaire quitte l'administration pour un emploi dans une entreprise ou une ONG, un cabinet d'experts comptables propose simultanément au même client des services d'audit et de consultant, ou une autorité de régulation adopte des positions trop alignées sur celles des entreprises qu'elle supervise.

De nouveaux types de relations se sont créés entre le secteur public et les entreprises ainsi que les organismes à but non lucratif ; ils ont notamment donné naissance à des formes de collaboration de plus en plus étroites telles que les partenariats public-privé, l'autoréglementation, les échanges de personnel et les parrainages. On a pu également observer dans le secteur public de nouvelles formules d'emploi de nature à modifier les obligations et les liens qui caractérisaient traditionnellement l'emploi dans ce secteur. C'est pourquoi il y a véritablement risque de voir apparaître de nouveaux types de conflits d'intérêts mettant en jeu les intérêts privés et les devoirs publics des agents publics ; d'où une opinion publique qui fait pression sur les gouvernements pour qu'ils veillent à l'intégrité des décisions publiques »¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public de juin 2003, points 1, 2 et 3

98. Il faut promouvoir de bonnes pratiques et adopter de bonnes mœurs sociales afin d'éviter une crise des institutions qui structurent la vie sociale et tenter de restaurer une légitimité érodée par des scandales politiques et financiers.

L'Administration, afin d'assurer la confiance du public à l'égard de ses organes, doit renforcer sa crédibilité et proposer un service de qualité aux administrés.

A – LA NÉCESSAIRE CRÉDIBILITÉ DE L'ADMINISTRATION

99. Il ressort de la proposition de loi constitutionnelle de Monsieur Jean-Pierre BRARD relative à la moralisation de la vie politique et prohibant les dons excessifs consentis aux responsables politiques, que la question des liens et des rapports entre le monde économique et les responsables politiques est une question majeure de notre vie politique¹⁵⁸.

Pour limiter l'influence des puissances économiques sur la vie politique, le législateur a, par des textes successifs, encadré progressivement le financement des partis politiques et des campagnes électorales, en allant jusqu'à interdire les dons des personnes morales.

La question du « *lobbying* » est également posée.

Il existe donc une volonté de distendre les liens entre le monde des affaires et celui de la politique, liens qui peuvent avoir des effets pervers.

Il convient d'instaurer une limite aux dons que peuvent recevoir les élus les plus importants à tous les niveaux de l'Etat et les membres du Gouvernement, sans interdire les présents d'usage.

Aussi, la Commission Sauvé proposa-t-elle « *que soit inscrite dans la loi une règle interdisant les cadeaux, libéralités et invitations aux acteurs publics, à l'exception de l'hospitalité « conventionnelle » et des cadeaux mineurs, d'une valeur inférieure à un seuil fixé par décret, qui pourrait être fixé à 150 euros, comme c'est le cas pour les commissaires européens. Seraient ainsi exclus de ce régime d'interdiction les cadeaux de politesse et de souvenir échangés à l'occasion d'une réunion officielle ou de contacts protocolaires, nécessités par les besoins du service. S'agissant des visites de travail, leur financement par des tiers exposant à un risque de dépendance, il convient qu'elles soient financées sur des crédits publics. Il ne peut en aller autrement que dans des cas exceptionnels et sur autorisation de l'autorité hiérarchique.*

¹⁵⁸ Assemblée nationale XIII e législature, session ordinaire de 2011-2012, compte rendu intégral, 1^{ère} séance du 1^{er} décembre 2011.

Lorsque la valeur d'un cadeau dépasse le seuil fixé par voie réglementaire, la personne qui, en raison d'obligation protocolaire, ne peut le décliner, devrait en faire la déclaration à l'autorité hiérarchique. Hors le cas où le cadeau pourrait demeurer au sein du service, il devrait faire l'objet d'une remise à France Domaine ou à la collectivité dont relève l'acteur public. Il ne doit donc pas pouvoir faire l'objet d'une appropriation personnelle. Il appartiendra au Gouvernement et à chaque administration ou institution concernée de s'assurer du respect de ces règles, qui doivent être précisées dans les codes de déontologie ainsi que des supports d'information pratique. Le déontologue de l'organisation concernée, par sa connaissance des particularités propres à celle-ci et des fonctions respectives des agents, doit être en mesure d'interpréter les notions d'hospitalité conventionnelle et de cadeau mineur, en établissant des cas pratiques ou des listes d'exemples pour aider les agents concernés »¹⁵⁹.

Elle a cependant précisé que chaque institution fixera le plafond de ce montant. Cette possibilité offerte aux institutions pourrait être source d'arbitraire et nuire à la transparence et à la crédibilité de l'Administration, alors que l'objectif de la lutte contre les atteintes au devoir de probité est d'assurer le bon fonctionnement de la démocratie et de donner plus de transparence et de crédibilité à la vie politique tout entière.

Les lois sur le financement de la vie politique ont contribué à son assainissement, mais les récentes affaires médiatisées ont montré que des dérives continuent de fragiliser la confiance des citoyens.

Le cumul des mandats et des fonctions est un facteur favorisant clientélisme et conflits d'intérêts.

Afin de servir l'intérêt général et non sa seule carrière politique, un élu doit se consacrer entièrement à sa fonction et à la réalisation de ses engagements électoraux. C'est un élément déterminant pour restaurer la confiance des citoyens envers la représentation politique.

Les élus devraient être formés afin d'être réellement capables d'exercer pleinement leur mission de gestion saine des deniers publics par l'élaboration et le contrôle du budget, des marchés publics, du contrôle de l'exécution des délégations de services publics. Cette formation permettrait de lutter contre les dérives que nous connaissons à savoir malversations et corruption.

¹⁵⁹ Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, précité, p.84-85

100. Par ailleurs, il faudrait mettre en place une réglementation stricte du lobbying qui peut être défini comme « *une stratégie menée par une entreprise ou un groupe de pression (appelé lobby) cherchant à défendre ses propres intérêts auprès des décideurs politiques. Son action est souvent discrète et indirecte.*

Elle s'appuie sur une bonne connaissance des circuits décisionnels et sur la constitution de vastes réseaux. En exerçant une pression et en jouant de leur influence sur les décideurs, les lobbyistes visent ainsi à influencer la mise en place de nouvelles législations qui leur sont favorables.

Le lobbying est une activité encore peu courante en France, où il est soumis depuis 2009 à des règles d'encadrement visant notamment à la publication des noms des clients de lobbyistes. En revanche, elle est très prisée aux Etats-Unis où les entreprises s'attachent de plus en plus souvent les services d'un lobbyiste professionnel. Elle est également fréquente à Bruxelles puisque plus de 15 000 lobbyistes sont présents auprès de la Commission européenne »¹⁶⁰.

Dans son premier contrôle en lobbying mené par Transparency International, la France a obtenu la note de 2,7 sur 10. L'association, qui milite pour plus de transparence et d'intégrité dans la vie publique, a présenté le mardi 21 octobre 2014, un rapport inédit dressant un état des lieux complet sur le lobbying dans le pays. Les « *représentants d'intérêts* » – terme préféré à « *lobbys* » –, qui, au nom d'entreprises ou d'associations « tentent d'influencer en leur faveur les décideurs publics dans le processus législatif, continuent en France d'agir dans l'ombre »¹⁶¹.

« *Il reste beaucoup de chemin à faire* », introduit Anne-Marie DUCROUX, administratrice chargée des questions de lobbying chez Transparency. Selon l'association, « *La France n'est pas à la hauteur de l'enjeu démocratique* » et doit « *clarifier les relations entre les décideurs publics et les représentants d'intérêts* » pour « *créer les conditions de la confiance des citoyens dans la décision publique* ». Cette note de 2,7 a été obtenue à partir d'une grille de notation de 65 indicateurs portant sur les conditions d'élaboration des lois et des décrets en France, au Parlement et dans toutes les autres instances de prises de décisions (cabinets ministériels, collectivités locales, autorités administratives...). L'évaluation se fait autour de trois principes, qui restent encore des objectifs à atteindre : l'intégrité des échanges, la traçabilité de la décision publique et l'équité d'accès aux décideurs publics.

¹⁶⁰ Site Internet journaldunet.com, Business, Pratique, Dictionnaire économique et financier, *lobbying : définition, traduction*

¹⁶¹ Le Monde.fr, Politique du 21 octobre 2014, *La France, mauvaise élève du lobbying*, par Hélène Bekmezian, Journaliste au Monde.

Sur les questions d'intégrité (conflits d'intérêts, restrictions d'emploi, codes de bonne conduite...) la France s'en sort à peu près grâce à l'adoption des lois sur la transparence de la vie publique en 2013, mais peut encore progresser, avec seulement 30 % des critères remplis.

« *Ni l'Assemblée nationale, ni le Sénat n'ont instauré d'organe de contrôle indépendant* », écrit l'association, qui rappelle que les parlementaires peuvent continuer à exercer des activités de conseil pendant leur mandat s'ils les exerçaient avant, ou devenir avocats d'affaires. Sur ce point, le cadre est plus contraignant pour les autres responsables publics, qui doivent dans certains cas observer des délais avant de passer du public au privé.

« *La stratégie d'influence des banques a été en partie favorisée par leurs liens étroits avec la haute fonction publique, notamment l'administration du Trésor* »¹⁶², assure l'association.

Dans le cadre du lobbying, non seulement la transparence doit être effectuée sur les actions de démarchage faites par les entreprises, mais il convient d'en encadrer l'usage aux seules dépenses liées à leurs domaines d'exercice.

Des chartes éthiques devraient être établies afin d'éviter les risques de trafics d'influence, en obligeant les élus et collaborateurs à déclarer leurs liens éventuels avec des groupes d'intérêts privés à vocation lucrative.

101. Il convient également de lutter contre les paradis fiscaux, bancaires et judiciaires.

En effet, l'argent détourné des marchés publics, l'argent provenant de la corruption, empruntent les circuits du blanchiment via les paradis fiscaux qui apparaissent aussi comme des zones de non droit sur le plan judiciaire et bancaire.

Dans l'action internationale et européenne de la France, la priorité devrait être l'établissement de règles de transparence, la levée du secret bancaire, la facilitation de la coopération judiciaire. Cette coopération demeure insuffisante malgré les missions parlementaires et l'instauration de nouvelles institutions comme le GAFI, Groupe d'action financière.

C'est un organisme intergouvernemental qui a pour objectif de concevoir et de promouvoir des politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme aussi bien à l'échelon national qu'international.

¹⁶² Le Monde.fr, Politique du 21 octobre 2014, *La France, mauvaise élève du lobbying*, par Hélène Bekmezian, Journaliste au Monde, précité.

Le GAFI est donc un organisme de décision qui s'efforce de susciter la volonté politique nécessaire pour réformer au plan national les lois et réglementations dans les domaines de sa compétence afin de lutter efficacement contre la délinquance financière.

- 102.** De façon générale, l'agent public a le devoir de se conduire toujours de manière à préserver et à renforcer la confiance du public dans l'intégrité, l'impartialité et l'efficacité des pouvoirs publics.

Cette exigence d'intégrité témoigne de la volonté d'améliorer, d'une part, l'information, la transparence, et d'autre part, le contrôle.

De plus, pour lutter efficacement pour la moralisation de la vie publique, il convient de mettre en place une réciprocité judiciaire au niveau international et limiter la portée du secret bancaire pour les besoins de la répression.

- 103.** La moralisation de la vie publique passe par la promotion de la transparence, de l'intégrité, de la bonne gouvernance dans le champ de l'action publique et dans la vie économique et sociale, afin de rétablir le contrat de confiance entre l'Administration et les administrés.

En effet, bien que la France soit un pays démocratique, il continue d'exister dans ses institutions et ses pratiques des résidus de traditions monarchiques à savoir l'immunité du Président de la République pour la durée de son mandat, les prérogatives de puissance publique dont bénéficie l'Administration, la pratique du secret administratif et en particulier du secret défense par lequel l'on limite le pouvoir d'investigation du juge.

La moralisation de la vie publique a pour objectif de redresser cette relation de confiance entre l'Administration et les administrés, qui est le fondement de la vie démocratique.

- 104.** En outre, des occasions se présentent. Elles se présentent d'autant plus que la France a quelques caractéristiques qui s'y prêtent.

C'est un pays dans lequel les dépenses publiques ne sont pas négligeables, ce qui signifie que les acteurs de la vie publique sont amenés à manipuler des sommes importantes. C'est aussi le pays où les droits de construction, notamment les droits au sol, sont les plus restreints et donc où la valeur d'un permis de construire est la plus grande. De plus, dans le domaine de la culture, en particulier dans le domaine des aides au spectacle vivant, il n'y a pas d'appel d'offres. Le système de subventions existant donne lieu à des malversations.

L'Administration, afin de renforcer sa crédibilité a mis en place une démarche qualité pour la satisfaction du public.

B – LA NÉCESSAIRE QUALITÉ DE SERVICE DANS L'ADMINISTRATION

- 105.** Pour des raisons conjointes d'efficacité et de réduction des coûts, les administrations publiques ont engagé des processus de modernisation destinés à améliorer leur fonctionnement interne et le service rendu aux usagers.

Le plus souvent conduites à l'initiative et avec le soutien de la Direction Générale de la Modernisation de l'Etat (DGME), ces démarches qualité s'appuient désormais sur des référentiels communs. C'est le cas notamment du Label Marianne.

Afin de fédérer les efforts des administrations et de généraliser la démarche qualité des services publics, la Charte Marianne a été définie en 2003. A travers ce référentiel commun, les services déclinent des engagements en matière de qualité d'accueil sous toutes ses formes : physique, téléphonique, électronique, etc.

La charte Marianne s'appuie sur des valeurs telles que l'accessibilité, l'écoute, la rigueur, la transparence et la rapidité.

Mise en place en 2005, la Charte Marianne a évolué pour prendre une forme proche de la certification : le Label Marianne, délivré aux services candidats par un organisme indépendant, selon un processus de labellisation mis en place par l'Afnor (Association française de normalisation) et la DGME.

Il vise à fiabiliser et à renforcer les engagements qualité en s'appuyant sur un référentiel méthodologique.

- 106.** La qualité de service s'inscrit désormais dans le cadre de la nouvelle gouvernance financière de l'Etat, instituée par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

L'objectif de la LOLF est de réformer la gestion publique en remplaçant une logique de moyens par une logique de résultats. Cette nouvelle approche impose la mise en place de dispositifs d'évaluation des politiques conduites, de leur coût, mais aussi de la satisfaction des usagers.

C'est ainsi que le Gouvernement a lancé, depuis début 2006, plusieurs vagues d'audits de modernisation, destinés à dessiner les améliorations à apporter pour satisfaire les besoins des

usagers et des agents. Ils ont eu pour conséquence le lancement en juillet 2007 de la révision générale des politiques publiques, dont l'objectif est de réduire les dépenses publiques en améliorant le service rendu : le conseil de modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007 a ainsi défini un programme d'amélioration de l'accueil dans les services publics.

Les évolutions les plus tangibles concernent l'administration électronique, qui représente un des vecteurs les plus puissants de modernisation. Informatisation du traitement des dossiers, informations personnalisées en ligne, démarches à distance : la simplification de la relation entre l'utilisateur et l'Administration représente un gain de temps et une économie de déplacement.

107. Dans ce contexte d'amélioration constante des services rendus, les administrations ont mis en place des outils permettant d'afficher leurs engagements et de mesurer leurs résultats.

En interne, les services adoptent des chartes signées et approuvées par des comités d'utilisateurs. Les services d'accueil peuvent également opter pour des démarches de certification ISO classiques, mises en place par l'Afaq, Association française pour le management et l'amélioration de la qualité, issue de l'Afnor, Association française de normalisation.

108. Ces différents types de démarches, souvent menés conjointement, ont tous pour corollaire une obligation de suivi : les services, en s'engageant sur une qualité de prestation et sur des délais de traitement, doivent mettre en place des indicateurs permettant de mesurer les résultats obtenus au regard des objectifs fixés, ainsi que le taux de satisfaction des utilisateurs. Ces outils intègrent notamment des enquêtes de satisfaction, dont les résultats ont vocation à être rendus publics.

Au sein des services des ministres de l'Economie et du Budget, la démarche qualité se décline de manière variée et adaptée aux besoins des directions : programmes spécifiques, certification, et/ou adoption de la Charte Marianne.

109. L'administration fiscale a mis en place le programme PVFI (Pour Vous Faciliter l'Impôt), commun aux services des impôts et du Trésor public. La Charte du contribuable, destinée à améliorer ses relations avec les utilisateurs, récapitule les droits et les devoirs de chacun.

En interne, plus de 200 sites fiscaux bénéficient d'une certification de service fondée sur les référentiels Qualifisc et Qualitrésor publiés en 2004 et remplacés par le référentiel Qualifinance en 2007.

La Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP), issue de la fusion de la Direction Générale des Impôts (DGI) et de la Direction Générale de la Comptabilité Publique (DGCP) a été créée lors du deuxième conseil de modernisation des politiques publiques (CMPP) qui s'est tenu le 4 avril 2008.

La réforme, décidée par le Président de la République et mise en œuvre par le Ministre du Budget, est emblématique de la capacité de l'Etat à se moderniser. Elle est également emblématique dans ses objectifs et dans les résultats attendus.

La création de la DGFIP, grâce aux synergies entre les missions des services des impôts et du Trésor public, doit permettre d'atteindre quatre objectifs prioritaires :

- Améliorer le service offert aux usagers particuliers en simplifiant leurs démarches : ils pourront s'adresser à un guichet fiscal unifié et pourront accomplir leurs démarches en une seule fois et sur un seul site ;
- Renforcer le conseil fiscal et financier apporté aux collectivités territoriales pour mieux répondre aux attentes des élus locaux ;
- Gagner en efficacité et améliorer les performances des services grâce notamment à la rationalisation des fonctions « *support* » ;
- Offrir de nouvelles perspectives professionnelles aux agents de la DGFIP qui évolueront dans un environnement professionnel plus vaste, et disposeront de statuts unifiés et de perspectives de carrière élargies.

Depuis le 1^{er} janvier 2009, le guichet fiscal unique a été déployé progressivement sur l'ensemble du territoire.

110. La Charte Marianne a été mise en œuvre dans tous les réseaux territoriaux, dans les missions économiques, dans plusieurs directions. Le CEDEF, Centre de documentation du ministère dédié au public externe, réalise une enquête de satisfaction annuelle, dont les résultats sont publiés.

Cette Charte Qualité récapitulant les droits et devoirs des contribuables, contribue également à la sauvegarde des intérêts patrimoniaux de l'Etat.

Paragraphe II : Pour la sauvegarde des intérêts patrimoniaux de l'État

- 111.** La moralisation de la vie publique a également pour but de sauvegarder les intérêts patrimoniaux de l'Etat en sensibilisant les agents publics à ne pas détourner les deniers publics et à ne pas s'enrichir au détriment de l'Administration.

La sauvegarde de ses intérêts patrimoniaux est l'une des préoccupations essentielles de l'Etat qui va mener des actions et mettre en place des stratégies pour préserver ses biens et assurer la croissance économique en vue de la satisfaction des besoins de la Nation.

Dans ce contexte, la répression des comportements visant à s'enrichir au détriment de l'Etat, est justifiée.

L'Etat va se positionner comme un actionnaire fondamental auprès des entreprises afin de renforcer leur rentabilité.

La création en 2004 de l'Agence des participations de l'Etat (APE) a été la pièce maîtresse de l'Etat actionnaire.

Distingué de « *l'Etat régulateur* » (des marchés en particulier) ou de « *l'Etat acheteur* » (surtout quand il est un client dominant, comme pour les matériels de défense), « *l'Etat actionnaire* » est l'expression d'un choix politique, visant, dans un souci d'amélioration de l'efficacité de l'Etat, à mieux reconnaître et à professionnaliser l'exercice de sa fonction d'actionnaire à l'égard des entreprises qu'il contrôle ou dans lesquelles il détient une participation.

Malgré les privatisations successives, l'Etat reste un actionnaire fondamentalement atypique, par le nombre et le poids de ses participations, mais surtout par la multitude des intérêts, souvent contradictoires, qu'il est amené à prendre en compte. Dans son organisation et ses processus de réflexion stratégique, de préparation des décisions et d'arbitrage, il est confronté à des contradictions.

Tout comme a été bienvenue, antérieurement, la dissociation des fonctions de régulation des marchés au sein des administrations centrales par l'institution d'autorités indépendantes (l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de régulation des communications électriques et des postes, la Commission de régulation de l'énergie, etc.), la réforme de 2004 a constitué un progrès, en facilitant, par la création de l'Agence des participations de l'Etat, l'identification et la prise en charge de la dimension patrimoniale du rôle d'actionnaire revenant à l'Etat.

L'Etat actionnaire va œuvrer pour le renforcement de la rentabilité des entreprises et du tissu économique.

A- LE RENFORCEMENT DE LA RENTABILITÉ DES ENTREPRISES ET DU TISSU ÉCONOMIQUE

- 112.** L'enjeu de l'Etat actionnaire est de marier la politique industrielle et la protection des intérêts patrimoniaux de l'Etat.

En effet, avec l'évolution en cours de l'Agence des participations de l'Etat, qui a été précédée de la constitution du fonds stratégique d'investissement (FSI), l'Etat actionnaire n'a plus seulement pour objectif d'assurer la plus grande rentabilité des entreprises de son périmètre. Il doit également renforcer le tissu productif de l'économie.

Lors de la conclusion des Etats généraux de l'industrie le 4 mars 2010, le Président de la République avait demandé une évolution des pratiques de l'Etat actionnaire vers une plus grande prise en compte des préoccupations industrielles.

Le Conseil des ministres du 2 août 2013 a décidé la modification du rôle de l'APE, intitulée désormais « *commissariat aux participations* ». L'agence a engagé depuis 2013 une démarche de modernisation et de simplification de l'actionnariat public.

L'objectif est de ne plus viser la seule protection des intérêts patrimoniaux de l'Etat. Il s'agit désormais d'intégrer la stratégie des entreprises, et notamment le choix dans la localisation de leurs investissements, dans le cadre d'une politique industrielle visant à développer le tissu productif de l'économie française.

- 113.** Au-delà des modalités d'exercice du contrôle exercé par l'Etat actionnaire sur les entreprises de son périmètre, se pose la question de sa capacité à soutenir financièrement les sociétés qu'il juge stratégiques et dont les besoins d'investissement requièrent des apports en fonds propres.

La stratégie de l'Etat actionnaire a consisté, jusqu'à présent, à céder des actifs pour recapitaliser des entreprises en difficulté. Il semble qu'une telle orientation ne soit pas adaptée au développement d'un Etat stratège, soutenant les entreprises dont il est actionnaire et qui relèvent de secteurs stratégiques pour l'ensemble de l'économie.

A cet égard, la question de l'accompagnement financier des entreprises du secteur nucléaire illustre bien la difficulté de l'Etat à réaliser pleinement ses objectifs industriels, compte tenu de la contrainte pesant sur ses finances.

Il n'est pas impossible que, pour soutenir financièrement les entreprises jugées stratégiques, il faille, d'une part, envisager une réduction du périmètre des sociétés dans lesquelles l'Etat détient une participation pour affecter les produits de cessions d'actifs aux secteurs prioritaires et, d'autre part, abandonner l'orientation consistant à utiliser les recettes du compte d'affectation spéciale pour venir au secours d'entreprises en difficulté.

Le fonds stratégique d'investissement (FSI) a été créé en 2009 par la Caisse des dépôts et l'Etat, actionnaires à hauteur de respectivement 51 % et 49 %.

Leur apport a consisté en des participations d'un montant de 14 milliards d'euros. En effet, l'Etat a apporté 13,5 % du capital de France Télécom, 8 % du capital d'Aéroports de Paris et 33,34 % du capital de STX France.

Par ailleurs, 2,3 milliards d'euros ont été apportés en numéraire.

L'objectif du FSI est de financer en fonds propres des entreprises de taille moyenne dont l'activité est considérée comme porteuse d'avenir. Le fonds prend en compte trois éléments principaux dans sa décision d'investissement, à savoir, la rentabilité attendue de la prise de participation et l'intérêt collectif, notamment le rôle de l'entreprise dans le tissu productif, les emplois qu'elle génère, la force de son innovation et sa capacité à exporter.

Au 31 juillet 2010, le montant des investissements directs réalisés par le FSI atteignait 1,4 milliards d'euros. Le fonds investit également de manière indirecte dans des fonds dédiés ou via le dispositif FSI-PME, dont le programme France Investissement est géré par CDC Entreprises qui a pour mission de favoriser le financement en fonds propres des PME en croissance.

Au service du développement des entreprises et des territoires, Bpifrance (banque publique d'investissement) englobe désormais Oseo, CDC Entreprises, le Fonds stratégique d'investissement (FSI) et FSI Régions. La Caisse des Dépôts en est l'actionnaire à 50 % à parité avec l'Etat.

L'Etat va également moderniser ses outils d'intervention afin d'améliorer sa rentabilité et préserver son patrimoine.

B – LA MODERNISATION DES OUTILS D'INTERVENTION DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE

114. Instituée par un décret du 9 septembre 2004, l'Agence des participations de l'Etat (APE) exerce l'ensemble des missions de l'Etat actionnaire dans les entreprises publiques.

Service à compétence nationale, rattaché à la DGTPE (direction générale du Trésor et de la politique économique appelée désormais direction générale du Trésor), elle a remplacé le service des participations de la direction générale du Trésor et vise à combler les carences de la tutelle financière de l'Etat sur les entreprises publiques.

Composée d'une soixantaine de personnes, organisée autour de trois pôles d'expertise (Audit-comptabilité, finances et juridique) et de six entités chargées des relations avec les entreprises, l'APE dispose de moyens nettement plus élevés que son prédécesseur.

L'Agence assure donc la fonction d'actionnaire de l'Etat et veille spécifiquement aux intérêts patrimoniaux de celui-ci. Son action porte autant sur les participations minoritaires que sur les entités contrôlées par l'Etat. Cependant, son domaine de compétence ne s'étend pas aux opérations de politique publique.

Son portefeuille comprend environ 70 entreprises réparties formellement en cinq domaines : transports, énergie, média, industrie et services.

En anticipant la reprise, l'Etat actionnaire a décidé d'amplifier, en lui donnant plus de cohérence, son action au service de notre économie.

L'Etat a rappelé la nécessité de définir et de mettre en œuvre pour chacune de ses participations une stratégie de développement industriel et économique claire, de long terme, dans le respect de ses intérêts patrimoniaux et de l'objet social de ses entreprises.

Cette nouvelle démarche intervient à la suite des états généraux de l'industrie dont les conclusions ont été présentées en mars 2010.

Elle se réalisera dans un cadre de travail ambitieux et rénové : des revues stratégiques, au niveau des ministres concernés, entre l'Etat actionnaire et le management des entreprises, à l'image de ce qui est pratiqué par tout actionnaire significatif d'une entreprise privée ; une meilleure anticipation des nominations des dirigeants des entreprises publiques ; la tenue de revues régulières pour évaluer la contribution de chaque entreprise au développement industriel français ; et un compte-rendu périodique sur la politique de gestion du personnel et les dispositifs de prévention des risques psychosociaux.

L'Etat cherche à concilier la performance des entreprises dont il est actionnaire et l'épanouissement professionnel des salariés dont elles sont responsables.

L'Etat soutient en conséquence l'économie dans son ensemble et prépare le rebond de la croissance en vue de la protection de ses intérêts patrimoniaux.

Force est de constater que l'Etat met tout en œuvre pour la sauvegarde de ses intérêts patrimoniaux.

Cela explique le fait que le législateur incrimine certains comportements visant à entamer le patrimoine économique de l'Etat en méconnaissance du devoir de probité auquel sont soumis les auteurs de ces infractions.

TITRE 2 : LES EXIGENCES QUANT AUX COMPORTEMENTS

115. Parmi les différentes incriminations visant les agents publics, il faut distinguer entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles.

Les premières concernent les abus d'autorité commis par des personnes exerçant une fonction publique et dirigés contre l'Administration (art. 432-1, C. pén.), ou contre les particuliers (art. 432-4 à 432-9, C. pén.), ainsi que les manquements au devoir de probité (art. 432-10 à 432-15, C. pén.).

Les secondes sont relatives aux atteintes involontaires à la vie (art. 221-6, C. pén. qui sanctionne le manquement à une obligation de sécurité ou de prudence) ; aux atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (art. 222-19, C. pén. qui réprime les coups et blessures involontaires) et à la mise en danger d'autrui (art. 223-1, C. pén. destiné à réprimer les comportements dangereux en matière de sécurité du travail).

Au titre des manquements au devoir de probité, le législateur incrimine plusieurs comportements limitativement énumérés dans le Code pénal.

Il existe des infractions voisines, apparentées, qui méritent d'être étudiées car sont souvent à l'origine de conflits de qualifications.

CHAPITRE 1 :

LES COMPORTEMENTS INCRIMINÉS PAR LE LÉGISLATEUR

116. Le Code pénal consacre plusieurs dispositions aux manquements au devoir de probité qui ont pour origine commune l'interdiction séculaire faite aux agents publics de tirer un profit personnel de leur activité en monnayant l'exercice de pouvoirs qui leur sont reconnus.

En dehors du droit pénal, d'autres règles écrites viennent sanctionner les manquements à cette règle. Le Statut général de la fonction publique contient également des dispositions en relation directe avec cette obligation de désintéressement.

En particulier l'article 25 alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1983 instaure une interdiction de la prise illégale d'intérêt que le Conseil d'Etat présente comme une application du principe général selon lequel les fonctionnaires ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leurs intérêts personnels puissent être en contradiction avec les intérêts de l'Etat ou de la collectivité publique qu'ils représentent¹⁶³.

Le Code des pensions civiles et militaires de retraite sanctionne de la déchéance des droits à pension le fonctionnaire révoqué pour détournement de deniers publics ou malversations accomplies en relation avec le service (art. L. 59).

Au titre des manquements au devoir de probité, le Code pénal sanctionne des infractions diverses qui ont cependant en commun de constituer des atteintes à la probité et au désintéressement.

Ces infractions correspondent à des abus de fonctions ou détournements de pouvoirs car les auteurs de ces infractions détournent des prérogatives de puissance publique à des fins personnelles en trafiquant leurs fonctions ou leur qualité.

¹⁶³ CE Avis adm. 17 févr. 1954, n° 263.302

SECTION I : LES COMPOSANTES DE CES INFRACTIONS

- 117.** A côté de la condition préalable tenant à la qualité de l’auteur de l’infraction, il existe des éléments constitutifs de ces infractions, notamment l’élément matériel d’une part, et l’élément intentionnel, d’autre part.

Paragraphe I : La matérialisation de ces infractions

- 118.** L’élément matériel de ces infractions portant atteinte au devoir de probité est constitué par la perception indue, d’une part, et par l’octroi d’un avantage injustifié, d’autre part.

A – LA PERCEPTION INDUE

- 119.** S’agissant de l’acte matériel de perception d’une somme indue, aux termes de l’alinéa 1^{er} de l’article 432-10 du Code pénal réprimant la concussion, c’est le fait de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qui n’est pas due ou qui excède ce qui est dû.

Souvent, la victime sera une personne privée en position de ne pouvoir se soustraire à la perception demandée par l’agent public.

Il y a forcément concussion lorsque ce-dernier ordonne ou recouvre des prélèvements de nature fiscale dans des conditions étrangères à celles qu’a fixées l’autorité compétente.

Il paraît en être également ainsi lorsque le prestataire d’un service public, rétribué en tant que tel, entend indûment être payé de manière supplémentaire.

Il y a également concussion lorsque des agents publics sollicitent de l’Administration le paiement de prestations dépassant la réalité de celles tarifées, qu’ils avaient effectivement accomplies. Ainsi ont été déclarés coupables de concussion : un magistrat pour s’être fait verser des indemnités de transport excédant ce qui lui était dû¹⁶⁴ ; un fonctionnaire de l’administration pénitentiaire pour avoir réclamé à celle-ci la rémunération excessive de fournitures délivrées aux détenus¹⁶⁵ ; un gestionnaire de maison de retraite pour avoir reçu une rémunération

¹⁶⁴ Crim. 2 avril. 1896, D. 1896. 1. 140

¹⁶⁵ Crim. 26 octobre. 1824, Bull. Crim. n°210; 26 juin 1852, *ibid.* n°210; 23 févr. 1882, *ibid.*, n°52

d'économe pour la résidence de personnes âgées voisine sans exercer la deuxième fonction¹⁶⁶ ; un maire pour avoir exigé de certains de ses administrés des travaux agricoles et des semences en guise de rétribution complémentaire de sa fonction¹⁶⁷.

- 120.** Dans les cas de corruption passive et de trafic d'influence réprimés par l'article 432-11 du Code pénal, la perception indue consiste à solliciter ou agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques.

Le délit est pleinement réalisé lorsque l'accord illicite du corrupteur et du corrompu est

Le Code pénal de 1810 requérait le pacte bilatéral illicite, en exigeant la conclusion d'un marché illicite. La loi du 16 mars 1943 et l'ordonnance n°45-191 du 8 février 1945 ont atténué cette exigence.

Les deux infractions deviennent indépendantes : l'acceptation de dons et promesses traduisant le pacte préalable est bien sûr réprimée, mais également, la simple sollicitation ou offre qui est un acte unilatéral, ayant pour but de conduire la personne sollicitée à commettre les infractions de corruption ou de trafic d'influence, est désormais réprimée.

En effet, ces deux conceptions de l'acte répréhensible s'affrontent et se complètent. La première attitude est la sollicitation qui est une démarche active du sujet invitant son interlocuteur à « rémunérer » d'une manière ou d'une autre, pour obtenir telle action ou telle abstention, ou pour que soit mise en œuvre l'influence.

Peu importera le résultat obtenu. La sollicitation devra être claire, sans équivoque. La seconde attitude est l'agrément ou l'acceptation des offres, des dons, des promesses faites par l'autre.

- 121.** La loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relative à la lutte contre la corruption met fin à une longue controverse jurisprudentielle liée à l'application du délit de corruption : jusqu'à présent, le délit de corruption n'était caractérisé que si la convention passée par le corrupteur et le corrompu avait précédé l'acte ou l'abstention qu'elle avait pour objet de rémunérer ; cette exigence d'antériorité était difficile à prouver lorsque les versements des sommes occultes intervenaient après l'acte de corruption.

Cette loi précise très opportunément que les faits de corruption s'apprécient « *à tout moment* » (Code pénal, art. 432-11, 433-1 et 434-9).

¹⁶⁶ TGI Bordeaux, 22 novembre. 2004, n°3, inédit

¹⁶⁷ Crim. 21 octobre. 1897, Bull. crim. n°323

Le délit de corruption est instantané et consommé dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, mais il se renouvelle à chaque acte d'exécution dudit pacte.

Tel est le cas de prêts à taux préférentiel dont ont bénéficié les mandataires de justice contre l'ouverture de comptes de sociétés placés sous administration judiciaire : l'amortissement se poursuit au-delà de la libération du capital et chaque échéance de remboursement constitue une exécution du pacte retardant d'autant la prescription¹⁶⁸.

122. Matériellement, la constitution du délit de corruption passive suppose d'une part un engagement du corrompu d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte relevant de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, et d'autre part, un bénéfice attendu ou obtenu en contrepartie. Un lien de causalité doit exister entre ces deux éléments.

Il faut établir que le corrompu attendait un bénéfice de l'engagement pris, ce bénéfice correspondant à la perception indue.

Selon l'article 432-11, 1° du Code pénal, la corruption passive suppose que l'on puisse reprocher à l'agent d'avoir sollicité ou agréé « *sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui* ».

L'agent a été, ou devait être, récompensé pour son acte ; il a ou devait percevoir une chose qui n'est normalement pas due par le corrupteur.

Il n'est pas punissable à ce titre s'il s'est contenté de céder aux demandes, prières et autres sollicitations insistantes d'un tiers, sans n'en tirer aucun avantage¹⁶⁹.

123. Constitue le délit de trafic d'influence le fait, par un agent d'une commune, de se présenter à des personnes ayant formé des demandes de permis de construire comme étant, en raison de ses fonctions et de ses relations, en mesure d'obtenir la délivrance des permis sollicités, de déterminer ainsi lesdites personnes à lui confier le soin d'établir des plans et devis en vue de la constitution de leurs dossiers et de les persuader de lui remettre diverses sommes en rémunération de ses travaux et de ses démarches¹⁷⁰.

Se rend également coupable de trafic d'influence le premier adjoint au maire délégué à la commission des marchés publics, dans laquelle il jouissait d'une grande influence, qui a

¹⁶⁸ Crim. 8 oct. 2003, n° 03-82-589, AJ pénal 2003.102

¹⁶⁹ Cass. crim., 13 décembre. 1945 : Bull. crim. 1945, n°145; Rev. sc. Crim. 1946, p. 233, obs. L. Hugueney

¹⁷⁰ Crim. 4 juillet. 1974 : Bull. Crim. n° 249; RSC 1975. 411, obs. Vitu.

bénéficié de fonds provenant de la caisse noire d'une société adjudicataire d'un marché de travaux publics¹⁷¹.

- 124.** La perception illicite est donc indispensable à la matérialisation de ces infractions. La destination finale des fonds illégitimement reçus est sans incidence sur la commission du délit¹⁷².

La notion de « perception indue » doit être interprétée largement car l'article 432-11 du Code pénal précise bien que l'avantage peut être quelconque. La plupart du temps, l'agent perçoit une somme d'argent. Il peut également s'agir d'objets de valeur, d'appartements, de voyages d'agrément, de véhicules, etc.

La perception indue peut s'avérer plus discrète. En matière de corruption, le délit sera constitué dès lors que l'agent corrompu aura fait acquitter l'une de ses dettes par le particulier corrupteur ou aura fait effectuer, aux frais du corrupteur, des travaux sur un terrain lui appartenant, ou aura bénéficié gratuitement de personnels de maison. Il en ira de même si l'agent corrompu obtient, à très bas prix, des marchandises dans le magasin du corrupteur ou si l'agent public parvient à se faire consentir un prêt de ce particulier corrupteur dans des conditions inespérées.

- 125.** Peu importe que la proposition n'ait pas été formellement exprimée dès lors qu'est caractérisé « *le lien de causalité entre les dons sollicités et l'attribution des marchés* »¹⁷³. Dans cette affaire, le maire et ses adjoints demandaient, pour financer leurs activités politiques, aux entreprises en lien avec la commune, le versement de sommes correspondant à un pourcentage des marchés accordés, « *ce qui ne pouvait que créer, dans l'esprit de la personne sollicitée, un lien entre le marché et le financement demandé* ».

- 126.** Aux termes de l'article 432-12 du Code pénal modifié par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 (article 6), le délit de prise d'intérêts est constitué notamment par le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

¹⁷¹ Crim. 8 janv. 1998 : Dr. Pénal 1998. 98, obs. Véron

¹⁷² Toulouse, 31 janv. 2002 : JCP 2002. IV. 2014

¹⁷³ Cass. Crim., 30 juin 1999 : Bull. crim. 1999, n° 168; D. 2000, somm. Comm., p. 123, obs. M. Segonds

L'intérêt exigé par cet article étant quelconque, il peut donc être patrimonial, moral, familial, matériel.

L'article 432-12 du Code pénal n'exige pas que l'intérêt pris par le prévenu soit en contradiction avec l'intérêt communal.

Ainsi, l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président, entre dans le champ d'application de cet article. Il n'importe que ces élus n'en aient tiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal¹⁷⁴.

127. Le délit de prise illégale d'intérêts ou d'ingérence est constitué par la prise d'intérêt dans une affaire dont l'officier public avait l'administration ou la surveillance, celles-ci se réduiraient-elles à de simples pouvoirs de préparation ou de propositions de décisions prises par d'autres¹⁷⁵.

Ce délit est caractérisé dès lors qu'il est établi, d'une part, que les prévenus devaient exercer, en qualité de maire ou d'adjoint au maire, une surveillance sur l'activité de la société civile immobilière chargée de l'aménagement du littoral et dont la constitution avait été décidée par le conseil municipal et, d'autre part, qu'ils ont pris un intérêt personnel, même sans rémunération ou contrepartie pécuniaire, dans le fonctionnement de ladite société¹⁷⁶.

Pour que l'infraction soit constituée, il n'est pas nécessaire que soit rapportée la preuve que la personne en cause ait tiré un bénéfice de l'opération ou que la collectivité ait souffert d'un quelconque préjudice.

Le caractère particulièrement extensif de l'infraction de prise illégale d'intérêts a été rappelé par le ministre de l'Intérieur à l'occasion d'une question écrite du député Patrick LEMASLE concernant la responsabilité des élus au regard de l'article 432-12 du Code pénal, dans leurs relations avec les associations.

« L'intérêt pris peut être d'ordre matériel ou moral, direct ou indirect. L'infraction peut être constituée même si l'auteur n'en tire pas profit, même si la collectivité ne subit pas de préjudice et même si l'intérêt pris ou conservé n'est pas en contradiction avec l'intérêt communal.

Elle peut également être constituée quand bien même l'élu ne donnerait qu'un avis sur l'attribution de subventions sans participer à la décision finale.

¹⁷⁴ Crim. 22 oct. 2008 : Bull. crim. n° 212 ; D. 2008. AJ 3013; AJ penal 2009. 34, obs. Royer; dr. penal 2009, n° 3, obs. Véron; ibid. Chron. 9, obs. Linditch; AJDA 2008. 2144

¹⁷⁵ Crim. 22 sept. 1998 : Dr. penal 1999. 21, obs. Véron. Limoges, 4 févr. 1998 : BICC 1998. 778

¹⁷⁶ Crim. 25 juin 1996 : Bull. crim. n° 273 ; Dr. penal 1996. 264, obs. Véron

La qualité de président d'honneur d'une association est une distinction honorifique et symbolique. Elle n'implique pas, habituellement, une participation active dans l'organisation, le fonctionnement et l'activité de l'association, contrairement à la fonction de président dirigeant l'association.

Cette circonstance, si elle peut être de nature à atténuer l'existence d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, ne suffit pas, à elle seule, à écarter la possibilité d'une condamnation pour prise illégale d'intérêts au vu de la jurisprudence actuelle »¹⁷⁷.

128. Quant au délit réprimé par l'article 432-13 du Code pénal modifié par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 (article 28), il se consomme par le fait, pour une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

Cette loi du 11 octobre 2013 rajoute à la liste des personnes pouvant être poursuivies au titre du délit de prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire, les membres du Gouvernement et les personnes titulaires d'une fonction exécutive locale. Les ministres peuvent donc être désormais poursuivis s'ils prennent ou reçoivent une participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise placée anciennement sous leur surveillance.

Dans ces délits de prise illégale d'intérêts, c'est le fait de prendre ou recevoir ou conserver l'intérêt qui caractérise la perception indue.

129. Il ressort de l'acte 432-15 du Code pénal réprimant la soustraction et le détournement de biens que ce délit est constitué lorsqu'il est établi d'une part, que l'auteur de l'infraction a détourné des fonds, et d'autre part, que ces fonds détournés étaient venus entre ses mains en raison de ses fonctions. C'est le détournement ou la soustraction de fonds qui caractérisent cette perception illicite nécessaire à la matérialisation de l'infraction.

¹⁷⁷ Réponse ministérielle JOAN Q du 19 novembre 2013, n° 22605

La matérialisation des infractions portant atteinte à la probité se traduit également par l'octroi d'un avantage injustifié.

B – L'OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ

130. Aux termes de l'article 432-14 du Code pénal, *« est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public 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, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de 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 ».*

Ce délit, couramment qualifié de délit de favoritisme, consiste à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service.

La notion d'avantage injustifié, avant d'être l'élément constitutif de cette infraction, avait été introduite en droit par la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 (JO du 26 septembre 1948) créant la Cour de discipline budgétaire et financière, et tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités. L'article 6 de cette loi, devenu l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières, sanctionne, en effet, d'une peine d'amende, toute personne justiciable de cette Cour, qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui *« un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé ».*

Les justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière sont désignés dans l'article L. 312-1 du Code des juridictions financières. Ce sont :

« a) Toute personne appartenant au cabinet d'un membre du Gouvernement ;

b) Tout fonctionnaire ou agent civil ou militaire de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que des groupements des collectivités territoriales ;

c) Tout représentant, administrateur ou agent des autres organismes qui sont soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale des comptes ou d'une chambre territoriale des comptes.

Sont également justiciables de la Cour tous ceux qui exercent, en fait, les fonctions des personnes désignées ci-dessus ».

131. La pénalisation de l'octroi d'avantage injustifié contribue à sanctionner plus efficacement les atteintes à la libre concurrence commises par les acheteurs publics. Cependant, le contenu de l'avantage injustifié portant atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats n'est pas toujours aisé à cerner.

La notion d'avantage injustifié fait inmanquablement songer à un profit ou à un intérêt pour la société candidate.

La loi ne précise pas la forme que doit revêtir l'avantage en question pour que le délit de favoritisme puisse être caractérisé. En fait, tout dépendra des circonstances.

L'avantage pourra être directement l'attribution du marché, mais aussi, plus simplement, la fourniture illégale d'informations au candidat que l'on veut favoriser. En effet, le délit de favoritisme est retenu en cas de divulgation d'information privilégiée et confidentielle à une entreprise candidate portant, par exemple, sur la consistance de l'opération projetée, sur les offres des concurrents, sur le coût, etc.¹⁷⁸.

Par ailleurs, l'avantage sera forcément qualifié d'injustifié lorsqu'il trouvera son origine dans la violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant l'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

132. Le délit de corruption passive exige pour être constitué que les offres, promesses, dons, présents, commissions, escomptes ou primes, agréés, sollicités ou reçus l'aient été pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction ou facilité par la fonction de celui qui les sollicite ou les reçoit.

De même, le délit de trafic d'influence exige pour être constitué que les offres, promesses, dons, présents, commissions, escomptes ou primes, agréés, sollicités ou reçus l'aient été pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une

¹⁷⁸ Crim. 12 juin 2003, n° 02-81.122, RSC 2004. 427, obs. J. Buisson. – 20 avr. 2005, n° 04-83.017, Bull. crim. n° 139 ; RTD com. 2005.857, obs. B. Bouloc. – 7 sept. 2005, n° 05-80.164. – 14févr. 2007, n° 06-81.924, Bull. crim. n° 47 ; AJ pénal 2007. 183 ; AJDA 2007. 853, note J.-L. Dreyfus

administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

L'article 154 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JO du 18 mai 2011) supprimant la condition tenant à l'antériorité du pacte illicite, a modifié l'article 432-11 du Code pénal, en ajoutant les mots « *avoir accompli* », « *s'être abstenue d'accomplir* » et « *avoir abusé* ».

L'engagement pris par l'agent de faire bénéficier le corrupteur d'une décision favorable caractérise l'avantage injustifié octroyé en contrepartie des présents reçus ou sollicités

L'engagement pris par le corrompu doit être envisagé largement. Il peut s'agir d'un acte unilatéral de l'agent public qui fait à un particulier une proposition, même non suivie d'effet. A titre d'exemple, l'infraction a été déclarée constituée s'agissant d'un adjoint au maire qui subordonnait la délivrance des autorisations nécessaires à une opération d'aménagement urbain au versement d'une commission à son profit¹⁷⁹ ; il en est de même d'un policier ayant proposé de ne pas constater une infraction moyennant rémunération¹⁸⁰.

L'engagement peut également résulter d'un accord donné par l'agent public à autrui. Il importe peu de savoir qui a pris l'initiative lorsque l'agent a accepté de rendre un service moyennant une contrepartie¹⁸¹. Il y a délit non seulement lorsque l'agent accepte ce qu'on lui offre mais aussi lorsqu'il prend l'initiative de provoquer cette offre.

Peu importe l'éventuelle interposition d'une personne servant d'intermédiaire pour dissimuler le lien entre la sollicitation ou l'agrément d'une rémunération illicite et l'acte relevant de la fonction qu'il s'agit d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir.

En effet, selon l'article 432-11 du Code pénal, cette sollicitation ou cet agrément peuvent être intervenus « *directement ou indirectement* »¹⁸².

Le tiers servant ainsi d'intermédiaire se rend tout au plus complice de celui qui a eu recours à un tel stratagème dès lors qu'il a agi en connaissance de cause.

En effet, les manquements au devoir de probité étant des infractions intentionnelles, nécessitent pour être constitués, une intention coupable caractérisant l'élément intentionnel.

¹⁷⁹ Cass. Crim., 1er mars 2000 : Bull. crim. 2000, n°101; Dr. pén. 2000, comm. 110, obs. M. Véron

¹⁸⁰ CA Paris, 11^e ch. Corr., 27 mai 2008 : JurisData n°2008-364445

¹⁸¹ Cass. Crim., 20 févr. 2008 : JurisData n° 2008-042917; Bull. Crim. 2008, n°44

¹⁸² Cass. Crim., 5 mai 1916 : Bull. Crim. 1916, n° 12; DP 1921, 1, p. 63; S. 1920, 1, p. 140

Paragraphe II : L'élément intentionnel de ces infractions

133. Aux termes, de l'article 121-3 du Code pénal, « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ».

Il ressort de cet article que l'intention coupable est toujours requise pour les crimes et pour les délits¹⁸³, à moins, pour ces derniers, que le législateur en dispose autrement.

A – LA NÉCESSITÉ D'UNE INTENTION COUPABLE

134. Ce qui importe, c'est l'état d'esprit de l'auteur de l'acte répréhensible qui importe au moment où il l'a commis. C'est cet élément qui doit être pris en considération pour décider si oui ou non l'infraction est réalisée. C'est donc un élément fondamental.

L'idée d'intention est le pivot de cet élément moral, et l'intention consiste dans la volonté d'accomplir un acte, avec la conscience qu'il est défendu par la loi pénale, ou encore de s'abstenir d'un acte avec la conscience qu'il est ordonné par ladite loi.

Le législateur a érigé l'intention coupable en élément constitutif de ces incriminations.

L'intention coupable ou dol criminel, peut être définie comme la volonté de commettre un agissement matériel, action ou omission, incriminé par la loi pénale. Plus précisément, le dol suppose à la fois la connaissance et la volonté.

Celui-ci est traditionnellement défini comme étant la volonté d'accomplir un acte défendu par la loi. Cette volonté est donc tendue vers un certain but : la recherche d'un résultat répréhensible. Et le législateur exprime à la fois cette exigence du dol en utilisant souvent dans le texte des incriminations, des expressions telles que « *volontairement* », ou « *sciemment* », ou « *en connaissance de cause* », ou « *frauduleusement* », ou encore « *de mauvaise foi* ».

Mais ce dol pénal, qui peut être prouvé par tous moyens, connaît des formes et des degrés différents, variables le plus souvent en fonction de l'intensité de cette volonté criminelle.

¹⁸³ En principe, les contraventions ne requièrent pas l'intention criminelle. Mais le principe n'est pas absolu et certains textes réglementaires érigent l'intention coupable en élément constitutif de la contravention : ainsi, l'article R. 625-1 sur les violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure à huit jours ; ainsi également l'article R. 645-14 (issu d'un décret du 19 juin 2009) réprimant de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifié dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* »

135. On distingue généralement le dol général qui est la simple volonté consciente de violer la loi pénale du dol spécial.

Le dol spécial, c'est l'intention inscrite dans un but particulier. C'est la volonté de nuire, le but de troubler l'ordre public. En d'autres termes : c'est la conscience non pas seulement d'accomplir un acte illicite, mais de déterminer par cet acte, un préjudice pour la victime.

On est ici, en quelque sorte, entre l'objectif et le mobile. Et ce dol spécial doit être constaté par le juge, car il s'intègre dans la définition de l'incrimination. Donc le dol spécial n'est pas établi, l'incrimination ne sera pas établie.

En effet, la réalisation de certaines infractions suppose parfois un mobile particulier aussi nommé dol spécial, en l'absence duquel toute répression est impossible. Le dol spécial est l'intention de parvenir à un certain résultat interdit par la loi pénale.

Le délit de favoritisme n'échappe pas à cette solution. Dans ce délit, le dol spécial est caractérisé par la conscience et la volonté de favoriser un candidat.

Volonté tendue vers un but illicite, l'intention criminelle est toujours identique pour une même infraction.

En cela, le dol se distingue des mobiles de l'infraction, c'est-à-dire des raisons concrètes qui expliquent le passage à l'acte du délinquant. Ces mobiles, très subjectifs, varient sensiblement d'un délinquant à un autre : on peut détourner des fonds par besoin, par plaisir, par jeu, par cupidité, pour se faire justice à soi-même, etc.

En règle générale, les mobiles qu'ils soient honorables ou non, ne sont pas pris en compte par le droit pénal. Ainsi, en matière de concussion, il est sans intérêt que le prévenu, jugeant insuffisant le traitement afférent à son emploi et se considérant victime d'une situation sociale inacceptable, ait cherché à augmenter ses revenus par une voie irrégulière. Peu importe notamment la bonne cause. Dans le cadre de la corruption passive, l'infraction est constituée contre l'élu qui subordonne la délivrance d'un permis de construire au paiement d'une somme censée profiter à la commune dont il est maire¹⁸⁴.

136. Ce dol pénal peut en outre connaître des degrés divers : le dol peut être simple, ce qui n'entraînera aucune conséquence particulière tant au plan de la qualification que de la répression ; il conduira au prononcé d'une peine ordinaire.

¹⁸⁴ Cass. crim., 20 mai 2009, n° 09-83.789 : JursiData n° 2009-049202

En revanche, il peut parfois être aggravé. Il correspond dans ce cas à la préméditation. Il y a ici une antériorité de l'intention criminelle par rapport à l'action, une période pendant laquelle l'agent a le temps de la réflexion, le temps de mûrir son projet. La préméditation est assez souvent une circonstance aggravante qui sera prise en compte lors du prononcé de la peine.

La préméditation n'est prévue par la loi qu'en cas d'atteinte à la vie ou à l'intégrité d'autrui. En conséquence, on ne pourra pas parler de préméditation dans le cadre des atteintes à la probité.

A l'inverse du dol aggravé, il y a aussi le dol atténué qui va ici conduire en principe à une diminution de la peine. C'est notamment le cas lorsque l'auteur de l'infraction est mineur (cas le plus fréquent).

Au lieu de prendre en considération l'intensité de la volonté, le résultat de cette volonté peut parfois être pris en compte. On va alors distinguer d'une part le dol déterminé, de l'autre le dol indéterminé.

Il y a dol déterminé lorsque le délinquant a voulu de façon précise, commettre telle ou telle infraction, et au préjudice d'une personne déterminée et identifiée.

Il y a dol indéterminé au contraire lorsque l'intention de l'agent était simplement de faire mal, peu important la gravité du résultat, ou l'identité de la personne.

L'indétermination porte ici sur la nature des événements.

En cas d'indétermination du résultat, le délinquant est en principe tenu pour responsable de toutes les conséquences de l'acte, y compris celles qu'il n'a pas souhaitées.

En cas d'indétermination de l'identité de la victime cette fois, et non pas du résultat, la loi assimile le dol indéterminé au dol déterminé, dans la mesure où cela ne change rien à l'intention criminelle ou dolosive de l'auteur. L'individu est considéré comme tout autant dangereux même s'il y a eu une confusion sur l'identité de la victime.

Le dol est dit *praeterintentionnel* lorsque l'agent exprime une volonté dolosive bien déterminée, qu'il poursuit un objectif précis, mais que le résultat va dépasser l'intention initiale. Le législateur fait ici la part entre ce qui a été voulu et ce qui ne l'a pas été, entre l'intention et le résultat.

S'agissant du dol éventuel, ici l'agent ne voulait aucun résultat dommageable, mais celui-ci s'est malheureusement produit : il a pris un risque. Le Code pénal ne parle pas de ce type de dol, mais le législateur semble l'avoir pris en compte dans le cadre de la faute de « *mise en danger délibérée d'autrui* ».

137. L'auteur d'une infraction intentionnelle doit donc avoir la volonté d'accomplir un acte en ayant conscience qu'il transgresse une interdiction. En d'autres termes, le coupable doit avoir agi sciemment, frauduleusement, à dessein, en connaissance de cause, etc.

En application de la maxime selon laquelle « *nul n'est censé ignorer la loi* », la conscience d'enfreindre la loi pénale est toujours présumée. Mais la présomption n'est pas irréfragable et peut céder, par exemple, devant la preuve d'une insanité d'esprit ou d'une erreur insurmontable de l'agent.

La preuve de l'intention criminelle se résume en vérité à celle de la volonté de l'agent d'accomplir l'acte illicite.

138. En matière de concussion, dès lors que c'est la perception ou l'absence de perception qui est la composante première de l'infraction, c'est elle qui devra d'abord correspondre à la démarche volontaire de l'agent. On doit donc exclure ce qui découle de l'erreur purement matérielle commise dans la procédure de recouvrement des droits contributifs. Lorsque le caractère indu de la perception résulte d'une erreur humaine ou de calcul, l'élément intentionnel ne paraît pas démontré.

En effet, l'intention disparaît si la perception a été faite ou exigée à la suite d'une erreur de fait commise par le dépositaire de l'autorité publique ou la personne chargée d'une mission de service public, ou encore en raison d'une interprétation erronée de la loi ou du règlement.

Le second élément sur lequel doit porter l'analyse de l'intention est évidemment le caractère indu, excessif ou insuffisant de la perception. La jurisprudence a constamment exclu du domaine de la concussion la démarche professionnelle de l'agent des contributions qui poursuit une procédure d'imposition ou encore de redressement fiscal¹⁸⁵.

Dès lors que l'agent public ne peut se voir imputer une erreur commise volontairement ou maintenue de mauvaise foi, il ne saurait être poursuivi pour concussion, notamment à l'initiative de celui qui a été condamné pour fraude fiscale¹⁸⁶.

139. En matière de corruption passive, le dol général correspond pour l'agent à la conscience d'agir en violation de son devoir de probité. L'intention est aisément établie lorsque l'agent corrompu

¹⁸⁵ Crim. 3 mai 1995, n° 94-83.621, Dr. Pénal 1995, n° 198, note M. Véron ; 23 juill. 1932, Bull. crim. n° 189, et deux arrêts du 29 janv. 1957, Bull. crim. n° 98 et 99

¹⁸⁶ Crim. 13 mars 1995, n° 94-82.247, Dr. Pénal 1995, n° 144, obs. M. Véron

a proposé d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction moyennant la fourniture d'un avantage déterminé¹⁸⁷.

La preuve de l'intention peut s'avérer plus difficile à rapporter lorsque l'agent corrompu s'est contenté d'accepter la proposition qui lui a été faite. Dans une telle hypothèse, le ministère public doit démontrer que l'agent suspecté de corruption a accepté l'avantage en sachant qu'il avait pour contrepartie d'accomplir un acte de sa fonction ou de s'abstenir d'accomplir un tel acte.

- 140.** Quant à l'élément intentionnel du délit de favoritisme, il est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'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.

Encourt dès lors la cassation, l'arrêt de non-lieu qui énonce que le délit suppose que soit établie l'existence d'une intention de nuire et que si des maladroites et des dysfonctionnements se sont produits au regard des critères de choix, il ne résulte d'aucun élément de l'information que les membres de la commission aient été animés d'une telle intention de nuire et qu'ils aient, de manière délibérée et frauduleuse, évincé un candidat pour en privilégier un autre¹⁸⁸.

La conduite frauduleuse d'un responsable de marchés publics peut être motivée par plusieurs raisons, notamment son ignorance et sa négligence.

En effet, cette négligence peut être due à la routine quotidienne en cas de modification des règlements applicables en matière de marchés publics ou à la paresse notamment si les règles ont été rendues plus complexes.

La conduite frauduleuse peut aussi être motivée par la volonté de favoriser l'efficacité du processus de passation des marchés, notamment lorsque les règles sont complexes, soit elles posent un problème car sont inutilement complexes et coûteuses à appliquer, soit le responsable ne voit plus la nécessité des règles car il manque de formation.

Le protectionnisme ou la décentralisation régionale ou nationale ou la volonté de protéger les emplois locaux à court terme, motivent également la conduite frauduleuse du responsable des marchés.

Il suffit que l'acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires ait été accompli en connaissance de cause, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une l'intention de nuire.

¹⁸⁷ V. Cass. crim., 21 mai 1997 : Jursidata n° 1997-003328 ; Bull. crim. 1997, n° 193

¹⁸⁸ Cass. crim., 14 déc. 2011, n° 11-82.854, D : JurisData n° 2011-031066

141. L'intention coupable étant caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit reproché, le délit de prise illégale d'intérêts est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, et se consomme par le seul abus de la fonction ou de la mission¹⁸⁹.

142. En matière de détournement de biens, le dol consiste en la connaissance chez le prévenu du détournement des sommes qu'il ordonnait¹⁹⁰. L'article 432-15 du Code pénal n'exige pas que le prévenu ait eu l'intention de s'approprier les fonds détournés ni qu'il en ait tiré un profit personnel¹⁹¹.

Le délit ne serait pas constitué si les agissements reprochés à l'intéressé témoignent seulement, chez lui, d'une négligence ou d'une erreur, même grave, dans l'exercice de ses fonctions.

Ce serait le cas de l'affectation des fonds à une dépense publique non autorisée, de la perte de fonds ou d'objets détenus par le comptable, d'un simple déficit de caisse, d'un retard apporté à la restitution ou même de la non-représentation des documents, actes, titres ou choses déposés.

Il appartient au juge de caractériser la volonté de l'auteur de détourner les fonds.

143. En application du principe de la présomption d'innocence, la preuve de l'intention incombe à la partie poursuivante, notamment le ministère public.

Cependant les agissements matériels de l'agent suffisent bien souvent à établir l'existence du dol criminel. C'est la solution retenue dans la Convention des Nations Unies contre la corruption, dite convention de Mérida, qui dispose que « *la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'éléments d'une infraction établie conformément à la présente Convention peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives* ».

144. Les manquements au devoir de probité sont constitués même en l'absence de tout préjudice pour la collectivité ou le trésor public¹⁹².

Il suffit que les éléments constitutifs de ces incriminations soient réalisés, l'existence de préjudice pour l'Administration n'étant pas un élément constitutif de ces infractions.

¹⁸⁹ Cass. crim., 29 sept. 1999 : Bull. crim. 1999, n° 202

¹⁹⁰ Cass. crim., 19 juin 2002 : JurisData n° 2002-015292 ; Bull. crim. 2002, n° 140

¹⁹¹ Cass. crim., 20 avr. 2005 : JurisData n° 2005-028291 ; Bull. crim. 2005, n° 140 ; Dr. pén. 2005, comm. 102, note M. Véron ; D. 2005, p. 2992, obs. F. Mascala ; AJP 2005, p. 238, obs. M. Redon

¹⁹² V. Circ. Crim. 98.4/G3 du 2 juillet 1998 : BO min. Just. n° 71, p. 120 ; Dr. Adm. 1999, comm. 68, note R. de Castelnau

B – LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

- 145.** La chambre criminelle de la Cour de cassation fait preuve en matière de manquements au devoir de probité d'une certaine sévérité.

Ce fut le cas lorsque cette dernière a estimé que les juges du fond avaient relevé à bon droit que l'élément moral du délit pouvait résulter du manquement des prévenus à l'obligation que leur imposait leur mandat électif de vérifier la régularité des engagements qu'ils prenaient pour eux-mêmes ou pour la commune¹⁹³.

S'il est vrai que la chambre criminelle de la Cour de cassation fait preuve en matière de manquements au devoir de probité d'une certaine sévérité, il n'en demeure pas moins que la fréquence des dissimulations opérées par les agents, qui se traduisent la plupart du temps par des actes simulés ou des interpositions de personnes, suffit généralement à se convaincre de leur mauvaise foi.

- 146.** Selon une jurisprudence constante, il n'est point nécessaire que l'agent ait été animé par un esprit de lucre¹⁹⁴, le délit étant caractérisé indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage personnel¹⁹⁵.

Concernant le délit de prise illégale d'intérêts, cette analyse a été remise en cause par certains auteurs au motif que ce délit étant qualifié de manquement au devoir de probité par le nouveau Code pénal, l'infraction ne devrait pas être détachée de la recherche d'un bénéfice illégitime réalisé ou recherché¹⁹⁶.

On objectera cependant qu'en vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale qui interdit d'étendre l'application d'un texte à des situations non expressément visées, il ne peut pas être intégré dans les éléments constitutifs, une condition non prévue par le législateur. En effet, contrairement aux délits de corruption et de favoritisme intégrant respectivement parmi leurs éléments constitutifs un « *avantage quelconque* » ou un « *avantage injustifié* », le délit de prise illégale d'intérêts est constitué indépendamment de la recherche d'un bénéfice¹⁹⁷.

¹⁹³ Cass. Crim. 25 juin 1996; n° 95-80.592, Bull. crim., n° 273, Dr. pén. 1996, comm. 264, note M. Véron

¹⁹⁴ Cass. crim. 15 déc. 1905, DP 1907.1. 195, rapport Mercier, spec. p. 196; 18 juin 1996, Dr. Pén. 1996, comm. 263, note M. Véron

¹⁹⁵ Cass. Crim. 2 nov. 1961, Bull. crim., n° 438, Rev. sc. crim. 1962. 327, obs. L. Hugueney

¹⁹⁶ M. VERON, *Droit penal et procedure pénale*, JCP 2002. I. 107, n°4

¹⁹⁷ M. SEGONDS, *A propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel*, D. 2003. 505

147. Dès lors, si l'on interprète strictement l'article 432-14 du Code pénal, le seul fait de violer, en connaissance de cause, les règles des marchés publics et des délégations de service public ne suffit pas à caractériser l'élément moral du délit, s'il n'est pas démontré que l'intéressé a souhaité privilégier l'un des candidats.

La jurisprudence s'est cependant écartée de cette solution, les magistrats ayant tendance à faire découler le dol spécial du dol général¹⁹⁸. Ainsi en matière de délit de favoritisme, la conscience et la volonté de favoriser illégalement un candidat sont ainsi, parfois, caractérisées du seul fait que l'auteur ait accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit, c'est-à-dire le fait de violer une règle préexistante¹⁹⁹.

En effet, en droit pénal des affaires, comme dans les autres branches du droit pénal, la preuve directe de l'élément moral étant généralement difficile à rapporter, le juge pénal a recours au système des présomptions pour déterminer l'intention coupable. En pratique, le juge prendra en considération les circonstances matérielles de l'infraction desquelles il déduira la mauvaise foi du prévenu si, compte tenu des circonstances, l'auteur des faits ne pouvait pas être de bonne foi.

L'élément intentionnel est donc réduit au dol général. Il est déduit de la nature même du comportement matériel du prévenu, du moins lorsque celui-ci ne présente pas un caractère équivoque.

En effet, chaque fois que les faits seront univoques et parleront d'eux-mêmes, l'intention coupable sera présumée car déduite du comportement de l'agent ; il appartiendra donc à la personne poursuivie de rapporter la preuve contraire en établissant sa bonne foi. Cette solution est, bien entendu, juridiquement contestable compte tenu du principe de la présomption d'innocence.

148. En matière de détournement de fonds, l'élément intentionnel se déduit aisément des manœuvres, fausses écritures, omissions d'enregistrement, etc. imputables à l'agent ou de sa signature sur des bons, ordres de paiement, etc., établis sans droit à son profit²⁰⁰. L'intention coupable est ainsi caractérisée dans le cas : ... du préposé des Postes qui omet volontairement

¹⁹⁸ Ainsi, peut-on lire dans la jurisprudence la plus récente que "la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du Code pénal" Crim., 10 janvier 1996, Bull. crim., n° 13.

¹⁹⁹ Crim. 14 janv. 2004, n° 03-83.396, Bull. crim. N° 11; RTD com. 2004. 623, obs. B. Bouloc ; Dr. Pénal 2004. Comm. 50, obs. M. Véron. – 14 déc. 2005, n° 05-83.898, Bull. crim. n° 333 ; RTD com. 2006. 495, obs. B. Bouloc. – 20 mai 2009, n° 08-87.354

²⁰⁰ Cass. crim. 19 juin 2002, n° 01-84.397, Bull. crim., n° 140, D. 2003, somm. 172, obs. M. segonds, JCP 2002. IV. 2610

de délivrer les mandats ou titres qui lui sont confiés²⁰¹ ; ... du notaire qui détruit par un acte volontaire les pièces qui lui ont été confiées²⁰² ; ... de celui qui s'empare de pièces à conviction déposées dans un tribunal²⁰³.

- 149.** En matière de marchés publics, les magistrats recourent également à des présomptions en se fondant principalement sur la qualité de l'intéressé. La jurisprudence considère ainsi qu'un élu de longue date sait nécessairement ce qu'il convient de faire en matière de marchés publics, de sorte que le non-respect des textes est forcément considéré comme un acte intentionnel. Il ne saurait, par conséquent, se réfugier derrière une prétendue méconnaissance de la procédure d'appels d'offres²⁰⁴.

Dans le même sens, il a été jugé qu'un directeur de la coordination et des services techniques d'un conseil général, « *eu égard à ses fonctions ne pouvait ignorer le caractère manifestement illégal de la demande qui lui était faite* »²⁰⁵, ni le contenu des dispositions légales et réglementaires régissant la matière²⁰⁶.

Citons également l'exemple remarquable d'un président d'université. Celui-ci, du fait de sa qualité, élaborait le budget de l'établissement et « *pouvait aisément et devait constater* » que le montant annuel des dépenses litigieuses dépassait le seuil légal.

En conséquence, en n'ayant pas recouru à la mise en concurrence des prestataires de service, il avait laissé « *en connaissance de cause* » se prolonger la pratique du traitement de gré à gré avec les prestataires antérieurs qui, du coup, s'étaient vu accorder un avantage injustifié²⁰⁷.

- 150.** Au-delà de la qualité du prévenu, la jurisprudence a parfois déduit l'intention coupable de la seule réitération des irrégularités relevées²⁰⁸.

Par ailleurs, il n'appartient pas au juge de vérifier l'existence du devoir de probité chez la personne qui exerce une fonction publique. Elle est présumée y avoir manqué dès que l'une des incriminations faisant partie des manquements au devoir de probité lui est reprochée, notamment les délits de concussion, de corruption passive et de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des

²⁰¹ Cass. crim. 3 janv. 1947, Bull. crim., n° 9, D. 1947.117, Rev. sc. crim. 1947.226, obs. L. Hugueney

²⁰² Cass. Crim. 13 févr. 1985, Bull. crim., n° 75

²⁰³ Cass. crim. 19 oct. 1993, n° 93-83.225, Bull. crim., n° 297, Dr. penal 1994, comm. n° 32, obs. M. Véron

²⁰⁴ Crim. 15 sept. 1999, n° 98-87.588, Dr. penal 2000. Comm. 28, obs. M. Véron

²⁰⁵ Crim. 15 déc. 2004, n° 03-83.474

²⁰⁶ Caen, 20 avr. 1998, n° 97/00700

²⁰⁷ Crim. 17 déc. 2008, n° 08-82.319, Bull. crim. n° 261; RTD com. 2009. 471, obs. B. Bouloc; AJ penal 2009. 131, obs. J. Lasserre-Capdeville

²⁰⁸ Crim. 24 oct. 2001, n° 00-86.681- Grenoble, 21 sept. 1997, n° 701-97

candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, le délit de prise illégale d'intérêts et le délit de soustraction et de détournement de biens.

Il convient de noter que, la jurisprudence rendue à propos de l'élément intentionnel des infractions portant atteinte au devoir de probité, et plus précisément celle qui tend à l'absorption du dol spécial par le dol général, et la déduction du dol général de la matérialisation des infractions, et de la qualité de l'intéressé, demeure critiquée²⁰⁹. Elle revient, en effet, à faire peser sur les personnes en cause, toutes les irrégularités et les contraindre à prouver leur bonne foi.

²⁰⁹ E. DREYER, *Droit penal special*, 2008, Ellipses, n° 1306

SECTION II : LES PARTICULARITÉS DE CES INFRACTIONS

- 151.** Le bloc d'infractions constituant les manquements au devoir de probité se caractérise par des similitudes les rapprochant les unes des autres, et des particularités les démarquant des autres.

Paragraphe I : Les similitudes

- 152.** Il y a atteinte au devoir de probité lorsque la personne exerçant une fonction publique trafique de sa fonction ou de sa qualité. Cela suppose qu'elle possède le pouvoir d'agir qu'elle monnaye. Il s'agit donc du trafic d'une fonction ou d'une qualité réellement possédées à l'exclusion de fonction et de qualité imaginaires.

Ces infractions constituent des abus de fonctions dans la mesure où elles sont soit étroitement liées à l'exercice des fonctions soit facilitées par l'exercice des fonctions.

Ces infractions ne sont punissables que si elles ont pour but l'accomplissement ou l'abstention d'actes de la fonction, de la mission ou du mandat, ou d'actes facilités par cette fonction, cette mission ou ce mandat.

Un lien de causalité doit donc exister entre les actes délictueux et les fonctions confiées à l'auteur de l'infraction.

A – L'ABUS DE FONCTION

- 153.** Aux termes de l'article 432-11 du Code pénal, le délit de corruption est constitué lorsque la personne exerçant une fonction publique s'engage contre un avantage quelconque à « *accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat [...]* ».

L'acte de la fonction, de la mission ou du mandat est un acte imposé par les attributions de l'agent.

Il s'agit non seulement des actes qu'il appartient au titulaire de la fonction, de la mission ou du mandat d'accomplir, seul ou en concours avec d'autres, mais encore ceux à la préparation desquels il participe, sans pouvoir les accomplir lui-même, ou ceux dont les devoirs de sa charge lui font une obligation de s'abstenir.

Il convient d'écarter les actes qui ne figurent pas dans le cadre légal ou réglementaire des attributions de l'agent public, soit parce qu'ils sont situés en dehors de ce cadre et entrent dans les attributions d'un autre fonctionnaire, soit parce qu'il s'agit d'actes absolument impossibles à accomplir par nature ou en raison de faits inexistants ou imaginaires sur lesquels ils portent.

Il faut que l'acte figure dans les attributions expresses du titulaire de la fonction ou de l'emploi.

Il suffit dans chaque cas concret d'examiner les textes régissant la fonction ou l'emploi, ou les règles pratiques communément suivies en la matière, pour pouvoir aisément déterminer ce qui est acte de la fonction ou de l'emploi.

Les actes de la fonction sont tous ceux qu'impose la discipline de la fonction, résulterait-elle, non de textes, mais uniquement d'une sorte de déontologie informulée, bien que certaine²¹⁰.

- 154.** En matière de marchés publics, le délit de corruption est constitué lorsqu'une société verse à un élu ou un fonctionnaire une somme d'argent en contrepartie de l'obtention d'un marché public. Dans ce cas, la corruption ne dépend pas du pouvoir de décision reconnu à l'élu ; il suffit qu'il ait simplement usé de ses pouvoirs en vue de favoriser l'obtention du marché public.

Dans le cadre de la corruption passive, le corrupteur est intéressé par l'avantage qu'il pourrait obtenir du corrompu en raison de sa fonction même. La corruption passive s'inscrit dans le cadre de la mission, du mandat ou de la fonction de l'agent public.

- 155.** De même dans le délit de concussion, la personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public qui reçoit, exige ou ordonne de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due ou excède ce qui est dû, fait trafic de ses fonctions dans la mesure où la somme lui est remise compte de ses fonctions.

Aux termes de l'article 432-11 du Code pénal, le délit de trafic d'influence est constitué lorsque la personne exerçant une fonction publique s'engage contre un avantage quelconque à « *abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable [...]* ».

²¹⁰ Cass. crim., 6 févr. 1968: Bull. crim. 1968, n°37

Ici, est sanctionné le fait pour une personne exerçant une fonction publique, d'utiliser sa qualité pour influencer une autorité ou une administration publique en vue d'obtenir un certain nombre d'avantages pour le corrupteur.

Dans le cadre du trafic d'influence, c'est l'influence réelle ou supposée de l'agent public qui est recherchée. Ce délit exige donc que la personne poursuivie se soit présentée comme un intermédiaire dont l'influence réelle ou supposée permettrait d'obtenir un avantage ou une décision favorable d'une autorité ou d'une administration.

Dans le cadre du trafic d'influence, le coupable n'est pas celui qui sera l'auteur de la décision favorable, mais celui qui va tenter, du fait de son influence réelle ou supposée, de proposer de faire obtenir cette décision favorable.

La situation de trafic d'influence, tout en étant distincte de celle de corruption passive, est susceptible de se cumuler avec celle-ci, lorsque l'autorité influencée a perçu elle-même une contrepartie, scellant ainsi un pacte de corruption.

156. Aux termes de l'article 432-15 du Code pénal « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende* ».

Le délit de soustraction ou de détournement de biens est donc constitué lorsque les biens détournés ont été remis à l'agent en raison de ses fonctions ou de sa mission. L'acte reproché à l'agent doit donc présenter un lien avec les fonctions exercées.

Il s'agit de tout acte qui, bien que ne ressortissant pas aux prérogatives expressément concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, a cependant été rendu possible par elles en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte

B – LE LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE L'ACTE ET LES FONCTIONS

157. De manière générale, qu'il s'agisse des infractions liées à l'exercice de la fonction ou facilitées par l'exercice de la fonction, il faut nécessairement un lien de causalité entre l'acte réprimé et les fonctions exercées par la personne poursuivie.

Il ressort de la jurisprudence que « *le détournement commis par un comptable public n'est punissable, que s'il a porté sur des deniers ou effets venus entre ses mains en vertu de ses fonctions* »²¹¹.

Il faut donc un lien entre la remise des fonds et les fonctions de la personne poursuivie. En conséquence, si la remise des fonds a été effectuée par erreur²¹² ou de façon volontaire²¹³, l'infraction de détournement de biens n'est pas constituée.

158. De même, le délit de prise illégale d'intérêts, réprimé par l'article 432-12 du Code pénal, n'existe qu'autant que la personne poursuivie a, au moment de l'acte, l'administration ou la surveillance de l'affaire dans laquelle il a pris l'intérêt. Il y a par conséquent un lien entre la surveillance ou l'administration de l'affaire et la prise d'intérêt dans cette affaire.

En conséquence, il n'y a pas d'infraction en l'absence de lien de causalité, selon la jurisprudence.

En effet, le président d'un conseil général qui a sollicité et reçu, de la part d'une société de construction bénéficiaire de marchés de travaux publics, une somme d'argent destinée à financer des campagnes électorales, n'a pu être condamné pour corruption passive car il a été constaté l'absence de lien de causalité entre le versement des sommes et la signature du contrat ; la chronologie des faits démontrant l'antériorité des relations contractuelles avec la société de construction qui avait été préalablement choisie par la commission d'ouverture des plis, la signature du contrat ne constituant alors qu'une simple formalité indifférente du versement des sommes d'argent²¹⁴.

159. Le lien de causalité bénéficie d'une certaine souplesse pour les besoins de la répression.

En matière de marchés publics, ce lien entre l'acte et les fonctions est plus ou moins souple car est fonction de la participation directe ou indirecte de l'agent à la procédure de passation du marché.

Les infractions portant atteinte à la probité se distinguent les unes des autres par leurs particularités.

²¹¹ Crim. 11 déc. 1952: Bull. crim. n°299; Crim. 28 juil. 1958: Bull. crim. n°584

²¹² Crim. 23 oct. 1958: Bull. crim n°650 ; Gaz. Pal. 1959. 1. 40

²¹³ Crim. 18 oct. 1924: S. 1925.1.89, note Roux

²¹⁴ Aix-en-Provence, 18 nov. 1997 : JCP 1998.IV. 1952

Paragraphe II : Les éléments distinctifs

160. Rangé parmi les manquements au devoir de probité, le délit de concussion, à l'instar des délits de corruption passive et de trafic d'influence, de prise illégale d'intérêts, d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public et de soustraction et du détournement de biens, vise à garantir la probité de ceux qui participent à une mission d'intérêt général. Plus précisément, le délit de concussion vise à garantir l'égalité de traitement des citoyens et à maintenir leur confiance dans le service public.

Il se distingue du délit de corruption passive qui lui-même se distingue du délit de trafic d'influence.

A – DISTINCTION DES DÉLITS DE CONCUSSION ET DE CORRUPTION

161. Dans le droit romain et l'Ancien droit français, les délits de concussion et de corruption étaient d'ordinaire confondus sous le nom unique de prévarication, délit visant d'une façon générale le fait pour un agent public de trahir les intérêts qu'il a la charge et la mission de défendre.

L'Ancien droit français manifestait une sévérité variable, oscillant de la peine de mort au bannissement, ou à la privation de l'office, l'interdiction à temps et la restitution au quadruple des sommes reçues ; mais l'incrimination avait un contenu vague et on y avait même fait entrer la levée indue de milices sans un ordre du Roi ou, pour un magistrat, la connaissance de procès qui, pourtant, échappaient à sa compétence.

162. La distinction entre les délits de concussion et de corruption apparut dans le Code pénal de 1791. La concussion était incriminée à l'article 14, section V du titre I (« *crimes et attentats contre la chose publique* ») de la seconde partie du Code pénal (« *des crimes et de leur punition* »), la corruption étant, pour sa part, incriminée aux articles 7, 8, 9 et 10 de la même section. La distinction sera reprise par le Code pénal de 1810 (C. pén., art. 174 ancien, pour le délit de concussion. – C. pén., art. 177 et 179 anciens, pour les délits de corruption active et passive) puis le Code pénal de 1992.

Les infractions de concussion et de corruption seront successivement correctionnalisées, pour la concussion par les lois des 13 mai 1863 (correctionnalisation partielle, la loi distinguant la concussion criminelle de la concussion correctionnelle) et 24 novembre 1953, et pour la corruption par la loi du 16 mars 1943.

Depuis l'arrêt Denis de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 juillet 1917²¹⁵, il est, d'une façon générale, admis par la doctrine et la jurisprudence que le critère de distinction entre les délits de concussion et de corruption repose sur le titre en vertu duquel a été réalisée la perception indue.

En effet, dans le délit de corruption, la somme indûment perçue par l'agent public est la contrepartie du service illégal qu'il a rendu conformément au pacte réalisé avec un tiers.

En revanche, dans le délit de concussion, la somme indûment perçue par l'agent est présentée par lui, au tiers, comme un dû que la loi ou le règlement impose de régler.

Il ressort de cette distinction que, dans le délit de corruption, le corrupteur et le corrompu sont tous deux auteurs d'une infraction de corruption (active ou passive, selon les cas) tandis que dans le délit de concussion, l'agent public est seul auteur de l'infraction, le particulier étant ici victime.

Dans le délit de concussion, l'agent public prétend être « *obligé* » de recouvrer la somme demandée au particulier ; il la perçoit comme un « *droit* »²¹⁶.

En effet, le critère de la distinction entre ces deux délits réside dans le titre auquel l'agent public reçoit la somme délictueuse. S'il reçoit, sollicite ou exige cette somme comme le prix d'un acte qu'il s'engage à accomplir ou à ne pas accomplir et qui relève de sa fonction ou est facilité par elle, il commet le délit de corruption. Si au contraire l'agent public a reçu des fonds comme une chose prétendument due à titre d'impôt, il y a concussion.

Autrement dit, dans le délit de corruption, le versement est effectué à titre de don ou présent tandis que dans le délit de concussion, il est effectué au titre d'une somme due notamment un droit contributif ou un droit rémunérateur incluant les traitements et salaires²¹⁷.

Le délit de corruption se distingue donc du délit de concussion par la circonstance que l'agent public a reçu d'une personne un don ou un présent que celle-ci était libre de ne pas lui faire.

²¹⁵ Bull. crim. 1917, n° 170 ; S. 1921, 1, p. 93 ; DP 1921, 1, p. 142

²¹⁶ V. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, t. IV : Sirey, 3^e éd., n° 1500, p. 341. – E. Garçon, Code pénal annoté : Sirey, 2^e éd. M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, art. 174, n° 58s. – R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, par A. Vitu, t. I : Cujas, n° 347. – E. Dreyer, *Droit pénal spécial* : Ellipses, 2008, n° 1319 et s.

²¹⁷ Crim. 24 oct. 2001: Bull. crim. n°220

163. Par ailleurs, le délit de concussion est constitué dès lors qu'il y a eu ordre de percevoir indépendamment de l'ordre de paiement²¹⁸. De même, le délit de corruption est consommé dès que les sollicitations ont eu lieu indépendamment de l'exécution du marché illicite.

On parle de l'indifférence de la perception dans la mesure où la simple « *sollicitation* » de dons suffit à consommer l'infraction. En effet, la sollicitation implique une démarche, une initiative de l'intéressé qui invite son interlocuteur, d'une façon directe ou par des moyens détournés, à comprendre qu'il doit « *payer* » pour obtenir l'accomplissement de l'acte de la fonction ou de l'acte facilité par elle : directe ou indirecte, la simple sollicitation d'avantages quelconques suffit à caractériser le délit de corruption passive, qui est consommé dès l'émission de la sollicitation.

B – DISTINCTION DES DÉLITS DE TRAFIC D'INFLUENCE ET DE CORRUPTION PASSIVE

164. Le trafic d'influence commis par une personne exerçant une fonction publique s'avère très proche de la corruption passive : ces deux infractions sont envisagées par le même article 432-11 du Code pénal et punies de la même façon.

En vertu de l'article 432-11, 2° du Code pénal, l'infraction est constituée si la personne exerçant une fonction publique a sollicité ou accepté d'« *abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* ».

165. Il s'ensuit trois différences par rapport à la corruption passive incriminée à l'article 432-11, 1° du même code.

D'abord, si l'agent peut, en matière de corruption passive, s'engager à ne pas accomplir un acte de sa fonction, il doit s'engager, en matière de trafic d'influence, à accomplir une action notamment abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

²¹⁸ Crim. 27 juin 2001:Bull. Crim n°162

Ensuite, ce qui est accordé ou proposé par l'agent, ce n'est pas directement une décision favorable mais une recommandation auprès des pouvoirs publics qui doit permettre d'obtenir la décision convoitée.

A titre d'exemple, l'infraction est constituée lorsque la personne exerçant la fonction publique intervient auprès d'une autre personne ou d'un autre service public pour faciliter l'obtention d'une subvention²¹⁹, d'un agrément²²⁰, d'un marché public²²¹, la délivrance d'un permis de construire²²², le classement sans suite d'un procès-verbal d'infraction²²³, l'obtention d'un passeport²²⁴, etc.

L'infraction ne porte donc pas sur un acte de la fonction. Elle s'avère plus diffuse s'agissant en l'espèce d'une intervention destinée à « *aplanir auprès d'une administration publique toutes les difficultés liées à l'exécution d'un contrat* »²²⁵.

Enfin, l'influence ne doit pas simplement pousser l'autorité ou l'administration publique à accomplir un acte quelconque de sa fonction. L'objectif est défini plus précisément comme l'obtention de distinctions, d'emplois, de marchés ou de toute autre décision favorable. C'est, par exemple, le cas d'un administrateur judiciaire abusant de son influence auprès du président d'un tribunal de commerce pour obtenir l'ouverture d'une simple procédure de règlement amiable contre une entreprise dont son interlocuteur voulait prolonger la vie par une mission de conciliation²²⁶.

L'autorité ou l'Administration sollicitée doit accomplir un acte de sa fonction en vue de permettre l'obtention de distinctions, d'emplois, de marchés ou toute autre décision favorable.

²¹⁹ Cass. crim., 27 févr. 2002 : Jurisdata n° 2002-013622 ; Bull. Crim. 2002, n° 48 ; JCP G 2002, IV, 1747 : s'agissant d'un ingénieur au commissariat à l'énergie atomique mis à la disposition de l'Agence nationale de valorisation de la recherche afin d'apporter son concours dans l'instruction de certains dossiers de demande d'aide à l'innovation

²²⁰ Cass. crim., 15 mars 2000 : Bull. crim. 2000, n° 115 ; Rev. sc. Crim. 2000, p. 815, obs. B. Bouloc : s'agissant de l'attribution d'un marché privé soumis à agrément obligatoire

²²¹ Cass. crim., 16 déc. 1997 : JurisData n° 1997-005178 ; Bull. Crim. 1997, n° 428 – Cass. Crim., 15 déc. 2004, n° 03-83.474 : JurisData n° 2004-026835 – CA Paris, 9^e ch. Corr., 23 nov. 2005 : JurisData n° 2005-302969 : s'agissant d'élus intervenant auprès de leurs collègues siégeant dans des commissions d'appels d'offre pour avantager les entreprises finançant leur parti politique

²²² Cass. crim., 4 juill. 1974 : Bull. crim. 1974, n° 249 ; rev. sc. crim. 1975, p. 411, obs. A. Vitu

²²³ Cass. crim., 6 juin 1989 : Dr. Pén. 1990, comm. 44, obs. M. Véron. – Cass. crim., 17 nov. 1955 : Bull. crim. 1955, n° 494. – CA Paris, 9^e ch. Corr., 2 déc. 2005 : JurisData n° 2005-301927

²²⁴ Cass. crim., 26 nov. 1927 : Bull. crim. 1927, n° 274 ; DH 1928, p. 6

²²⁵ Cass. crim., 19 mars 2008 : JurisData n° 2008-043363 ; Bull. crim. 2008, n° 71 ; DR. pén. 2008, comm. 102, obs. M. Véron ; AJP 2008, p. 319, obs. J. Lelieur

²²⁶ Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, n° 97-84.773,

L'influence ne doit donc pas être exercée en vue d'une simple abstention de la part de l'autorité ou de l'Administration publique. Ce qui n'est pas le cas lorsque la décision attendue correspond à une exemption du service militaire, laquelle implique une action²²⁷.

Peu importe que la démarche s'avère légitime ou non. L'infraction est ainsi constituée lorsque l'intervention a eu pour résultat d'avantager un dossier par rapport à un autre, même si ce dossier remplissait intrinsèquement les conditions requises et n'avait donc pas besoin d'une telle intervention pour l'emporter.

Inversement, peu importe que l'intervention ait été vouée à l'échec : la constitution de l'infraction ne doit pas dépendre de la capacité d'influence de l'agent. Ainsi, il a été jugé « *qu'en effet il n'importe que la décision favorable escomptée du trafic d'influence s'avère inutile ou sans objet, dès lors que le prévenu a usé des moyens prévus par la loi en vue du but qu'elle définit* »²²⁸.

Seul le comportement de l'agent public diffère dans les deux délits de trafic d'influence et de corruption passive.

Dans le cas du trafic d'influence, l'agent public ne dispose pas du pouvoir d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir l'acte convoité par un tiers. Il se contente de suggérer ou d'accepter, moyennant une récompense, d'exercer son influence auprès de la personne qui, de par sa fonction, peut prendre ou s'abstenir de prendre l'acte en question.

En d'autres termes, c'est la personne qui, de par sa fonction, peut prendre ou s'abstenir de prendre l'acte en question qui a le pouvoir, mais elle est ignorante de la relation illicite qui se joue dans son dos entre la personne sollicitée ou qui propose ce pacte malhonnête et le tiers qui demande l'acte en question. La personne sollicitée « n'a qu'une influence »²²⁹.

²²⁷ Cass. crim., 9 mai 1895 : Bull. crim. 1895, n° 136 ; S. 1895, 1, p. 379 ; DP 1901, 1, p. 213

²²⁸ Cass. crim., 20 mars 1997 : Jurisdata n° 1997-001687 ; Bull. crim. 1997, n° 117 ; RTD com. 1997, p. 692, obs. B. Boulloc

²²⁹ C. Ambroise-Catérot, *Droit pénal spécial et des affaires* : Gualino, coll. « master pro », 2010, 2^e éd., p. 288, n° 446

CHAPITRE 2 :

L'INTERFÉRENCE DE CERTAINES INFRACTIONS VOISINES

166. A côté des manquements au devoir de probité listés par le législateur dans le Code pénal, il existe des infractions voisines à l'origine de conflits de qualifications ou de cumuls d'infractions.

SECTION I : LES INFRACTIONS VOISINES

167. Les infractions voisines aux atteintes à la probité sont, d'une part, les autres délits applicables aux marchés publics et, d'autre part, les infractions aggravées par la qualité de fonctionnaire ou dépositaire de l'autorité publique.

Paragraphe I : Les autres délits applicables aux marchés publics

168. Le processus de passation des marchés publics peut être entaché de corruption et d'autres délits apparentés.

Toutefois, même si ces délits s'appliquent aux marchés publics, ils sont distincts et doivent être différenciés.

Ces délits sont souvent liés à la corruption dans les marchés publics.

169. C'est le cas du blanchiment de capitaux qui est souvent lié à des actes de corruption. Il n'est pas rare que des caisses noires servent à recueillir et à distribuer des sommes parfois considérables nécessaires au financement des accords de corruption.

Dans leur version la plus élémentaire, ces caisses ne sont constituées que d'espèces. Lorsque l'on a affaire à des méthodes plus élaborées, elles sont administrées par le biais de comptes bancaires généralement ouverts à l'étranger, de préférence dans des centres extraterritoriaux garantissant toute confidentialité aux comptes et aux bénéficiaires effectifs. La gestion des comptes par un administrateur fiduciaire permet de rendre le dispositif encore plus discret. Pour garantir la dissimulation, les actifs consignés dans la caisse noire sont acquis secrètement. Les fonds cachés, qui atteignent le plus souvent des sommes importantes, favorisent l'apparition

d'une économie financière parallèle, puisque les transactions ne donnent lieu à aucune écriture aux bilans ou donnent lieu à de fausses écritures ; ce qui ramène à une fraude comptable ou à la criminalité organisée.

De façon générale, l'existence de la caisse noire est découverte suite au versement d'un pot-de-vin.

- 170.** La fraude fiscale est également possible, car le corrupteur déclare souvent les dépenses engagées à titre de frais professionnels déductibles. Cette pratique peut elle-même aller de pair avec des infractions comptables.

En effet, les infractions comptables, y compris la falsification des livres, des registres et des comptes, sont autant de méthodes de dissimulation de fonds. Le plus souvent, les entreprises vont émettre et enregistrer de fausses factures pour masquer des paiements indus. Ces fausses factures servent aux ventes de fournitures et d'études.

Lors de la vente de fournitures on peut en effet gonfler le nombre d'articles effectivement vendus, augmenter le prix unitaire ou modifier la qualité du produit.

S'agissant des études, on peut augmenter artificiellement l'un des paramètres déterminant le coût d'une étude, par exemple, les travaux effectués par les salariés de l'entreprise, les travaux sous-traités, le temps d'utilisation des équipements, les frais de déplacement, les frais de secrétariat, les travaux de reprographie, de reliure, etc.

La fraude est la plus courante car lorsqu'il y a corruption, il y a presque toujours fraude.

- 171.** On peut aussi évoquer la collusion entre soumissionnaires à l'occasion d'un appel d'offres.

La collusion est un effort conjoint engagé par des fournisseurs concurrents en vue de maximiser leur profit. A l'occasion de la passation d'un marché en réponse à un appel d'offres public, la collusion peut concerner aussi bien des fournisseurs étrangers que des fournisseurs nationaux, avec ou sans corruption.

- 172.** La pratique de corruption la plus répandue consiste à truquer les offres, amenant des entreprises soumissionnaires à coordonner leurs offres dans le cadre de marchés publics ou de contrats de projet. Ces entreprises peuvent décider de faire des offres identiques, éliminant ainsi la concurrence par les prix. Elles peuvent également décider que l'une d'elle va faire l'offre la plus basse et alterner de manière à ce que chacune décroche un certain nombre de contrats ou

une valeur de contrats prédéterminée. La sous-traitance à un soumissionnaire perdant peut servir de mécanisme de compensation.

173. Par ailleurs, le financement de partis politiques pose un grave problème de corruption.

Il existe des cas de corruption dans les marchés publics liés au financement de partis politiques, et les marchés publics constituent indubitablement un moyen par lequel les partis politiques détournent illégalement des fonds publics afin de se financer.

La présence de corruption dans le cadre des marchés publics peut conduire à un débat sur la transparence du financement des partis politiques, et inversement.

174. Des affaires de corruption dans les marchés publics peuvent être également liées à des conflits d'intérêts. Une forme courante de conflit d'intérêts concerne le délit d'initié, lorsqu'intérêts publics et privés se confondent et qu'un fonctionnaire mêle, par exemple, des intérêts commerciaux privés au contrat.

175. En ce qui concerne, la criminalité organisée, le chantage et les autres actes délictueux qui peuvent subvenir dans le contexte d'un acte de corruption, leurs effets délétères vont généralement bien au-delà des conséquences directes de l'acte de corruption.

176. La libre concurrence est un des principes de la commande publique. Le Code des marchés publics dans son article 1 l'a bien affirmé lorsqu'il dispose que « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.*

L'attribution des marchés publics doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Le Code des marchés publics n'est toutefois pas le seul texte destiné à imposer le libre jeu de la concurrence dans le cadre des marchés publics. L'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est également un texte qui régit le droit

de la commande publique. Les dispositions de cette ordonnance sont insérées dans le Code de commerce.

Nous assistons donc à un renforcement du droit de la concurrence dans les marchés publics qui contribue à renforcer le risque pénal en la matière, notamment par l'incrimination de participation personnelle à une entente.

A – LE DÉLIT DE PARTICIPATION PERSONNELLE À UNE ENTENTE

177. L'article L. 420-1 du Code de commerce (ancien article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) dispose que : *« sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de France lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

- ✓ *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- ✓ *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- ✓ *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements, ou le progrès technique ;*
- ✓ *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».*

Cet article interdit les ententes ayant un objet ou un effet restrictif de la concurrence et les abus de position dominante.

178. L'entente anticoncurrentielle peut se définir comme une action concertée qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits, de services ou de travaux.

Les ententes tendant à fausser le jeu de la concurrence dans la passation des marchés publics sont fréquentes, et de façon générale, les pratiques prohibées dans ce contexte juridique et économique sont fort diversifiées.

179. Il existe des pratiques de soumissions concertées (ou d'offres collusoires) lorsque des entreprises censées se livrer concurrence dans des conditions de secret s'entendent pour majorer

les prix ou diminuer la qualité de biens ou de services au détriment d'acquéreurs souhaitant se procurer des biens ou services par voie d'appel à la concurrence.

L'offre de couverture (dite également « *complémentaire* », « *de complaisance* », « *fictive* », ou « *symbolique* ») est la technique la plus fréquemment utilisée pour les soumissions concertées. Il y a offre de couverture lorsqu'un individu ou une entreprise accepte de soumettre une offre qui comporte au moins une des caractéristiques suivantes :

- un concurrent accepte de soumettre une offre qui est plus élevée que celle de l'entreprise censée remporter le marché,
- un concurrent soumet une offre dont on sait qu'elle est trop élevée pour être acceptée,
- un concurrent soumet une offre qui est assortie de conditions spéciales notoirement inacceptables par l'acheteur.

Les offres de couverture visent à donner l'apparence d'une véritable concurrence.

180. A côté des offres de couverture, il existe les offres de principe ou les offres « *carte de visite* », c'est-à-dire des offres faites par des entreprises qui ne veulent pas obtenir le marché, mais souhaitent seulement manifester leur existence et prendre rang pour être éventuellement sollicitées pour l'attribution de marchés ultérieurs.

Ces offres « *carte de visite* » ne constituent pas réellement des pratiques prohibées. Ce qui est interdit, ce sont les échanges d'informations de nature à fausser ou à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché, par exemple, les échanges d'informations entre candidats à un marché sur la structure et le montant des offres qu'ils ont usage de présenter pendant le déroulement de la procédure.

L'autorité de la concurrence se fonde sur un faisceau d'indices pour caractériser le délit de participation personnelle à une entente.

181. La similarité des rapports de prix soumis par les entreprises aux différents stades de la procédure d'attribution du marché est généralement considérée comme un indice à lui seul non suffisant. Il faut également un indice matériel prouvant qu'il y a eu échange d'informations, concertation entre les entreprises d'un même marché.

Il suffit, en tout cas, que ces éléments laissent présumer l'existence de pratiques visant à répartir les marchés ou faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence ou limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises.

L'Administration apprécie souverainement l'existence de présomptions d'agissements frauduleux.

182. Sont également sanctionnés les abus de position dominante. La position dominante peut être définie comme celle qui concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur les marchés en cause, en lui fournissant la possibilité de comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs.

Le simple constat d'une forte part de marché détenue par une entreprise ne permet pas à lui seul de conclure à l'existence d'une position dominante.

Il convient de définir au préalable un marché pertinent, c'est-à-dire le marché sur lequel on peut considérer qu'une entreprise a une position dominante ou non. Il faudrait ensuite que cette entreprise soit indispensable à ce marché pertinent soit en raison de son avancée technologique soit en raison de la notoriété de sa marque.

Lorsqu'une entreprise a une position dominante, des comportements excédant les limites d'une concurrence normale seront considérés comme des abus. Les pratiques susceptibles de constituer un abus sont par exemple, le refus de vente, les ventes liées, les ventes discriminatoires, la rupture abusive des relations commerciales.

Il faut, dans le cadre de la position dominante comme pour les pratiques anticoncurrentielles, rechercher si le comportement a un objet ou un effet restrictif de la concurrence.

Par ailleurs, en matière de marchés publics, lorsque le juge d'instruction n'arrive pas à prouver le pacte de corruption qui existait entre une entreprise et une personne susceptible d'exercer une influence sur une procédure de mise en concurrence, il oriente alors ses investigations vers des qualifications voisines telles que l'abus de biens sociaux ou le recel d'abus de bien sociaux.

B – LES DÉLITS D'ABUS DE BIENS SOCIAUX ET DE FAUX

183. Le délit d'abus de biens sociaux est prévu par l'article L.241-3 du Code de commerce pour les Société A Responsabilité Limitée (SARL) et par l'article L.242-6 du même code, pour les Sociétés Anonymes (SA).

Aux termes de l'article L 241-3 du Code de commerce, « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :*

1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ;

2° Le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux ;

3° Le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ;

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

Outre les peines complémentaires prévues à l'article L. 249-1, le tribunal peut également prononcer à titre de peine complémentaire, dans les cas prévus au présent article, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue à l'article 131-26 du code pénal.

L'infraction définie au 4° est punie de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elle a été réalisée ou facilitée au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiduciaire ou institution comparable établis à l'étranger. »

L'article L.242-6 dudit, quant à lui, dispose « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :*

1° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme d'opérer entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaires frauduleux ;

2° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des

opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société ;

3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

Outre les peines complémentaires prévues à l'article L. 249-1, le tribunal peut également prononcer à titre de peine complémentaire, dans les cas prévus au présent article, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue à l'article 131-26 du code pénal.

L'infraction définie au 3° est punie de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elle a été réalisée ou facilitée au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger. »

184. Ces incriminations spécifiques ont été créées pour protéger les SARL et SA des abus dont elles peuvent faire l'objet. En effet, les dirigeants de ces sociétés jouissent d'un certain nombre de pouvoirs et de facilités qui peuvent les conduire à confondre leurs intérêts personnels et l'intérêt de la société qu'ils représentent.

L'infraction d'abus de biens sociaux est constituée par l'usage contraire à l'intérêt social. L'usage est sanctionné quand il devient abusif, c'est-à-dire lorsqu'il est détourné de l'intérêt social au profit d'un intérêt distinct, peu importe le mobile et même le bénéficiaire de l'usage. Il convient de distinguer l'objet social de l'intérêt social car tout acte étranger à l'objet social n'est pas forcément contraire à l'intérêt social. Est essentiellement préservé l'intérêt patrimonial de la personne morale.

185. Un arrêt en date du 15 décembre 2004 (n° 03-83.474) est venu rappeler les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux commis dans le cadre de marchés publics : « (...) *que l'utilisation des fonds sociaux pour commettre un délit tel que la corruption est contraire à*

l'intérêt social de la société en ce qu'elle l'expose au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ».

L'utilisation de fonds sociaux pour commettre un délit est contraire à l'intérêt social notamment patrimonial.

Le bénéficiaire d'abus de biens sociaux peut être poursuivi pour recel d'abus de biens sociaux.

Par ailleurs, en matière de marchés publics, tout ou presque tout est susceptible de falsification. Il est généralement constaté l'établissement de fausses factures, de fausses délibérations ou fausses situations.

En effet, soit une entreprise peut produire un faux certificat de capacité professionnelle, soit l'Administration qui n'avait pas le quorum suffisant pour délibérer en commission, peut rédiger un procès-verbal de commission d'appel d'offres en mentionnant la présence des absents.

C'est aussi le cas de ce maître d'œuvre qui rédigera postérieurement au choix de l'entreprise, un rapport d'analyse des offres pour couvrir le choix des élus, quitte à antidater ce rapport.

186. Le faux matériel se distingue du faux intellectuel. Le faux matériel peut être défini comme l'altération d'un écrit ou d'un support de la pensée. Il est donc porté atteinte au support lui-même. Quant au faux intellectuel, il peut être défini comme l'altération de la vérité par un support irrécusable.

Cette distinction est sans conséquence sur la qualification du délit car l'intention du législateur est de préserver la sincérité de la procédure.

187. Par ailleurs, il ressort de l'article 441-1 du Code pénal que la qualification de faux en écriture ne peut être retenue que si l'écrit falsifié en cause a une valeur probatoire certaine et a causé un préjudice à autrui. Il s'agit de démontrer que l'altération de la vérité a des conséquences juridiques.

188. Les délits de faux et d'usage de faux étant des infractions intentionnelles, la mauvaise foi de l'agent doit être démontrée. Deux éléments doivent donc être démontrés : la connaissance du caractère frauduleux de l'acte et la conscience que l'altération de la vérité est susceptible de causer un dommage.

Bien souvent, ces éléments sont révélés par les faits de l'espèce. Par exemple, si le maire d'une commune établit un faux procès-verbal de délibérations, l'intention frauduleuse est inhérente à

la falsification. La conscience du préjudice est elle aussi induite du comportement même de l'agent public.

Cependant, de simples déclarations établies par un agent en sa propre faveur, ne représentant que ses seules affirmations sujettes à vérification, ne sauraient constituer des faux car constitue le délit de faux en écriture l'altération frauduleuse d'un document à caractère probatoire valant titre, de nature à créer un préjudice.

De même, une situation de travaux ne vaut pas titre, dès lors que ce document, qui n'a aucune valeur contractuelle ou comptable, peut faire l'objet de contestation et est sujet à révision.

En ce qui concerne l'usage de faux, l'agent doit avoir connaissance de l'altération frauduleuse de la vérité. Le préjudice, dans ce cas, résulte de l'usage qui est fait du faux.

A côté des autres infractions applicables aux marchés publics, il existe des infractions aggravées par la qualité de fonctionnaire ou dépositaire de l'autorité publique.

Paragraphe II : La qualité de fonctionnaire ou dépositaire de l'autorité publique, une circonstance aggravante

189. Un principe général d'aggravation des sanctions pour les infractions communes commises par les fonctionnaires ou officiers publics avait été énoncé dès 1810 dans l'article 198 de l'ancien Code pénal.

Si le principe n'est plus exprimé en l'état dans l'actuel Code pénal, il peut être vérifié à travers différents articles du Code.

Faute de pouvoir aborder toutes les infractions concernées par ce principe, nous étudierons, à titre d'exemple, deux d'entre elles : il s'agit des faux et infractions voisines, d'une part, et des atteintes au secret professionnel, d'autre part.

A – POUR LES DÉLITS DE FAUX ET INFRACTIONS VOISINES

190. Dans le titre IV consacré aux atteintes à la confiance publique, le chapitre 1^{er} est consacré aux faux. Le Code pénal a en effet précisé le cadre de cette infraction qui figurait dans une rubrique de l'ancien Code pénal dans le titre 1^{er} consacré aux « *crimes et délits contre la chose publique* », sous l'intitulé très vague du chapitre IV : « *Crimes et délits contre la paix publique* ».

Selon l'article 441-1 du Code pénal, les faux se définissent comme toute altération de la vérité dans un écrit ou dans tout autre support d'expression de la pensée, commise avec une intention coupable et de nature à occasionner un préjudice.

Cette infraction, dont l'auteur peut être toute personne, est punissable de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Les peines sont aggravées lorsque se trouve mise en cause une administration publique, soit dans la réalisation de deux catégories de faux : les faux commis dans les documents administratifs et les faux en écriture publique, soit dans la réalisation d'infractions liées aux faux.

191. Aux termes de l'article 441-2 du même code, les faux dans un document délivré par une administration publique, aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité, ou d'accorder une autorisation, de même que l'usage de tels faux, sont punis de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Cette peine est portée à sept ans

d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsque le faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions.

L'article 441-2 a remplacé l'ancien article 153, qui présentait un énoncé plus précis des documents administratifs concernés, citant différents documents tels que passeports, permis, certificats, livrets, cartes, bulletins, récépissés, laissez-passer.

L'énumération est supprimée au profit d'une définition large incluant l'ensemble des documents officiels, eu égard à leur finalité.

La répression, plus sévère dans l'article 441-2 qu'elle ne l'était dans l'article 153, confirme l'option choisie par le législateur d'ériger le lien avec la chose publique en circonstance aggravante de l'infraction. C'est la raison pour laquelle la qualité de dépositaire de l'autorité publique ou de personne chargée d'une mission de service public constitue l'une des circonstances d'aggravation particulière de l'infraction qui passe ainsi à sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende.

192. L'article 441-3 prévoit, de façon novatrice par rapport à l'ancien code, une infraction qualifiée de « *détention frauduleuse* » qui permet de sanctionner ce qui s'apparente dans certaines circonstances à un véritable trafic de faux documents administratifs. L'infraction punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende est d'ailleurs portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende, en cas de détention frauduleuse de plusieurs faux documents.

Cette infraction a en outre l'avantage de permettre la poursuite d'une personne ayant en sa possession un document qu'elle a elle-même falsifié et qui ne peut plus être poursuivie pour délit de faux, celui-ci étant prescrit.

193. Selon l'article 441-4, le faux en écriture publique ou authentique, ou dans un enregistrement ordonné par une autorité publique, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende. Une même peine sanctionne l'usage de ces documents falsifiés. Cette peine est portée à quinze ans de réclusion criminelle et 225 000 € d'amende lorsque l'auteur des faits est dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public et qu'il agit dans l'exercice de ses fonctions.

194. L'intention du législateur est claire là encore, dans la condamnation renforcée de l'atteinte portée à la chose publique, puisqu'il en maintient la criminalisation, alors qu'il correctionnalise

l'infraction qui ne met pas en cause des agents publics. Il renonce cependant à la sanction extrême prévue par l'ancien article 145 qui punissait de la réclusion criminelle à perpétuité le fonctionnaire qui aurait commis un faux en écriture publique ou authentique dans l'exercice de ses fonctions.

195. Constituent des actes authentiques, les actes judiciaires et juridictionnels dressés par les magistrats et leurs auxiliaires dans les procédures civiles, administratives ou répressives.

C'est le cas d'une sentence arbitrale, du jugement d'un tribunal. Sont également des actes authentiques, les actes dressés par les officiers ministériels : les notaires, les huissiers, les commissaires-priseurs.

Sont des écritures publiques, les actes politiques, les actes émanant des pouvoirs législatif et exécutif, les actes administratifs tels que les arrêtés ministériels, les arrêtés préfectoraux, les actes d'état civil, les registres de la comptabilité publique.

Ne peuvent en revanche être assimilés à des écritures publiques, des actes émanant d'établissements qui ne possèdent pas la qualité d'établissement public, malgré un certain contrôle de l'Etat. Les écritures publiques émanent donc nécessairement d'une personne publique. Il est fait application du critère organique dans la mesure où c'est la dimension organique de l'acte administratif qui prévaut ici.

196. L'article 441-4 du Code pénal sanctionne aussi la falsification des enregistrements ordonnés par l'autorité publique. Il s'agit essentiellement des écoutes téléphoniques ordonnées par l'autorité administrative ou judiciaire.

197. Les articles 441-5 et 441-6 du Code pénal traitent d'infractions proches des faux. Aux termes de l'article 441-5, le fait de procurer frauduleusement à autrui un document administratif est puni d'une peine identique à celle prévue pour la falsification, avec les mêmes circonstances aggravantes, soit sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. L'infraction est plus lourdement sanctionnée que dans l'ancien Code pénal où elle était prévue à l'article 154.

L'élément intentionnel se vérifie dans le fait que l'auteur a délivré en connaissance de cause des documents à des personnes qui n'y avaient pas droit.

198. L'article 441-6 représente l'autre versant de l'infraction prévue à l'article 441-5, puisqu'il punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait de se faire remettre indûment, par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, un document destiné à se prévaloir d'un droit, d'une identité ou d'une qualité, ou le fait de fournir une déclaration mensongère en vue d'obtenir de l'Administration un paiement ou un avantage indu.

Par ailleurs, parmi les atteintes dont peuvent se rendre coupables les fonctionnaires, figurent les atteintes au secret professionnel.

B – LA PROBLÉMATIQUE DES ATTEINTES AU SECRET PROFESSIONNEL

199. En effet, il ressort de l'article 27 de la Loi du 13 juillet 1983 portant Statut de la fonction publique, que les fonctionnaires sont tenus de satisfaire aux demandes d'information du public ; ils sont également astreints au secret et à la discrétion professionnelle, selon l'article 26 de cette même loi. Cet article dispose en son §1 que « *les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le Code pénal* ».

Il ajoute en son §2 que les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion pour tous les faits, informations et documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

200. Si l'obligation de discrétion professionnelle relève du seul régime disciplinaire, il n'en est pas de même pour l'obligation de secret professionnel prévue par le Code pénal et à laquelle renvoie le texte statutaire. Si cette obligation est prévue par le Code pénal, force est de constater qu'il n'en fait pas une infraction propre à l'exercice de la fonction publique.

En effet, aux termes de l'article 226-13, « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* ».

Cette infraction peut être commise par toute personne dépositaire d'une information à caractère secret. Il n'est pas ici fait mention d'une situation particulière des fonctionnaires ou des

personnes dépositaires de l'autorité publique ou des personnes chargées d'une mission de service public.

Ce qui est regrettable car, la qualité de fonctionnaire ou de personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, devrait constituer une circonstance aggravante, comme c'est le cas en matière de faux par exemple. En effet, la commission de l'infraction d'atteinte au secret professionnel par une personne chargée d'une fonction publique, remet en cause la confiance du public à l'égard de l'Administration qui perd sa crédibilité.

201. Sont concernés par le secret professionnel, outre les membres des professions médicales, un grand nombre d'agents publics ou de personnes dépositaires de l'autorité publique qui sont parfois expressément désignés par des textes particuliers : les assistants sociaux (article L. 411-3 du Code de l'action sociale), les magistrats et leurs auxiliaires, en particulier les membres de la police (article 11 du Code de la procédure pénale), les membres des administrations douanières et fiscales (Livre des Procédures Fiscales (LPF) article 103 et article 59 bis du Code des douanes).

202. L'obligation de secret professionnel est évidemment modulable au regard des fonctions et des enjeux, et peut être, dans certains cas écartée.

En effet, l'article 40 du Code de procédure pénale oblige toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, a acquis la connaissance d'un crime ou d'un délit, à en donner avis sans délai au procureur de la République, et à transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

De même, les dispositions de l'article 432-5 du Code pénal établissent une obligation de dénonciation à l'égard des personnes ayant connaissance de l'existence d'une privation illégale de liberté.

La portée et les limites de l'exigence de secret ont été précisées par le juge administratif, dans la mesure où le Code pénal ne vise pas expressément les fonctionnaires.

203. Les secrets protégés sont ceux de l'Administration et ceux des particuliers, et ne peuvent être partagés qu'avec les agents ayant compétence pour connaître de l'information, eu égard à leurs attributions dans le service. Ils sont tenus au secret professionnel en ce qui concerne les informations parvenues à leur connaissance dans l'exercice de leur profession, et auxquelles la loi a conféré un caractère confidentiel dans l'intérêt général.

La question de la révélation du secret professionnel a de nombreuses applications en matière de secret médical, de secret bancaire et de secret-défense.

Par ailleurs, il existe des cas où le Code pénal prévoit d'autoriser ou d'imposer la révélation du secret.

En effet, aux termes de l'article 226-14 du Code pénal *« l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :*

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire. »

L'atteinte au secret professionnel peut être rapprochée de l'atteinte au secret des correspondances, mais celle-ci est une infraction qui, lorsqu'elle est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique, relève des abus d'autorité et est spécifiquement prévue par l'article 432-9 du Code pénal.

L'interférence des infractions voisines a pour conséquence des cumuls d'infractions ou des conflits de qualifications.

SECTION II : LES CONSÉQUENCES DE L'INTERFÉRENCE DE CES INFRACTIONS

204. En raison de la multiplication des incriminations, il n'est pas rare qu'un même agissement paraisse tomber sous le coup de plusieurs textes répressifs, et donc de plusieurs qualifications pénales. Dans ces hypothèses, le juge pénal ne doit retenir qu'une seule des qualifications en concours. Cette solution imprégnée de justice et d'équité, découle de la règle « *non bis in idem* » en vertu de laquelle un même agissement ne peut donner lieu à plusieurs déclarations de culpabilité. Très souvent, les juges retiendront de préférence la qualification correspondant à l'infraction la plus sévèrement réprimée. Mais la règle selon laquelle il faut retenir le fait sous sa « *plus haute expression pénale* » est parfois écartée au profit de la maxime « *specialia generalibus derogant* ». En effet, en cas de conflit entre une qualification générale et une qualification spéciale, cette dernière doit prévaloir quand bien même elle serait moins sévèrement réprimée. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le principe de l'unicité est écarté au profit du cumul de qualifications.

Paragraphe I : Le cumul d'infractions et les conflits de qualifications

L'interférence des infractions voisines conduit dans certains cas à des cumuls d'infractions et à des conflits de qualifications.

A – LE CUMUL D'INFRACTIONS

205. Le cumul ou concours idéal d'infractions correspond à l'hypothèse dans laquelle un même agissement matériel donne lieu à plusieurs déclarations de culpabilité à l'encontre du coupable. Cette situation doit bien être distinguée du cumul ou concours réel d'infractions qui résulte de la commission de plusieurs agissements matériels distincts non séparés les uns des autres par une condamnation définitive. En effet, l'article 132-2 du Code pénal dispose : « *Il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction* ».

En cas de concours idéal d'infractions, le juge pénal peut prononcer autant de déclarations de culpabilité que de textes d'incrimination violés. Et cela n'est pas sans conséquence sur le quantum de la répression.

L'article 132-3 du Code pénal précise : « *Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé.*

Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles ».

Autrement dit, chacune des peines encourues pour les infractions en concours peut être prononcée dans la limite du maximum légal le plus élevé, à l'exception des peines d'amende qui peuvent se cumuler entre elles sans aucune limite, selon l'article 132-7 du Code pénal qui stipule : « *Par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou délits en concours* ».

206. Le délit d'abus de biens sociaux est très souvent utilisé pour poursuivre des faits qui peuvent être également qualifiés de corruption, les magistrats faisant alors un lien entre l'abus de biens

sociaux, établi, et la corruption, à qualifier. Selon DEKEUWER, le premier serait une « *infraction moyen* » alors que le second serait une « *infraction but* »²³⁰.

Dans de telles hypothèses, la jurisprudence considère que le pacte de corruption est constitutif de deux infractions distinctes, qui forment entre elles un cumul réel, malgré leur différence d'éléments constitutifs et d'objet.

En effet, le délit d'abus de biens sociaux résulte du détournement de fonds sociaux, alors que le délit de corruption se caractérise par un pacte entre le corrompu et le corrupteur²³¹.

L'incrimination d'abus de biens sociaux protège l'intégrité du patrimoine de la société, ainsi que son intérêt, alors que le délit de corruption a pour objet de garantir la probité des agents publics.

Il n'y a donc pas concours idéal d'infractions. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère que la corruption n'absorbe pas l'abus de biens sociaux, et qu'il convient en conséquence de poursuivre sous les deux chefs d'accusation dès lors que les éléments constitutifs de chacun de ces délits sont réunis.

207. De même, l'infraction de favoritisme est souvent liée à celle de prise illégale d'intérêts. En effet, dans certains cas, l'agent public a non seulement méconnu les dispositions du Code des marchés publics, mais encore a pris des intérêts dans les entreprises attributaires des marchés publics. En pareille hypothèse, des poursuites ont été parfois exercées sur le seul fondement du délit de favoritisme²³². En revanche, dans d'autres cas, des poursuites ont été engagées sur la base du délit de prise illégale d'intérêts²³³.

208. Il peut également y avoir cumul réel des infractions de corruption et d'escroquerie, par exemple, lorsque la sollicitation émanant du fonctionnaire s'accompagne d'une véritable mise en scène, pour rendre plus insistante la demande d'une rémunération. Dans ce cas, les faits doivent être retenus sous leur expression pénale la plus élevée, celle de corruption.

209. De même, il peut y avoir cumul réel des infractions de trafic d'influence et d'escroquerie, lorsque l'influence est imaginaire étant donné que l'article 432-11 du Code pénal réprime

²³⁰ Dekeuwer A., *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, p.310

²³¹ Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698, Bull. crim. n° 352

²³² CA Grenoble, 27 août 1997: Juris-Data n°1997-043079; CA Caen, 20 avr. 1998 : Juris-Data n°1998-041752

²³³ V. TGI Draguignan, 22 déc. 1997, Circ. Crim. 98.4/G3

indistinctement le trafic d'une influence réelle ou supposée. Face à ce cumul de qualifications, il convient d'appliquer la qualification la plus sévère, c'est-à-dire celle de trafic d'influence.

210. Il peut également y avoir cumul réel des infractions de corruption passive et de prise illégale d'intérêts²³⁴.

B – LES CONFLITS DE QUALIFICATIONS

211. La pratique révèle que la corruption et le trafic d'influence sont parfois fort proches des deux délits d'appropriation frauduleuse que sont l'escroquerie réprimée par les articles 313-1 à 313-3 du Code pénal, et le chantage réprimé par les articles 312-10 à 312-12 du Code pénal.

L'escroquerie suppose que le coupable ait fait usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ou qu'il ait employé des manœuvres frauduleuses, de façon à tromper la victime et à la déterminer à lui remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

On retiendra la qualification d'escroquerie, lorsqu'un individu, faisant usage d'un faux nom, ou se prévalant faussement de la qualité de fonctionnaire ou d'une qualité assimilée, obtient la

²³⁴ Crim. 27 févr. 2002 : Bull. crim. n° 48

Autres décisions : Condamnation d'un maire à la peine de quatre années d'emprisonnement, dont une assortie du sursis, 50 000 euros d'amende et cinq ans d'inéligibilité, de son adjoint en charge des finances à la peine de trois ans d'emprisonnement, dont trois assortie du sursis, cinq ans d'inéligibilité et 30.000 euros d'amende, pour détournement de fonds publics, favoritisme et corruption passive. Il était notamment reproché à ces deux élus d'avoir mis en place un système de fausses factures au détriment de la commune au travers des prestations surévaluées ou inexistantes (Tribunal correctionnel de Béthune, 19 août 2013) ;

Condamnation du maire d'une commune de 15 000 habitants des chefs de corruption passive et de prise illégale d'intérêts. Dans le cadre d'un compromis de vente concernant un terrain lui appartenant, l'élu avait reçu un acompte d'une société qui envisageait d'y construire un foyer pour personnes âgées. Bien que le projet ait été finalement abandonné, et que le terrain ait été vendu à un autre acquéreur, l'élu n'avait pas remboursé l'acompte reçu. Dans le même temps, le promoteur se voyait confier d'importants projets immobiliers dans le cadre d'une zone d'aménagement concertée (ZAC) créée par la communauté de communes que l'élu présidait (Tribunal correctionnel de Bordeaux, 24 juin 2013) ;

Condamnation d'un maire des chefs de prise illégale d'intérêts et de corruption passive pour avoir tenté d'acheter des voix afin de se faire réélire, en promettant une embauche à une ancienne militante de son parti et en signant un accord électoral prévoyant le recrutement de plusieurs proches d'un adversaire politique en contrepartie du soutien de ce dernier au second tour des élections municipales (Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion, 13 décembre 2012) ;

Condamnation d'un ancien adjoint au maire des chefs de corruption passive et favoritisme. Il lui était reproché, en sa qualité de président de la commission d'appel d'offres, d'avoir truqué la passation d'un marché public de 5 millions d'euros pour la maintenance d'un stade. En fuite à l'étranger, l'élu est condamné à une peine de 2 ans d'emprisonnement et à une interdiction définitive d'exercer toute fonction et emploi publics ; Ont également été poursuivis, le responsable du service des appels d'offres de la collectivité ainsi que l'ingénieur, auteur du rapport d'analyse des offres ayant permis à la commission de choisir l'entreprise favorisée. Le premier est condamné à la peine de six mois d'emprisonnement assortie du sursis, le second est relaxé (Tribunal correctionnel de Nîmes, 3 décembre 2012).

remise de fonds pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte qu'il prétend être un acte de la fonction qu'il usurpe.

En matière de trafic d'influence, si l'agent a trafiqué une influence qu'il savait ne pas avoir, c'est-à-dire une influence supposée, son mensonge peut être également sanctionné sur le fondement de l'escroquerie aggravée lorsqu'il a déterminé ainsi une remise.

On retiendra la même solution, lorsqu'il s'agit d'un individu effectivement titulaire de la fonction qu'il invoque et qui se fait payer pour accomplir ou omettre d'accomplir un acte qui n'entre pas dans cette fonction ni n'est facilité par elle.

Dans ces deux cas, on ne saurait parler de corruption car le coupable ne possède pas la qualité de fonctionnaire dont il se prévaut fausement, ni le pouvoir d'agir qu'il allègue ; il ne peut donc pas trafiquer d'une fonction à laquelle il est en réalité étranger.

Inversement, la qualification de corruption s'impose lorsque le fonctionnaire a trafiqué de sa fonction, sans chercher à faire miroiter aux yeux de sa victime un pouvoir imaginaire. Le pouvoir qu'il monnaie, il le possède réellement.

Lorsqu'aux manœuvres frauduleuses, le coupable a préféré l'emploi de la contrainte morale, la corruption se rapproche du chantage. Cette infraction suppose la menace de révélations ou l'imputation de faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la réputation de la victime. Or, certains actes accomplis par des fonctionnaires sont, par nature, révélateurs de faits qui peuvent ruiner la considération dont jouit la personne qu'ils visent : c'est le cas des procès-verbaux ou des rapports de police constatant des infractions. Si ces actes sont des actes de la fonction du coupable, il y a corruption. Dans le cas contraire, il y a chantage.

212. Le délit de concussion ne doit pas être confondu avec le délit voisin d'escroquerie réprimé par l'article 313-1 du Code pénal.

A l'instar du délit de concussion, le délit d'escroquerie peut être réalisé par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public qui abuse de sa qualité vraie, selon l'article 313-2 du Code pénal²³⁵ ; dès lors, les deux délits, concussion et escroquerie, ont pour point commun de pouvoir être réalisés par une personne dépositaire de l'autorité de l'autorité publique ou chargée d'une mission de Service public qui abuse d'une qualité vraie pour obtenir, d'une victime, la remise spontanée de fonds.

²³⁵ Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 00-80.523 : Jurisdata n° 2000-007897 ; Dr. Pén. 2001, comm. 45, note M. Véron

Toutefois, les deux délits s'opposent sur la nature même de la remise : provoquée dans un cas, elle est ordonnée dans l'autre.

Précisément, dans le délit d'escroquerie, c'est une remise provoquée par la tromperie, la victime restant toutefois libre de l'effectuer ou non ; dans le délit de concussion, la remise est ordonnée à titre de droits ou impôts, la victime n'ayant aucun choix.

Tandis que l'auteur de l'escroquerie invoque sa qualité pour appuyer la tromperie sans pour autant agir dans l'exercice normal de ses fonctions, l'auteur de la concussion agit dans le cadre de son pouvoir qu'il détourne de sa finalité.

Aussi, en s'appuyant sur les faits jugés par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 novembre 2000 précité, VERON en déduit que *« le receveur des impôts qui détourne à des fins personnelles des sommes exigées au titre des impôts est un concussionnaire »*. *« Le même receveur des impôts qui détourne des sommes remises par des contribuables en vue d'un placement est un escroc »*.

En matière de trafic d'influence, si l'agent a trafiqué une influence qu'il savait ne pas avoir, c'est-à-dire une influence supposée, son mensonge peut être sanctionné sur le fondement de l'escroquerie aggravée lorsqu'il a déterminé la remise.

213. Par ailleurs, toute personne qui bénéficie, en connaissance de cause, du produit d'un détournement de biens, peut être poursuivie sous le chef d'accusation de recel de détournement de fonds.

Elle ne peut être poursuivie pour complicité de détournement de fonds, que si elle a aidé ou assisté l'auteur dans la commission de l'infraction ou l'a incité à commettre l'infraction.

Par ailleurs, il peut y avoir requalification des faits pour les besoins de la répression²³⁶.

Il ressort de la jurisprudence que la qualification de complicité du délit de détournement de biens peut être requalifiée en délit de négligence par dépositaire de l'autorité publique prévu par l'article 432-16 du Code pénal, lorsque l'élément intentionnel du délit de complicité n'est pas suffisamment caractérisé. En effet, cet article énonce : *« Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »*.

²³⁶ Crim., 9 nov. 1998, Dr. penal 1999. 53, obs. Véron

Ainsi, une infraction volontaire peut-elle être requalifiée en infraction involontaire, dans la mesure où les faits matériels sont rigoureusement identiques.

Il existe donc des infractions diverses, portant atteinte à la probité et qui ne sont pas sanctionnées par le législateur au titre des manquements au devoir de probité.

En conséquence, la liste des manquements au devoir de probité établie par le législateur dans le Code pénal n'est pas exhaustive car ne prend pas en compte l'ensemble des comportements portant atteinte à la probité.

Paragraphe II : Une liste non exhaustive des atteintes à la probité

214. Sous l'intitulé « *manquements au devoir de probité* » du Code pénal de 1992, se retrouvent des infractions qui, sous le Code pénal de 1810, étaient regroupées sous la dénomination suivante : « *de la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions* ».

La volonté de prévenir les conflits d'intérêts et moraliser la vie publique, a conduit le législateur à choisir l'intitulé actuel à savoir « *les manquements au devoir de probité* » car la probité apparaît comme un remède aux conflits d'intérêts.

Ces dispositions ont pour origine commune l'interdiction faite aux agents publics de tirer un profit personnel de leur activité en monnayant l'exercice de pouvoirs qui leur sont reconnus.

215. Cependant, selon Francis DELPEREE, l'ingérence, le trafic d'influence, la corruption, la concussion, le détournement et la soustraction de valeurs ou d'écrits doivent être envisagés comme des « *incorrections professionnelles* »²³⁷.

Les manquements au devoir de probité, tout comme les abus d'autorité dirigés contre l'Administration et les abus d'autorité commis contre les particuliers, font partie du même chapitre du Code pénal relatif aux atteintes à l'Administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique.

216. En droit de la fonction publique, la probité est la contrepartie des prérogatives exorbitantes du droit commun dont disposent les agents publics pour accomplir leurs missions. Des mesures telles que la restriction de la liberté d'aller et de venir, la levée de l'impôt ou encore l'expropriation pour cause d'utilité publique ne sont tolérables par le corps social que dans la mesure où elles répondent à des finalités d'intérêt général et non à la poursuite d'objectifs de nature privée. Appliquée à des agents publics, la valeur de probité va cependant au-delà du strict et nécessaire respect de l'intégrité. Elle impose aussi au fonctionnaire d'aborder les questions qu'il doit traiter avec honnêteté sans se laisser guider par sa propre subjectivité et donner la réponse la plus conforme à l'intérêt général.

La probité doit imposer à l'agent un certain détachement vis-à-vis de son intérêt personnel²³⁸.

²³⁷ Francis DELPEREE, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, LGDJ, 1969, t. LXXXV, coll. Bibl. dr. Public, p. 170

²³⁸ Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La Documentation française, avril 2008, p. 64

En conséquence, tout abus de fonction ou d'autorité commis par une personne exerçant une fonction publique, devrait être constitutif d'un manquement au devoir de probité et sanctionné comme tel.

A – L'ADJONCTION D'AUTRES ABUS DE FONCTION À LA LISTE DES ATTEINTES À LA PROBITÉ

217. Le délit d'initié apparaît comme un abus de fonction par des « initiés » c'est-à-dire des personnes qui détiennent une information privilégiée en raison de leur fonction ou à l'occasion de celle-ci. En termes simples, ce délit peut être défini comme une infraction boursière que commet une personne qui vend ou achète des valeurs mobilières en tirant bénéfice du fait qu'elle dispose d'informations dont ne disposent pas les autres investisseurs.

Ce délit, lorsqu'il est commis par une personne exerçant une fonction publique, pourrait être assimilé à un manquement au devoir de probité.

Il se rapproche d'ailleurs du délit de favoritisme en ce qu'il constitue une atteinte à la transparence du marché, notamment, une atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés financiers.

Il s'en rapproche également dans la mesure où il peut être source de conflits d'intérêts. En effet, l'agent qui a connaissance d'une information privilégiée en raison de ses fonctions, peut s'en servir dans son intérêt personnel et dans l'intérêt de ses proches, au détriment de l'intérêt général qui est la transparence des marchés notamment l'égalité des épargnants dans l'information.

218. Aux termes de l'article L.465-1 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de la loi du 26 juillet 2005 : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser,*

soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre » .

219. Il convient, cependant de préciser que cet article L.465-1 du Code monétaire et financier dans sa rédaction résultant de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, a été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision John L. et autres (cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié), rendue le 18 mars 2015²³⁹. En effet, il a déclaré non conforme à la Constitution le cumul de poursuites disciplinaires et pénales en matière boursière.

La décision du Conseil constitutionnel prononce en fait la jonction de trois QPC (question prioritaire de constitutionnalité) portant sur le cumul des poursuites disciplinaires engagées par l'Autorité des marchés financiers (AMF) et des poursuites pénales. Différentes dispositions du Code Monétaire et Financier (CMF) sont déclarées inconstitutionnelles, notamment les articles L.465-1, et L.621-15 qui organisent la procédure devant cette autorité.

²³⁹ JORF n°0067 du 20 mars 2015 page 5183, texte n°98

Cette question avait été posée dans le cadre du procès pénal portant sur les délits d'initiés intervenus au sein du groupe EADS (devenu Airbus Group). Sept anciens dirigeants du groupe étaient poursuivis, ainsi que des représentants de deux actionnaires. Les intéressés ont invoqué le fait qu'ils avaient déjà été poursuivis devant la Commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) pour les mêmes faits et que les nouvelles poursuites devant le juge pénal violent la règle *Non bis in idem*.

220. En première analyse, cette règle interdit de poursuivre et de condamner deux fois une personne pour les mêmes faits. La question posée au Conseil se ramène donc à celle de l'application éventuelle du principe *Non bis in idem* au cumul de poursuites disciplinaires et pénales.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 mars 2015 a jugé qu'un délit d'initié ne pouvait être poursuivi à la fois par l'Autorité des Marchés Financiers et par la justice pénale ; jusqu'à présent, l'AMF pouvait en effet transmettre au parquet les dossiers lui semblant relever du pénal ; mais elle continuait en parallèle sa propre enquête.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a donné au législateur jusqu'au 1^{er} septembre 2016 pour élaborer une nouvelle loi, afin de réformer le système actuel de répression des délits boursiers. C'est aussi une manière de se mettre en conformité avec le droit européen, qui tend à bannir la double poursuite.

Le tribunal correctionnel de Paris a donc constaté, le lundi 18 mai 2015, l'extinction de l'action publique dans l'affaire EADS.

221. Aux termes de l'article L. 654-12 du Code de commerce :

« I.- Est puni des peines prévues par l'article 314-2 du Code pénal le fait, pour tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan :

1° De porter volontairement atteinte aux intérêts des créanciers ou du débiteur soit en utilisant à son profit des sommes perçues dans l'accomplissement de sa mission, soit en se faisant attribuer des avantages qu'il savait n'être pas dus ;

2° De faire, dans son intérêt, des pouvoirs dont il disposait, un usage qu'il savait contraire aux intérêts des créanciers ou du débiteur.

II.- Est puni des mêmes peines le fait, pour tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur, commissaire à l'exécution du plan ou toute autre personne, à l'exception des représentants des salariés, de se rendre acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, de biens du débiteur ou de les utiliser à son profit, ayant participé à un titre

quelconque à la procédure. La juridiction saisie prononce la nullité de l'acquisition et statue sur les dommages et intérêts qui seraient demandés ».

Ces malversations commises par des officiers ministériels et des personnes chargées d'une mission de service public, sont également constitutives d'atteintes à la probité, et se rapprochent des délits de concussion et de détournement de biens.

B – L'ADJONCTION DE CERTAINS ABUS D'AUTORITÉ À LA LISTE DES ATTEINTES À LA PROBITÉ

222. Il convient de distinguer les abus d'autorité dirigés contre l'Administration de ceux dirigés contre les particuliers.

Les abus d'autorité dirigés contre l'Administration désignent deux types d'infractions, d'une part, les mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi, et d'autre part, l'exercice de l'autorité publique illégalement prolongé.

Selon l'article 432-1 du Code pénal, « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

L'article 432-2 aggrave la peine lorsque les mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi ont été suivies d'effet.

Ces deux articles sont inspirés des articles 123 et 124 de l'ancien Code pénal (coalition) et des articles 188 et suivants (abus d'autorité contre la chose publique) dudit code.

L'abus d'autorité contre la chose publique, infraction de nature criminelle dans le précédent Code pénal punie de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans, est devenu un délit.

223. La coalition de fonctionnaires disparaît en tant que telle. En effet, cette incrimination était inspirée de l'expérience de l'Ancien régime, où des autorités locales ou régionales s'étaient parfois opposées à l'application des lois.

Le Code pénal avait réuni sous l'appellation « *coalition de fonctionnaires* » un délit prévu à l'article 123, des crimes prévus aux articles 124 et 125 et le délit spécifique de forfaiture de l'article 126.

La coalition désignait une entente frauduleuse entre des « *individus ou des corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique* » et visant à s'opposer à des dispositions législatives.

Quant aux articles 124 et 125, ils sanctionnaient une incrimination proche de celle sanctionnée par l'article 123 et dont l'objet de la coalition était de prendre des mesures contraires aux lois et contre leur exécution, ou des mesures contre les ordres du Gouvernement.

Cette incrimination s'analysait comme constitutive d'un sabotage du service public, d'une remise en cause de l'autorité de l'Etat.

L'article 124 al. 2 introduisait une circonstance aggravante, si la coalition avait lieu entre les autorités civiles et les corps militaires ou leurs chefs, la peine prévue étant alors la détention criminelle à perpétuité. La même sanction était prévue à l'article 125 à l'encontre du complot ayant eu pour objet l'atteinte à la sûreté de l'Etat.

224. L'article 126 déclarait coupables de forfaiture et punissait de dégradation civique les fonctionnaires publics qui avaient décidé de démissionner de manière collective, afin d'entraver ou de suspendre l'administration de la justice, ou l'accomplissement d'un service public.

La forfaiture était également constituée par le fait pour des magistrats ou officiers de police de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, « *soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées* ».

L'incrimination de la forfaiture trouve son origine historique dans les pratiques parlementaires qui s'étaient développées aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles et conduisaient les magistrats de l'opposition à démissionner afin de suspendre le cours de la justice.

Quant à la définition générique de cette incrimination, elle était contenue dans l'article 166 de l'ancien Code pénal, qui précisait que « *tout crime commis par un fonctionnaire public, dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture* » qui est « *punie de la dégradation civique* », lorsque la loi ne prononce pas de peines plus graves (art. 167).

L'article 168 ajoutait que « *les simples délits ne constituent pas les fonctionnaires en forfaiture* ». Même illustré par un arrêt célèbre de la Cour de cassation²⁴⁰, le dispositif des articles 123 à 127 de l'ancien Code a cependant été fort peu utilisé, et s'est au fil du temps révélé inadéquat.

225. Le nouveau Code pénal a réuni les différentes infractions concernées dans la formulation très sobre de l'article 432-1 punissant les mesures destinées à faire échec à la loi en disposant que :

²⁴⁰ Cass. crim. 6 déc. 1907, Bull. crim., n° 494, DP 1910.1.53

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

Le législateur fait disparaître les incriminations visant les actes concertés car l'Assemblée nationale voulait écarter toute atteinte apparente au droit de grève.

L'article 432-1 ne concerne que les dépositaires de l'autorité publique. Seules peuvent, en effet, faire obstacle à l'exécution de la loi les personnes investies de l'autorité permettant de prendre les mesures nécessaires à cette exécution, les personnes bénéficiant d'une délégation de l'autorité publique.

Les élus investis d'un mandat électif mais non dépositaires de l'autorité publique, tels que les députés et sénateurs, les élus des collectivités en dehors des exécutifs, ne sont pas concernés par cette infraction, ni non plus les personnes chargées d'une mission de service public.

226. Quant à l'article 432-3 du Code pénal, il punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait *« pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de Service public, ou pour une personne investie d'un mandat électif public, ayant été officiellement informée de la décision ou de la circonstance mettant fin à ses fonctions, de continuer à les exercer ».*

L'exercice illégal peut résulter de l'accomplissement d'actes normaux de la fonction²⁴¹ ; ce qui est sanctionné est l'exercice de l'autorité publique illégalement prolongé, autrement dit, sans titre valable. Il peut également résulter d'actes de violence accomplis sous couvert de l'ancienne fonction²⁴².

227. Les abus d'autorité dirigés contre les particuliers se subdivisent en quatre catégories notamment, les atteintes à la liberté individuelle, les discriminations, les atteintes à l'inviolabilité du domicile et les atteintes au secret des correspondances.

Il est dans tous les cas contraires à la probité, que des personnes dépositaires de l'autorité publique ou investies d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public, contreviennent aux dispositions légales ou réglementaires prises par l'Administration publique qu'elles sont censées représentées et servir.

²⁴¹ Cass. crim. 26 févr. 1948, Bull. crim. n°66

²⁴² Cass. crim. 12 mai 1894, Bull. crim. n°132

Cela découle du devoir d'exemplarité pesant sur les personnes exerçant une fonction publique et est sous-tendu par la nécessaire crédibilité de l'Administration.

Cette nécessité de moralisation de la vie publique et de sauvegarde des intérêts patrimoniaux de l'Etat, a conduit à la mise en place d'un arsenal répressif sévère.

PARTIE 2 : L'ARSENAL RÉPRESSIF REQUIS PAR LE LÉGISLATEUR

228. L'étude des atteintes à la probité révèle que ces incriminations constituent des manquements commis de manière intentionnelle au détriment des finances publiques.

Cette définition démontre à quel point la répression de tels abus se situe entre la nécessité budgétaire et la réprobation morale.

Commettre de telles infractions revient donc en réalité à rompre le contrat social, ce pacte qui fait d'un ensemble d'individus une communauté de citoyens.

La loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier et la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, contiennent des mesures structurelles profondes pour lutter contre la délinquance financière.

Plus spécifiquement, les dispositions de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, permettront de mieux cibler et d'intensifier la lutte contre la fraude fiscale et la délinquance financière. Cette loi a renforcé la poursuite et la répression des atteintes à la probité. Il convient donc d'étudier les modalités de la répression (titre 1) et ses conséquences (titre 2).

TITRE 1 : LES MODALITÉS DE LA RÉPRESSION

229. La probité et l'exemplarité des agents publics sont une condition de la confiance des citoyens dans l'Administration.

Nous constatons aujourd'hui une défiance des citoyens à l'égard de leurs dirigeants, notamment en raison de la multiplication d'affaires mettant en cause leur honnêteté.

Les atteintes à la probité traduisent, entre autres, une rupture d'égalité de traitement des citoyens par les autorités publiques.

Une bonne gestion des affaires publiques est essentielle pour la démocratie et les droits de l'homme. Elle passe par une plus grande transparence des institutions publiques et des procédures de décision et une exemplarité des agents publics.

Ces agents doivent être rendus responsables de leurs actes et sanctionnés très sévèrement en cas de manquement.

Compte tenu des prérogatives de puissance publique dont, par définition, bénéficient les décideurs publics et économiques, cette forme de délinquance est nécessairement soumise à des peines plus dissuasives et à des dispositifs d'investigations renforcés.

Toutefois, si la lutte contre les atteintes à la probité et la grande délinquance économique et financière nécessite des dispositifs de prévention et de sanction (chapitre 1), il est nécessaire de mettre en place d'une politique criminelle adaptée (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

LES DISPOSITIFS DE PRÉVENTION ET DE SANCTION

230. Les moyens de lutte contre la délinquance financière et économique passent par une sensibilisation des agents publics sur les conséquences des atteintes à la probité tant sur la confiance du public à l'égard de l'Administration que sur le patrimoine de l'Etat.

Il faudrait également constituer un réseau d'experts dotés de compétences non judiciaires pour améliorer la détection et la prévention de ces incriminations.

Il faudrait aussi définir des règles claires, applicables, appliquées et assorties de sanctions conséquentes.

La répression des atteintes à la probité nécessite donc la mise en place de mesures préventives et répressives (Section I) et l'application de peines adaptées (Section II).

SECTION I : LA MISE EN PLACE DE MESURES PRÉVENTIVES ET RÉPRESSIVES

231. Une lutte efficace contre les atteintes à la probité se traduit par le renforcement des mesures préventives et répressives.

Ces mesures se composent d'une part d'institutions et de procédures spécifiques, et d'autre part, de sanctions sévères.

Paragraphe I : Les nécessaires institutions et procédures spécifiques

232. Le rétablissement de la confiance des citoyens à l'égard de l'Administration demande une plus grande transparence.

La Haute Autorité de la Transparence de la Vie Publique (HATVP) créée par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique se voit reconnaître une place centrale dans ce dispositif : elle tiendra le rôle de gendarme de la moralisation et sera chargée de contrôler l'exactitude de la déclaration de la situation patrimoniale de l'élu et de la déclaration faisant apparaître les intérêts détenus à la date de son élection et dans les cinq années précédant cette date, ainsi que la liste des activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, qu'il envisage de conserver.

Pour assurer une plus grande transparence, il convient de mettre en place des procédures et des institutions permettant la manifestation de la vérité et de garantir le droit à l'information.

A – LA PRÉSENTATION DES DIVERSES INSTITUTIONS ET PROCÉDURES

233. La Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique remplace la Commission pour la transparence financière, qui avait été créée en 1998, vient s'ajouter à différentes instances compétentes en matière d'atteintes à la probité et notamment de lutte contre la corruption, comme la Commission nationale des comptes de campagne et du financement politique, TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins), le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), la Commission de déontologie de la fonction publique et la Commission consultative des marchés publics, créée en 2006 et supprimée en 2013.

La composition de la Haute Autorité doit lui garantir une indépendance à l'égard du pouvoir politique et une légitimité suffisante.

Elle est présidée par une personnalité nommée en Conseil des ministres, après avis du Parlement, et est composée de six experts indépendants, membres élus de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes ainsi que, après une modification de l'Assemblée nationale, de deux personnalités qualifiées nommées par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Elle a pour mission de contrôler la véracité des déclarations de patrimoine et d'intérêt qui lui seront transmises en début et en fin de mandat par les membres du Gouvernement, les parlementaires nationaux et européens, les principaux responsables exécutifs locaux, les membres des autorités administratives indépendantes, les collaborateurs des cabinets ministériels et du Président de la République, les titulaires d'emploi à la décision du Gouvernement nommés en Conseil des ministres et les responsables des principales entreprises publiques.

En cas de non-respect des obligations de transmission les sanctions pénales encourues seront de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende et pour les membres du Gouvernement, la peine encourue sera de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

La Haute autorité contrôlera le respect de ces obligations et pourra demander des éléments complémentaires. Elle bénéficiera de l'aide des services fiscaux et aura un pouvoir d'injonction. Elle pourra être saisie par le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que par les associations de lutte contre la corruption et pourra s'autosaisir si elle constate des manquements.

Chaque ministre nouvellement nommé fera l'objet d'une vérification de sa situation fiscale sous le contrôle de la Haute autorité.

Le Procureur de la République Financier, créé par loi n°2013-1115 du 6 décembre 2013 fait également partie des nouvelles institutions. Cette nouvelle figure juridique inédite dispose d'une compétence nationale en matière d'infractions économiques et financières. Toutefois, sauf en matière de délits boursiers où il dispose d'une compétence exclusive, le Procureur de la République financier exerce ses compétences concurremment avec la section financière du parquet de Paris et les juridictions interrégionales spécialisées (JIRS). Ce parquet financier autonome est institué au sein du tribunal de grande instance de Paris, sous le contrôle du Procureur général de la Cour d'Appel de Paris.

La création d'un Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales (OCLCIFF) au sein de la Direction Centrale de la Police Judiciaire (DCPJ), créé par le décret n°213-960 du 25 octobre 2013, fait aussi partie des innovations dans la répression de la délinquance économique et financière.

Il existait déjà huit offices spécialisés au sein de la Direction Centrale de la Police Judiciaire (DCPJ) : banditisme, stupéfiants, crime organisé, fausse monnaie, traite des êtres humains, violences aux personnes, biens culturels, technologies de l'information et répression de la grande délinquance financière (OCGRDF).

Ce 9^{ème} office central, l'OCLCIFF, bâti à partir de la Division Nationale d'Investigations Financières et Fiscales (DNIFF), est composé d'une centaine de policiers, de gendarmes, de personnels de la direction générale des finances publiques et d'un représentant des douanes. Il comprend deux brigades, la brigade nationale de lutte contre la corruption et la criminalité financière et la brigade nationale de répression de la délinquance fiscale, ainsi qu'une unité d'appui stratégique.

L'OCLCIFF est notamment compétent pour les infractions mentionnées à l'article 28-2 du Code de procédure pénale (fraude fiscale), les atteintes à la probité des personnes publiques et les infractions de droit pénal des affaires (abus de biens sociaux, ...). L'office est également compétent pour les faits de blanchiment de ces infractions et pour les infractions qui leur sont connexes.

Les missions de l'office sont diverses :

- mener des enquêtes judiciaires,
- assister d'autres services lors de celles-ci,
- effectuer ou poursuivre à l'étranger les recherches, et diligenter-à l'échelle nationale-des enquêtes d'envergure dans son domaine de compétence,
- recueillir et centraliser des renseignements,
- suivre et exploiter tout dispositif de signalements mis en place.

Ces enquêtes sont réalisées soit à l'initiative de l'office, soit à la demande de magistrats spécialisés du parquet ou de l'instruction.

L'OCLCIFF dispose pour cela d'importants moyens :

- Il peut utiliser les techniques spéciales d'enquête prévues en matière de criminalité organisée : infiltration, surveillance, interception de communications et de correspondances, sonorisations, enregistrements, captation de données informatiques... (article 706-1-1 du Code de procédure pénale).

- Il recueille, échange et centralise toutes les informations nécessaires aux enquêtes menées sous son égide, en échangeant notamment avec la police et la gendarmerie nationale, les services des douanes, des impôts, de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Il dispose donc d'une multitude d'informations.

Enfin, l'office joue un rôle central au niveau international dans la politique de lutte contre la corruption et la délinquance financière et fiscale en constituant, pour la France, le point de contact central dans les échanges internationaux et en entretenant des liaisons opérationnelles avec les services spécialisés des autres Etats et organismes internationaux.

234. LA MIEM (Mission Interministérielle d'Enquête sur les Marchés et les conventions de délégation de service public) a été créée par la loi 91-3 du 3 janvier 1991 (modifiée par les lois 93-122 du 29 janvier 1993 et 95-127 du 8 février 1995, complétée par le décret 91-1232 du 6 décembre 1991. La Mission interministérielle d'enquête est une instance administrative et financière de contrôle, qui intervient à des stades différents des marchés et des délégations de service public, pour en apprécier la légalité.

Elle est chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés de l'Etat et les conventions de délégation de service public de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales.

235. Ces différentes instances viennent compléter différentes formes plus traditionnelles de contrôle de l'action de l'Etat, des collectivités et des agents publics, notamment le contrôle de légalité, le contrôle des comptes ainsi que le contrôle judiciaire.

236. Quant à la Division Nationale d'Investigations Financières et Fiscales (DNIFF), elle traite les enquêtes concernant les infractions au droit pénal des affaires, les atteintes à la probité et la délinquance fiscale. Ayant compétence nationale, les enquêteurs de la DNIFF se voient confier des investigations sur l'ensemble du territoire national et dans les DOM/TOM.

Les enquêtes traitées par la DNIFF sont des dossiers techniques et complexes, pouvant présenter une sensibilité particulière en raison des responsabilités économiques et/ou politiques exercées par les personnes impliquées dans la commission des infractions.

Outre cet aspect opérationnel, la DNIFF gère, dans son domaine de compétence, les relations internationales, participe aux enceintes multilatérales, et mène de nombreuses actions de formation.

Le service se compose de trois entités : la Brigade de Répression de la Délinquance Financière (BRDFi), la Brigade Centrale de Lutte contre la Corruption (BCLC) et la Brigade Nationale de Répression de la Délinquance Fiscale (BNRDF).

La Brigade de Répression de la Délinquance Financière (BRDFi) est composée de trois groupes qui diligent des enquêtes complexes concernant notamment les infractions suivantes : les faux en écritures de commerce, les atteintes aux lois sur les sociétés (abus de biens sociaux), banqueroute et délits assimilés, les infractions au Code des marchés publics et le délit d'octroi d'avantage injustifié (favoritisme), les infractions aux professions réglementées (notaires, avocats, banquiers, auxiliaires judiciaires, agents de joueurs dans le milieu sportif...), le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, les ententes illégales, les infractions aux règles sur le financement politique des campagnes électorales...

Un groupe est spécialisé dans le droit pénal boursier et diligente des enquêtes en matière de délit d'initié, manipulation de cours, diffusion d'informations fausses ou trompeuses ou toute infraction ayant un lien avec les marchés financiers et les titres comme les escroqueries, l'abus de confiance et la présentation de bilan inexact.

Principalement saisi par le Pôle financier du tribunal de grande instance de Paris qui a seul la compétence pour traiter les infractions au droit boursier, ce groupe traite des enquêtes issues le plus souvent de dénonciations de l'Autorité des marchés financiers (AMF, ex COB).

Créée au sein de la DNIFF, par circulaire interministérielle en date du 12 octobre 2004, la Brigade Centrale de Lutte contre la Corruption (BCLC) est un organisme à vocation interministérielle regroupant des policiers, des gendarmes et une inspectrice des impôts. Cette création faisait suite à deux recommandations spécifiques du Groupe d'États contre la Corruption (GRECO), dépendant du Conseil de l'Europe et de l'OCDE, institutions internationales évaluant la France en matière de lutte contre la corruption.

Elle traite des infractions de corruption et des autres atteintes à la probité et se positionne plus particulièrement sur l'application de la convention OCDE de 1997 ratifiée par la France, à savoir la répression de la corruption des agents publics étrangers dans le cadre des transactions commerciales internationales.

La BCLC a compétence pour procéder à tous les actes d'enquête relatifs à des faits de manquements au devoir de probité, notamment des faits de corruption, de trafic d'influence, de

prise illégale d'intérêts, de détournements de fonds publics..., ainsi qu'à des abus de biens sociaux, de faux ou d'infractions comptables.

La problématique de la corruption, sa complexité et ses aspects internationaux confèrent à cette brigade de nombreuses missions dans le domaine des échanges d'information, de la documentation opérationnelle et de la formation qu'elle assure en partenariat avec le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC). Elle participe en outre au suivi des travaux des enceintes internationales.

La Brigade Nationale de Répression de la Délinquance Fiscale (BNRDF) est composée à parité de policiers et d'inspecteurs des impôts ayant passé la qualification d'officiers fiscaux judiciaires (OFJ), ce qui les rend compétents pour diligenter des actes coercitifs comme les officiers de police judiciaire en matière de fraude fiscale. Elle est en place depuis le 2 novembre 2010.

La BNRDF est compétente pour diligenter des enquêtes en matière de fraude fiscale d'une particulière complexité, portant sur l'utilisation de faux documents ou des flux (marchandises ou fonds) suspects passants par des pays étrangers considérés comme des paradis fiscaux.

Les agents des impôts, les officiers fiscaux judiciaires (OFJ), ont compétence pour rechercher et constater sur l'ensemble du territoire national les seules infractions prévues aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts dans certaines conditions et leurs délits connexes.

Une procédure spécifique d'examen des dossiers par la Commission des infractions fiscales (CIF) a également été créée pour ces dossiers.

237. Quant au Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) créé par la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, il a un but essentiellement préventif.

Il a pour rôle de mettre en place un dispositif d'alerte destiné à mobiliser les informations émanant des différents services concernés, de procéder à un diagnostic et, si nécessaire, de transmettre les dossiers à la justice. Il s'agit donc d'améliorer la prévention de la corruption et d'apporter une aide à la justice.

Le SCPC a été conçu comme une structure interministérielle autonome, placée auprès du ministre de la justice, dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire, et composée de magistrats des ordres judiciaire, financier ou administratif, et d'agents publics notamment des administrateurs civils ou autres fonctionnaires.

La mission première du SCPC consiste à centraliser et exploiter les informations provenant de sources ouvertes ou fermées, destinées à la prévention de la corruption. Il travaille, à cette fin, avec l'ensemble des ministères concernés par la lutte contre la corruption, notamment Justice, Intérieur, Economie et Finances...

Si les informations centralisées par ce Service mettent en évidence des faits susceptibles de constituer une infraction, il en saisit le procureur de la République compétent, en application des dispositions de l'article 2 de la loi du 29 janvier 1993.

La synthèse des informations recueillies par le SCPC, et la typologie des mécanismes de fraudes qui en résultent, sont publiées dans le rapport d'activité annuel du Service.

Ce rapport d'activité remis au Premier ministre et au Garde des sceaux, avant d'être largement diffusé, peut également contenir des propositions au Gouvernement, notamment de réforme législative, en matière de politique de prévention ou de lutte contre la corruption.

Le SCPC est également un Service chargé d'assister ou de conseiller à leur demande diverses autorités politiques, administratives ou judiciaires.

En ce qui concerne les autorités politiques ou administratives, la mission du SCPC est de répondre aux demandes d'avis que pourront lui adresser des responsables de l'Etat et des élus ayant des prérogatives de puissance publique. La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, qui a créé le SCPC, a prévu dans son article 1^{er} alinéa 3 que le Service donne sur leur demande, aux autorités administratives des avis sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir les faits de corruption active et passive, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des particuliers, de concussion, de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Le décret du 22 février 1993 relatif au SCPC énumère les autorités pouvant saisir le Service de demande d'avis : ministres, préfets, chef des juridictions financières, présidents de la Commission de la transparence financière de la vie politique, de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers, les chefs de TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics (MIEM), des divers organismes ou services d'inspection ou de contrôle relevant de l'Etat, les présidents et directeurs des établissements publics de l'Etat, les administrateurs des finances publiques et les autres comptables publics, les élus locaux, les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public.

La seconde mission du SCPC consiste à fournir une assistance technique aux autorités judiciaires saisies d'affaires de corruption ou assimilées qui en feraient la demande, leur permettant d'orienter et accélérer leurs procédures.

Par ailleurs, le SCPC mène des actions de sensibilisation et de formation à la prévention de la corruption.

Ces actions sont engagées auprès du monde économique français, se traduisant par la signature de conventions avec des entreprises publiques ou privées, qui ont pour objectifs l'échange d'informations, l'aide à l'élaboration de codes d'éthique, de conduite et la formation.

Ces actions de sensibilisation prennent également la forme de participation à des groupes de travail avec des organisations professionnelles.

L'expertise du SCPC en matière de prévention l'a conduit, dans le cadre d'actions de partenariats, à donner son appui aux mouvements représentatifs des entreprises (et parfois même directement à ces dernières), lors de l'élaboration de leur programme de conformité, plus particulièrement sur le choix des intermédiaires étrangers avant la conclusion de marché. Le SCPC a également développé des liens avec TRACFIN, service du ministère de l'économie et des finances, créé en 1990. Cellule de renseignement financier au sens du GAFI et de l'Union européenne, TRACFIN est chargé de lutter contre les circuits financiers clandestins, en recevant et traitant les « *déclarations de soupçons* » que la loi française (article L. 561-2 du Code monétaire et financier) impose à une liste de professionnels de la finance ou non (banques et établissements financiers, mais aussi notaires, avocats, commissaires-priseurs responsables de cercles de jeux, loteries, paris, etc.), qui relèvent des mouvements financiers suspects, laissant soupçonner un blanchiment de capitaux provenant d'une infraction pénale punie d'au moins un an d'emprisonnement, et notamment, de la corruption.

Le SCPC et TRACFIN ont rédigé en 2008 en commun un manuel, intitulé *Guide d'aide à la détection des opérations financières susceptibles d'être liées à la corruption*, qui entend informer et former les professionnels concernés par les « *déclarations de soupçons* » aux risques de blanchiment en France, notamment par intégration de fonds provenant de la corruption extranationale (en particulier de personnes politiquement exposées).

Enfin des actions de formation ont été engagées auprès de certaines grandes écoles et des universités françaises (ENA, ENM, école de police, universités, etc.) ou par le biais de missions de sensibilisation auprès d'organismes de contrôle ou d'inspection de l'Administration afin d'établir des cartographies des risques et de mettre en place des mécanismes de détection et de prévention des fraudes et pratiques de corruption.

Le SCPC répond à une demande croissante en matière de coopération internationale, tant dans le cadre d'actions de coopération bilatérales (en liaison avec les services chargés de la coopération des différents ministères, Justice, Affaires étrangères et européennes, Intérieur), que sur le plan multilatéral.

Au plan bilatéral, cette action peut se traduire par la signature de conventions ou protocoles de coopération²⁴³, par des actions de formation ou de sensibilisation d'agents de services anticorruption, ou se situer, soit dans le cadre de projets de coopération entre la France et le pays considéré, soit dans le cadre de jumelages ou appel d'offres financés par l'Union européenne²⁴⁴.

Au plan multilatéral, le SCPC est statutairement présent dans plusieurs enceintes internationales. Au sein de l'unité de coopération judiciaire de l'Union européenne (Eurojust) : le SCPC a été désigné en qualité de point de contact français dans le cadre du réseau de lutte contre la corruption (EACN) institué par décision du Conseil de l'Union européenne du 24 octobre 2008. Au sein du groupe EPAC (European partners against corruption), le SCPC a été désigné point de contact français. S'agissant du Conseil de l'Europe, le SCPC fait partie de la délégation française au sein du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO), chargé de veiller à l'application des conventions pénale et civile du Conseil de l'Europe, dont il est de plus le point de contact français. Au sein de l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), en étroite collaboration avec le ministère des Affaires étrangères et européennes, le SCPC participe au mécanisme de suivi de la Convention contre la corruption de l'ONU du 31 octobre 2003 (dite de Mérida).

Le Service participe, avec ses partenaires institutionnels, aux conférences, sessions et groupes de travail organisés par l'ONUDC dans le cadre de la lutte contre la corruption et la criminalité organisée.

La France a désigné, dans le corps de cette Convention, le SCPC comme Autorité française habilitée à assister techniquement les Etats parties qui le demandent (article 6-3 de la Convention). Le SCPC est par ailleurs pour la France l'un des « *organes spécialisés dans la lutte contre la corruption par la détection et la répression* » prévu par l'article 36 de la Convention.

²⁴³ Comme l'accord relatif à la lutte contre la corruption signé à Astana le 6 octobre 2009 entre la France et le Kazakhstan qui prévoit que la coopération entre les deux Etats en matière de prévention et de lutte contre la corruption est mise en œuvre, pour la partie française, par le SCPC, ou le projet de partenariat signé à Barcelone le 15 juillet 2010 entre le SCPC et l'office antifraude de Catalogne relatif à la lutte contre la corruption.

²⁴⁴ En 2010, le ministère de la justice a ainsi rapporté avec l'Italie un projet de jumelage afin de renforcer la coopération, la stratégie et les structures anticorruption du ministère de la justice de Croatie, auquel participe le SCPC.

Le SCPC a été également associé à la création de l'Académie internationale de lutte contre la corruption (IACA), dont la conférence des membres fondateurs a eu lieu à Vienne en septembre 2010. Initiée par l'ONUDC et la République d'Autriche, avec le soutien de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), cette structure poursuit trois objectifs principaux : la professionnalisation du travail anticorruption ; l'amélioration de l'efficacité des organisations et des personnes dans la prévention, la détection et les poursuites pénales en matière de corruption ; le développement de normes de bonnes pratiques dans le domaine de la recherche et de l'éducation anticorruption. Le SCPC participe activement aux travaux de l'OCDE, et en particulier ceux du groupe anticorruption et ceux du Comité de la gouvernance publique. Le Service a été désigné en décembre 2009 tête de réseau dans la campagne triennale de l'OCDE de lutte contre la corruption. Le Service effectue des missions à l'étranger (évaluation, expertise) dans le cadre du programme MENA (Middle East and North Africa), programme conjoint de l'OCDE et de l'ONUDC pour développer des programmes de coopération au Moyen-Orient et en Afrique du Nord. Le SCPC est associé aux travaux de la banque mondiale dans le cadre du projet Stolen Asset Recovery (STAR). Enfin, dans le cadre du G20, sous présidence française, le SCPC participe, avec des représentants du ministère des Affaires étrangères et européennes, au groupe de travail du G20 contre la corruption, dont la création a été décidée lors du sommet du G20 de Pittsburgh en juin 2010. Ce groupe de travail a formulé des recommandations aux chefs d'Etat et proposé un plan d'action qui a été adopté au sommet G20 qui s'est tenu à Séoul les 11 et 12 novembre 2010 et qui s'est poursuivi en 2011.

238. La prévention des atteintes à la probité dépendra largement des moyens effectivement mis au service de ces diverses instances notamment la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique. Si l'accès de cette autorité aux déclarations fiscales des élus et décideurs constitue un progrès remarquable, la question des pouvoirs d'investigation de la Haute Autorité reste néanmoins posée.

En effet, la faculté d'émettre des demandes auprès des élus et le simple accès au dossier fiscal, sans véritable pouvoir hiérarchique sur des services disposant de moyens d'investigations, risque de ne conférer qu'une capacité limitée de contrôle à cette autorité.

La prévention des atteintes à la probité passe également par le renforcement du droit à l'information pour une plus grande transparence.

B – LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DU DROIT À L'INFORMATION

239. Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique renforcent le contrôle du patrimoine des élus. Une liste d'élus et de dirigeants sont tenus de transmettre à la Haute Autorité de la Transparence de la Vie Publique une déclaration de situation patrimoniale, qui fait le point sur leur patrimoine à des dates déterminées, et une déclaration d'intérêts qui porte sur les différentes activités, rémunérées ou non, principales ou annexes.

La liste des personnes concernées est particulièrement longue et comprend notamment les députés, les sénateurs, les titulaires d'un mandat de représentant français au Parlement européen, d'une fonction de président de conseil régional, de président de conseil général, de maire de commune de plus de 20 000 habitants ou de président élu d'un groupement de communes doté d'une fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants, les conseillers généraux et les adjoints aux maires des communes de plus de 100 000 habitants dans certains cas, les membres des cabinets ministériels, les collaborateurs du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, et toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en Conseil des ministres.

Cependant, la généralisation de la technique déclaratoire ne garantit pas forcément son efficacité et son utilité. En effet, il existe des risques d'avoir recours à des prête-noms, à des sociétés, ou à des dissimulations de sommes grâce à des comptes détenus à l'étranger.

Aussi, les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique prévoient-elles la publication de la déclaration de patrimoine et de la déclaration d'intérêt.

Cependant, comme ce fut le cas pour les ministres, dont les déclarations de patrimoine sont désormais librement consultables sur internet à l'adresse : <http://www.declarations-patrimoine.gouvernement.fr>, le pouvoir exécutif souhaitait que l'ensemble des parlementaires et les principaux élus locaux soient soumis au même régime. Mais, suite à l'opposition du président de l'Assemblée nationale suivie par la grande majorité des députés, il n'y aura finalement pas de publication des patrimoines ; il sera seulement possible de les consulter en préfecture et toute publication des informations recueillies sera punie d'une peine de 45 000 euros d'amende uniquement ; cette sanction est moins sévère que celle initialement prévue dans le projet de loi à savoir une peine d'emprisonnement d'un an qui venait s'ajouter à l'amende de 45 000 euros.

S'il est compréhensible que les députés aient souhaité protéger leur droit au respect de la vie privée, la restriction de la publication de la déclaration de patrimoine à la seule préfecture du département d'élection de la personne concernée vide néanmoins de son contenu l'obligation de transparence. Elle est par ailleurs particulièrement inappropriée concernant les députés qui sont des élus de la nation, et non de leur seule circonscription.

En conséquence, les conditions de publication des déclarations de patrimoine des élus devraient être élargies. Ces déclarations devraient pouvoir être consultées par tous au siège de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique et pouvoir être diffusées auprès du public sans encourir de sanctions.

240. Quant aux déclarations d'intérêts des élus, elles seront entièrement publiques et mises en ligne sur Internet. Elles devront notamment répertorier les activités rémunérées et bénévoles de l'élu et de son conjoint, les activités de consultant remontant jusqu'à cinq ans avant la date d'élection, les éventuelles participations de l'élu à la direction d'un organisme privé ou public et les noms des assistants parlementaires.

241. Les textes sur la transparence de la vie publique comportent d'autres dispositions moins médiatisées mais toutes aussi importantes notamment la réserve parlementaire et le financement de la vie politique.

En effet, la réserve parlementaire, dont l'existence est demeurée pendant des années confidentielle, a fait l'objet récemment de mesures destinées à rendre sa gestion plus transparente.

La réserve parlementaire regroupe un ensemble de crédits destinés à l'octroi, par les députés, de subventions au plan local ou national dont le montant s'impute sur le budget de l'État. Ce montant est actuellement, pour l'Assemblée nationale, d'environ 89 millions d'euros. Son attribution relève donc, non pas de l'exécutif, qui décide de la majorité des subventions accordées par l'État, mais du pouvoir législatif.

Une fois décidée par le député en faveur d'une collectivité territoriale (soutien à l'investissement), d'une association (soutien au fonctionnement) ou d'un organisme public, la subvention imputée sur la réserve suit, sur un plan général, les procédures administratives requises pour les subventions de l'État.

Par exemple, elle doit faire suite à une délibération qui demande la subvention, sur le fondement d'un projet précisant les différentes sources de financement. En outre, pour les collectivités

territoriales, aucune subvention imputée sur la réserve parlementaire ne peut excéder 50 % du montant du projet à financer.

La réserve parlementaire a, depuis la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, une existence législative. Elle est désormais régie par le 9° de l'article 54 de la loi organique relative aux lois de finances, créé par cette loi.

Cette disposition, consacrant la règle décidée dès octobre 2012 par le Bureau, sur proposition du Président de l'Assemblée nationale, rend transparentes les subventions octroyées puisque la liste en sera publiée en annexe au projet de loi de règlement. Pour chaque subvention seront publiés : le nom du bénéficiaire, le montant versé, la nature du projet financé, le programme concerné et le nom du membre du Parlement, du groupe politique ou de la présidence de l'Assemblée qui a proposé la subvention.

Par ailleurs, depuis octobre 2012, sur le fondement de la décision susvisée du Bureau, la répartition de la réserve parlementaire est égalitaire entre les groupes, à hauteur d'un montant de 130.000 € par député.

La réserve parlementaire est un élément essentiel de la vie publique. Afin de sécuriser totalement les députés sur l'utilisation de leur réserve, il est apparu nécessaire de respecter certaines précautions en s'inspirant des principes définis à l'article 1^{er} du Code de déontologie, à savoir que *« les députés doivent agir dans le seul intérêt de la nation et des citoyens qu'ils représentent, à l'exclusion de toute satisfaction d'un intérêt privé ou de l'obtention d'un bénéfice financier ou matériel pour eux-mêmes ou leurs proches »*. Cela implique donc d'éviter de privilégier les associations dans lesquelles ils auraient des liens d'intérêts directs, en particulier familiaux.

Il revient donc aux députés d'arbitrer entre plusieurs projets et le choix définitif relève de leur entière appréciation. Force est de constater que cette importante marge de manœuvre laissée aux députés dans l'utilisation de la réserve parlementaire, peut conduire au détournement des deniers publics à des fins personnelles.

Concernant le financement de la vie politique, il est nécessaire d'en assurer une certaine transparence.

Les partis politiques reçoivent une aide de l'État, qui constitue désormais leur principale source de financement et dépend de leurs résultats aux élections. En contrepartie, les dons des autres personnes morales sont interdits.

Les candidats aux élections doivent respecter un plafond de dépenses fixé par la loi et peuvent également recevoir une aide publique. Pour en bénéficier, ils doivent retracer l'ensemble de

leurs dépenses et recettes dans un compte de campagne, dont la gestion incombe à un mandataire financier qu'ils désignent et qui est présenté par un expert-comptable.

La loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique fixe à 7 500 euros par personne physique le montant des dons pouvant être consentis et des cotisations pouvant être versées aux formations politiques. Dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, le plafond annuel des dons des personnes physiques ne s'applique plus par parti politique mais par donateur.

Il faudrait également veiller à ce que les micro-partis ne permettent pas d'accroître frauduleusement le financement des campagnes électorales.

242. Dans un certain nombre d'affaires concernant la probité des élus, le secret-défense a parfois été utilisé pour faire obstacle à la connaissance de la vérité.

Or la notion de secret-défense est imprécise et peut justifier certains abus. Les conditions de connaissance des éléments couverts par le secret-défense, notamment l'habilitation et l'intérêt à connaître, peuvent aboutir à des conséquences dangereuses pour l'Etat de droit.

En effet, ces faits peuvent rester inconnus du grand public, mais également de la justice. Lorsque les juges souhaitent obtenir la communication de ces éléments, la juridiction adresse une demande motivée de déclassification à l'autorité administrative responsable de la classification. Celle-ci doit transmettre cette demande dans les plus brefs délais à la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), commission composée de hauts magistrats, d'un député et d'un sénateur.

La CCSDN rend alors un avis qui ne lie pas l'Administration. Celle-ci est néanmoins tenue de communiquer le sens de l'avis en même temps que le sens de sa décision.

Les atteintes à la probité ont, parfois, pu s'appuyer sur l'opacité de certains nouveaux outils juridiques ayant une dimension transnationale, en ayant recours, par exemple à des sociétés écrans et aux structures des paradis fiscaux qui permettent de contourner aisément les règles nationales, même celles d'ordre public. Or, les différents textes relatifs à la transparence de la vie publique ne traitent pas de ces questions essentielles.

Il est nécessaire de mettre en place une réelle transparence concernant les bénéficiaires des comptes bancaires.

243. La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique apporte une protection aux lanceurs d'alerte en matière de conflits d'intérêts.

L'article 25 de cette loi dispose :

« I. - Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, à son employeur, à l'autorité chargée de la déontologie au sein de l'organisme, à une association de lutte contre la corruption agréée en application du II de l'article 20 de la présente loi ou de l'article 2-23 du code de procédure pénale ou aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts, telle que définie à l'article 2 de la présente loi, concernant l'une des personnes mentionnées aux articles 4 et 11, dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait ou tout acte contraire est nul de plein droit.

En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas du présent I, dès lors que la personne établit des faits qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces faits, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de la personne intéressée. Le juge peut ordonner toute mesure d'instruction utile.

II. — Toute personne qui relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts, au sens du I du présent article, de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est punie des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal ».

En effet, les lanceurs d'alerte ou Whistleblowers ne disposaient pas de véritable statut protecteur en droit français.

Certes, les officiers publics ou les fonctionnaires sont, aux termes de l'article 40 du Code de Procédure pénale, dans l'obligation de donner avis au Procureur de la République de tout fait délictueux ou criminel dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Cependant, ces agents ne peuvent se revendiquer d'un dispositif qui les protégerait contre d'éventuelles sanctions notamment disciplinaires pour violation de leur obligation de secret et de discrétion professionnels. De plus, les salariés du privé ne disposaient d'aucune protection également.

Cette protection est plus restreinte que celle reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans son arrêt de grande Chambre *Guja c/ Moldova*²⁴⁵, a émis quelques recommandations strictes concernant le statut des lanceurs d'alerte.

Le législateur et les autorités d'application doivent toutefois veiller à ce que la protection des lanceurs d'alerte n'offre pas l'impunité aux personnes commettant des dénonciations mensongères et ne favorise pas la multiplication des pratiques de délation.

Cependant, dans certains cas spécifiques, il est nécessaire de protéger les « *personnes qui ont délibérément violé le secret auquel elles étaient astreintes* » et divulgué, « *de bonne foi, des informations authentiques d'intérêt public, qui ne pouvaient être divulguées par d'autre moyen faute d'autres vecteurs de divulgation de l'information* »²⁴⁶.

Dans ce sens, l'article 3 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires instaure une garantie visant à protéger l'agent public qui relate ou témoigne, de bonne foi, de faits susceptibles d'être qualifiés de conflits d'intérêts dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, afin d'interdire que cela puisse nuire d'une quelconque manière au déroulement normal de sa carrière.

Il détermine le régime de charge de la preuve qu'il fait reposer sur l'auteur de la mesure contestée et non sur l'agent qui informe les autorités, celui-ci étant présumé de bonne foi. En revanche, le projet de loi prévoit que dans le cas où le fonctionnaire aurait informé les autorités de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou en connaissance partielle de l'inexactitude des faits ainsi signalés, l'intéressé s'expose aux peines sanctionnant le délit de dénonciation calomnieuse.

Il comprend également diverses dispositions de coordination visant à parfaire la protection contre les discriminations dont certains fonctionnaires peuvent être victimes à raison de leurs opinions, de leur sexe ou de leur action contre les différentes formes de harcèlement.

La répression des atteintes à la probité est caractérisée par des sanctions sévères.

²⁴⁵ Cour européenne des droits de l'homme 12 décembre 2008, *Guja c/ République de Moldova*

²⁴⁶ Avis de la CNCDH sur la protection du secret des sources

Paragraphe II : La mise en place de sanctions sévères

244. La loi du 16 mars 1943 avait enlevé à la corruption de fonctionnaires et personnes assimilées le caractère de crime qu'elle possédait à cette date. La correctionnalisation ainsi réalisée avait cependant sensiblement aggravé, en fait, la sévérité antérieure. A la peine de la dégradation civique, elle substituait un emprisonnement correctionnel de deux à dix ans ou d'un à trois ans, selon que la corruption portait sur un acte de la fonction ou sur un acte facilité par la fonction.

Malgré cette sévérité de fait, la loi de 1943 s'était appliquée aux poursuites en cours au jour de sa promulgation, à la fois en ce qui concernait la compétence et en ce qui touchait les pénalités nouvelles, conformément aux principes régissant les conflits de lois dans le temps, la rétroactivité de la loi pénale plus douce.

Toutefois la loi de 1943 avait laissé leur caractère criminel à deux hypothèses de corruption, mentionnées par les articles 180 (al. 1^{er}), 181 et 182. Il s'agissait, d'abord, du cas où la corruption avait pour objet un fait comportant une peine plus forte que l'emprisonnement, par exemple, la corruption tendant à la commission d'un faux en écritures publiques ; et du cas de la corruption passive commise par des juges ou des jurés à l'occasion d'une décision de justice rendue en matière criminelle (art. 181 et 182).

Quant au trafic d'influence en sa forme passive, la loi du 4 juillet 1889, avait établi une distinction. Lorsque le coupable était investi d'un mandat électif, on lui appliquait les peines frappant la corruption passive des fonctionnaires, et notamment la dégradation civique ; s'il s'agissait de toute autre personne, la dégradation civique était remplacée par un emprisonnement d'un à cinq ans.

La loi du 16 mars 1943 et l'ordonnance du 8 février 1945 avaient ensuite unifié les situations et puni tout trafic passif d'un emprisonnement de deux ans à dix ans.

Aux peines principales qui viennent d'être indiquées, les textes du Code pénal ancien ajoutaient la confiscation obligatoire des choses reçues par le corrompu, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, et d'une amende dont le minimum était de 5 000 F (taux résultant de la loi du 26 décembre 1956) et dont le maximum pouvait s'élever au double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues ou demandées. Ce système au maximum variable selon le profit espéré ou retiré de l'opération avait d'ailleurs soulevé des difficultés pratiques fréquentes, la Cour de cassation rappelant aux juges du fond, à peine de cassation, l'obligation de déterminer la valeur des choses reçues ou demandées par le corrompu, en indiquant avec

précision dans leur décision les éléments de fait qui leur permettaient de fixer le taux de l'amende prononcée²⁴⁷.

245. Les choses se sont maintenant simplifiées. Le nouveau Code pénal a conservé à la corruption passive et au trafic d'influence passif leur caractère de délits correctionnels. Mais les deux infractions sont désormais placées sur le même plan et, pour ce qui est de la corruption passive, il n'y a plus à distinguer entre les actes de la fonction, de la mission ou du mandat, et les actes facilités par eux.

En matière de destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique, dans le système organisé par le Code pénal de 1810 prévalait une grande sévérité, puisque les pénalités indiquées par les articles 169, 170, 173 et 255 étaient de nature criminelle (réclusion criminelle de cinq à dix ans, accompagnée d'une amende dont le maximum variait entre le douzième et le quart des restitutions et indemnités dues).

Les peines étaient au contraire d'ordre correctionnel (C. pén., art. 171 ancien), mais seulement à l'égard des comptables et dépositaires publics et lorsque les sommes détournées ne dépassaient pas 1 000 F ou l'une des limites particulières établies par l'article 170 auquel il suffit de se reporter.

Quant à la concussion, elle a cessé d'être un crime depuis la loi du 24 novembre 1943. Mais, tout en frappant le fait de peines correctionnelles, la loi en question avait établi une distinction selon la qualité du coupable. Si l'auteur principal était un fonctionnaire ou un officier public, il encourait un emprisonnement de deux à dix ans ; l'emprisonnement était de deux à cinq ans si le prévenu était seulement un commis ou un préposé (art. 174, al. 1^{er} ancien). Dans les deux cas, une amende de 300 à 20 000 F devait être prononcée, ainsi qu'une interdiction des droits civiques, civils et de famille.

Contre le coupable de prise illégale d'intérêts, l'article 175 prévoyait trois peines qui devaient être toutes trois obligatoirement prononcées : un emprisonnement de six mois à deux ans, une amende variant entre le douzième et le quart des restitutions et indemnités et l'interdiction perpétuelle d'exercer une fonction publique.

Concernant les peines principales applicables aux atteintes à la probité, la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, ont aggravé les peines encourues par les auteurs de ces incriminations. Par

²⁴⁷ V. notamment Cass. crim., 1^{er} février 1956 : Bull. crim. 1956, n° 120. – Cass. crim., 6 févr. 1968 : Bull. Crim. 1968, n° 37; Rev. sc. Crim. 1968, p. 850, obs. A. Vitu.

ailleurs, le montant des peines d'amende peut être désormais porté au double du produit tiré de l'infraction.

246. Aux termes de l'article 432-17 modifié par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, des peines complémentaires peuvent être prononcées contre les auteurs de manquements au devoir de probité.

L'article L. 313-6 du Code des juridictions financières, expose les personnes chargées de fonctions publiques à une amende en cas de méconnaissance, dans leurs fonctions ou attributions, de leurs obligations, ayant procuré à autrui un avantage injustifié pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé.

Il appartient au Procureur général près la Cour des comptes de poursuivre ces agents devant la Cour de discipline budgétaire et financière, dans un délai de cinq ans à compter de la commission des faits.

Par ailleurs, l'octroi de dommages-intérêts peut être envisagé, s'il est démontré l'existence d'un préjudice direct et certain. Dans ce sens, la Cour de cassation a admis la recevabilité d'une constitution de partie civile émanant d'un syndicat intercommunal²⁴⁸.

L'efficacité de la répression des atteintes à la probité passe par la mise en place de règles et de règlements explicites, assortis de sanctions sévères effectivement appliquées et exécutées par les administrations publiques et par les tribunaux.

A - L'IMPÉRATIF DE QUALITÉ DE LA LOI ET D'EFFICACITÉ DES SANCTIONS

247. La France dispose d'un arsenal juridique développé et multiforme pour lutter contre les différentes atteintes à la probité.

Notamment, il existe en France une tradition bien ancrée de légalité et d'impartialité de l'action publique ainsi qu'une forte culture déontologique de la fonction publique qui sont des garanties importantes contre les risques d'agissements illicites.

Il faut une cohérence des politiques en matière de probité.

²⁴⁸ Cass. crim., 8 juin 1999 : Bull. crim. 1999, n° 123

La qualité de la loi suppose qu'elle ne soit pas instrumentalisée, au jour le jour, en fonction de l'actualité, mais qu'elle soit le produit d'une réflexion démocratique et d'une délibération éclairée dans l'espace public et au Parlement.

Il est nécessaire de prendre le temps de l'évaluation et de la réflexion.

Il est impératif d'éviter les lois de « *réaction* » dictées par un fait divers, qui aboutissent à un empilement de dispositifs sans bilan d'ensemble et sans mesures de suivi.

Une telle méthode est propice à l'inflation législative, constitue une menace pour la sécurité juridique, et plus généralement pour l'effectivité et la force de la loi.

248. Il faut également une efficacité de la réglementation et des sanctions.

Les conditions dans lesquelles les projets de loi déposés à l'Assemblée nationale à la suite de scandales politiques et financiers ont été élaborés, aboutit à un empilement de dispositifs juridiques de sources diverses.

Elle conduit à une multiplication d'instances aux compétences concurrentes, a priori sans moyens supplémentaires, et parfois à l'adoption de mesures symboliques sans portée normative.

Cette méthode est d'autant plus dangereuse que ces projets de loi ont été examinés en procédure accélérée ne permettant pas à la loi d'être élaborée dans de bonnes conditions. Une telle procédure devrait être justifiée par des circonstances vraiment exceptionnelles.

De plus, il apparaît important, une fois les lois entrées en vigueur, de prendre l'ensemble des mesures d'application nécessaires et de donner de véritables moyens aux autorités d'application et de contrôle : moyens juridiques, évidemment, moyens financiers également. En effet, ces dernières années, la rigueur budgétaire a eu pour effet de réduire l'action de certaines institutions, notamment administrations et autorités de contrôle²⁴⁹, qui ont été contraintes de se concentrer sur certaines missions, en général les moins complexes. Ce phénomène risque d'entraîner un accroissement structurel des atteintes à la probité.

²⁴⁹ M. Jacques Mézard, « *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales* », rapport d'information n° 300 (2011-2012) fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales 25 janvier 2012, Documentation française.

B - LA NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE ÉQUILIBRÉE DANS LA RÉPRESSION

249. Toutefois, si la lutte contre les atteintes à la probité et la grande délinquance économique nécessite des outils juridiques et des moyens renforcés, il est nécessaire de garder une approche équilibrée dans la répression.

Comme l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme, si « *la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales* » telles que « *le blanchiment de capitaux et les infractions pénales associées* » sont des buts légitimes dans une société démocratique au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, les moyens mis au service de ces buts ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés fondamentaux²⁵⁰.

Les atteintes aux objectifs de justice fiscale et de lutte contre la fraude²⁵¹ doivent être sanctionnées et l'exercice des libertés et droits individuels ne saurait en rien excuser la fraude fiscale, ni en entraver la légitime répression. Cependant, la répression contre celle-ci ne doit pas avoir pour effet de « *justifier, en matière de liberté, le recours à l'arbitraire* »²⁵².

De la même manière, la transparence sur la situation des agents publics est un objectif parfaitement légitime, mais cet objectif ne doit pas justifier des atteintes disproportionnées aux droits de l'homme.

L'objectif de transparence ne doit pas courir le risque d'une hyper transparence qui conduirait à l'oubli des valeurs telles que la vie privée, la pudeur, la confiance.

Les insuffisances de la lutte contre les atteintes à la probité ont également révélé les insuffisances du système judiciaire français.

La lutte contre les atteintes à la probité et la délinquance économique et financière a été l'occasion de repenser en profondeur les règles traditionnelles de la procédure pénale.

En effet, l'amélioration de la répression des atteintes à la probité nécessite la mise en place d'une justice efficace et réellement indépendante, qui soit apte à lutter avec efficacité contre ce type de comportement tout en respectant strictement les droits et libertés fondamentaux.

La création d'un Procureur de la République financier à compétence nationale répond à plusieurs préoccupations. La complexité et le caractère dissimulé des infractions économiques et d'atteintes à la probité nécessitent leur traitement par de vastes équipes d'investigation structurées et flexibles ainsi qu'une certaine spécialisation des autorités chargées de l'action

²⁵⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 6 décembre 2012, Michaud c. France, requête n° 12323/11

²⁵¹ Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, loi de finances pour 1984

²⁵² Cour européenne des droits de l'homme, 23 février 2012, Creanga c/. Roumanie, requête n° 29226/03

publique et de l'instruction. Il peut être également indispensable de faire des liens entre différents faits parfois connexes qui peuvent avoir été commis en plusieurs lieux du territoire national. Ce pôle national permet ainsi de traiter plus rapidement et plus efficacement les affaires économique-financières.

SECTION II : LES SANCTIONS APPLICABLES

250. Il faut noter que seules peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la date à laquelle l'infraction a été commise ; déclaré coupable de trafic d'influence commis par une personne investie d'un mandat électif public, pour avoir accepté un don de 60 000 F, le prévenu a été condamné à un an d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 200 000 F; en se prononçant ainsi, alors qu'au moment des faits la peine d'amende encourue ne pouvait, aux termes des articles 177 et 178 anciens, excéder le double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues, soit en l'espèce 120 000F, la Cour d'appel a méconnu le principe ci-dessus rappelé²⁵³.

Paragraphe I : Les peines applicables

251. Il convient de distinguer les peines principales des peines complémentaires.

Les peines principales ont été aggravées par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière, tandis que les peines complémentaires l'ont été par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

A – LES PEINES PRINCIPALES

252. Les peines principales prévues par le législateur sont les amendes et les peines d'emprisonnement.

En effet, les manquements au devoir de probité sont généralement réprimés par des amendes et des peines d'emprisonnement.

Ainsi, la concussion et la prise illégale d'intérêts sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende. La prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire est punie de trois ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende. Il en est de même des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et dans les délégations de service public, qui sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende.

²⁵³ Crim. 8 janv. 1998 : Dr. Pénal 1998. 98, obs. Véron

La corruption passive, le trafic d'influence et le détournement de biens, sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 € d'amende.

Aux termes de l'article 432-16 du Code pénal, *« lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »*.

La répression est nécessairement sévère afin d'avoir une portée dissuasive.

B – LES PEINES COMPLÉMENTAIRES

253. L'article 432-17 du Code pénal dispose : *« Dans les cas prévus par le présent chapitre, peuvent être prononcées, à titre complémentaire, les peines suivantes :*

1° L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 ;

2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit, pour les infractions prévues par le second alinéa de l'article 432-4 et les articles 432-11, 432-15 et 432-16, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement ;

3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

4° Dans les cas prévus par les article 432-7 et 432-11, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 ».

Dans les cas de corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, l'article 131-35 prévoit donc l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

D'autre part, la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie publique a introduit dans le Code électoral (C. élect., art. L. 7) une peine accessoire qui a pour effet d'éliminer automatiquement des listes électorales, pour une durée de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16.

Aux termes de l'article 131-26 du Code pénal, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur :

« 1° *Le droit de vote ;*

2° *L'éligibilité ;*

3° *Le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ;*

4° *Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ;*

5° *Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.*

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille ne peut excéder une durée de dix ans en cas de condamnation pour crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour délit.

La juridiction peut prononcer l'interdiction de tout ou partie de ces droits.

L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique ».

La loi du 11 octobre 2013 a créé dans le Code pénal, un article 131-26-1 ainsi rédigé « *Dans les cas prévus par la loi et par dérogation au septième alinéa de l'article 131-26, la peine d'inéligibilité mentionnée au 2° du même article peut être prononcée pour une durée de dix ans au plus à l'encontre d'une personne exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits* ».

Paragraphe II : La dépénalisation applicable

254. Malgré l'aggravation des peines, force est de constater qu'en pratique, dans certaines circonstances, la répression des atteintes à la probité semble tendre vers une dépénalisation, notamment en matière de commande publique et compte tenu de l'incidence du relèvement judiciaire.

A – VERS UNE DÉPÉNALISATION DU CONTENTIEUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?

255. Les irrégularités commises lors de la passation des marchés peuvent donner lieu à une action devant la juridiction administrative qui peut annuler le marché, sans préjudice d'une éventuelle indemnisation, ou faire l'objet de poursuites pénales, notamment à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile d'un candidat évincé, mais également depuis 2004 d'une entreprise n'ayant pas pu soumissionner²⁵⁴.

En effet, pour la Cour de Cassation :

«... il ne saurait être fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir reçu la constitution de partie civile de la société Af. et de lui avoir donné acte de cette constitution, dès lors qu'il résulte de ses énonciations que l'activité de cette société entrainait dans l'objet des marchés, qu'elle disposait du personnel et du matériel adapté et que l'attribution irrégulière desdits marchés a eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'en être déclarée attributaire ; Que, dès lors, le moyen ne saurait être accueilli... »²⁵⁵.

Dans un arrêt du 4 avril 2014, le Conseil d'État a ouvert à tous les tiers qui justifieraient d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant la juridiction administrative²⁵⁶.

Jusqu'à cet arrêt, seules les parties au contrat étaient recevables à contester sa validité, les tiers ne pouvant, pour leur part, qu'intenter une action à l'encontre des actes dits «*détachables*» du contrat, préalables à sa conclusion, l'annulation de l'acte «*détachable*» ne débouchant pas automatiquement sur l'annulation du contrat lui-même.

²⁵⁴ Service central de prévention de la corruption (SCPC) – Rapport 2014, p. 134 et 135

²⁵⁵ Cass.crim. 28 janvier 2004, N° 02-86.597, La semaine juridique, Ed. Générale, 19 mai 2004, no 21-22, p. 964-968, note F. Linditch

²⁵⁶ CE, 4 avril 2014, No 358994

Compte tenu de l'ouverture introduite par l'arrêt du Conseil d'État, on peut se demander si, désormais, le contentieux des marchés publics ne risque pas de s'orienter encore davantage vers le juge administratif, plutôt que vers le juge judiciaire.

En effet, l'intérêt des entreprises plaignantes est bien plus de faire annuler le marché litigieux que d'obtenir une condamnation du responsable de la collectivité publique par une juridiction pénale, qui ne peut d'ailleurs annuler le marché irrégulier.

La régulation de la commande publique risque de s'opérer encore davantage par le juge administratif, juge de la légalité, mais en aucun cas gardien de la probité.

Il est à craindre dans ces conditions une multiplication des atteintes à la probité en toute impunité, le délit dit de « favoritisme » devenant une infraction plus dissuasive que réellement « sanctionnatrice »²⁵⁷.

Le risque est d'autant grand que, comme cela a été souligné dans le rapport 2010 du SCPC, le juge administratif « *n'est jamais à l'origine de la transmission des faits de corruption à l'autorité judiciaire. Les juridictions administratives ne s'estiment en effet pas, dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, liées par l'article 40 alinéa 2 du Code procédure pénale, qui impose à toute autorité constituée d'informer le procureur de la République des délits dont elles auraient connaissance dans l'exercice de leurs fonctions* »²⁵⁸.

B – INCIDENCE DU RELÈVEMENT JUDICIAIRE

256. Aux termes de l'article 132-21 du Code pénal, l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation pénale.

Toute personne frappée d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale, peut, par le jugement de condamnation ou par jugement ultérieur, être relevée en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée, de cette interdiction, déchéance ou incapacité, dans les conditions fixées par le Code de procédure pénale.

²⁵⁷ Voir Service central de prévention de la corruption (SCPC)– Rapport 2010, p. 116

²⁵⁸ SCPC Rapport 2010, p.147, *Prise en compte par le juge administratif des atteintes à la probité à travers l'étude de la jurisprudence de 2000 à 2010*

Par ailleurs, selon l'article 133-12 du Code pénal, « *Toute personne frappée d'une peine criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle peut bénéficier, soit d'une réhabilitation de plein droit dans les conditions prévues à la présente section, soit d'une réhabilitation judiciaire accordée dans les conditions prévues par le code de procédure pénale* ».

L'article 133-13 du même code précise que « *La réhabilitation est acquise de plein droit à la personne physique condamnée qui n'a, dans les délais ci-après déterminés, subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle* :

1° Pour la condamnation à l'amende ou à la peine de jours-amende après un délai de trois ans à compter du jour du paiement de l'amende ou du montant global des jours-amende, de l'expiration de la contrainte judiciaire ou du délai de l'incarcération prévue par l'article 131-25 ou de la prescription accomplie ;

2° Pour la condamnation unique soit à un emprisonnement n'excédant pas un an, soit à une peine autre que la réclusion criminelle, la détention criminelle, l'emprisonnement, l'amende ou le jour-amende, après un délai de cinq ans à compter soit de l'exécution de la peine, soit de la prescription accomplie ;

3° Pour la condamnation unique à un emprisonnement n'excédant pas dix ans ou pour les condamnations multiples à l'emprisonnement dont l'ensemble ne dépasse pas cinq ans, après un délai de dix ans à compter soit de l'expiration de la peine subie, soit de la prescription accomplie.

Les délais prévus au présent article sont doublés lorsque la personne a été condamnée pour des faits commis en état de récidive légale.

Lorsqu'il s'agit de condamnations assorties en tout ou partie du sursis, du sursis avec mise à l'épreuve ou du sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, les délais de réhabilitation courent, pour chacune de ces condamnations et y compris en cas de condamnations multiples, à compter de la date à laquelle la condamnation est non avenue ».

L'article 133-14 mentionne que « *La réhabilitation est acquise de plein droit à la personne morale condamnée qui n'a, dans les délais ci-après déterminés, subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle* :

1° Pour la condamnation à l'amende, après un délai de cinq ans à compter du jour du paiement de l'amende ou de la prescription accomplie ;

2° Pour la condamnation à une peine autre que l'amende ou la dissolution, après un délai de cinq ans à compter soit de l'exécution de la peine, soit de la prescription accomplie.

Les délais prévus au présent article sont doublés lorsque la personne a été condamnée pour des faits commis en état de récidive légale.

Lorsqu'il s'agit d'une condamnation assortie du sursis, les délais de réhabilitation courent à compter de la date à laquelle la condamnation est non avenue ».

Selon l'article 133-16, « La réhabilitation produit les mêmes effets que ceux qui sont prévus par les articles 133-10 et 133-11. Elle efface toutes les incapacités et déchéances qui résultent de la condamnation.

Toutefois, lorsque la personne a été condamnée au suivi socio-judiciaire prévu à l'article 131-36-1 ou à la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, la réhabilitation ne produit ses effets qu'à la fin de la mesure ».

La réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles sur la récidive légale.

Sur le plan international, l'article 133-16-1 indique que « Si la personne a été condamnée par une juridiction pénale d'un Etat membre de l'Union européenne à une des peines suivantes, la réhabilitation n'est susceptible de produire ses effets sur les condamnations françaises antérieures qu'à l'issue des délais ci-après déterminés :

1° Lorsque la peine prononcée est une sanction pécuniaire, qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de trois ans à compter de son prononcé ;

2° Lorsque la peine prononcée est une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de dix ans à compter de son prononcé ;

3° Lorsque la peine prononcée est une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à dix ans, qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de quarante ans à compter de son prononcé ;

4° Lorsque la personne a été condamnée à une peine autre que celles définies aux 1° à 3°, qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de cinq ans à compter de son prononcé ».

Ainsi le relevé judiciaire et la réhabilitation semblent neutraliser le devoir de probité requis par le législateur.

CHAPITRE 2 :

LA POLITIQUE CRIMINELLE MISE EN PLACE

257. Sous l'effet conjugué de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de celle du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les infractions portant atteinte à la probité ont fait l'objet de multiples modifications tant en ce qui concerne leur prévention que leur répression.

La loi du 6 décembre 2013 traduit la volonté du Gouvernement de renforcer la poursuite et la répression des infractions en matière économique, financière et fiscale.

Cette loi qui a institué un Procureur de la République financier à compétence nationale, comporte d'autres innovations.

Parmi les innovations, il faut noter la possibilité pour les associations anti-corruption de se constituer partie civile. Un nouvel article 2-23 est inséré dans le Code de procédure pénale pour permettre aux associations de lutte contre la corruption, déclarées depuis au moins cinq ans, de se constituer partie civile dans les dossiers d'atteintes à la probité. Cette nouvelle disposition consacre les solutions jurisprudentielles retenues en la matière. Le monopole du parquet est donc supprimé.

Il convient également de rappeler la protection accordée aux lanceurs d'alerte.

En application du nouvel article L.1132-3-3 du Code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. En cas de litige, un renversement de la charge de la preuve au bénéfice du salarié est prévu. Dès lors que ce dernier présentera des éléments de fait permettant de présumer qu'il a relaté de bonne foi des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombera à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers au témoignage du lanceur d'alerte.

Le renversement de la charge de la preuve en matière de blanchiment fait aussi partie des avancées de la loi du 6 décembre 2013.

En effet, le nouvel article 324-1-1 du Code pénal institue un renversement de la charge de la preuve en matière de blanchiment dès lors que les conditions de réalisation d'une opération ne

peuvent s'expliquer autrement que par la volonté de dissimuler l'origine des biens ou des revenus, lesdits biens ou revenus étant alors présumés être le produit d'un crime ou d'un délit.

Par ailleurs, la loi du 6 décembre 2013 crée de nouvelles circonstances aggravantes applicables aux fraudes fiscales, lorsqu'elles ont été commises en bande organisée ou en ayant recours à des comptes bancaires ou des entités détenus à l'étranger ou au moyen de certaines manœuvres, telles la falsification ou l'interposition d'entités fictives ou artificielles. La fraude fiscale aggravée est passible de sept années d'emprisonnement et d'une amende de 2 000 000 euros. Dans le même esprit, l'article 30 de la loi crée une circonstance aggravante propre à l'infraction d'abus de biens sociaux lorsque les faits ont été réalisés au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme établi à l'étranger (articles L.241-3 et L.242-6 du Code de commerce). Dans cette hypothèse, les peines encourues sont portées à sept années d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende. Pour ces infractions, le texte prévoit en outre la possibilité de recourir à des mesures d'infiltration, d'interception des correspondances ou d'écoutes.

Enfin, il convient de rappeler que la loi renforce les peines encourues en matière d'atteintes à la probité. Les infractions auparavant sanctionnées de 75 000 euros d'amende (concussion, prise illégale d'intérêt, trafic d'influence) sont désormais punies d'une amende pouvant atteindre 500 000 euros ou le double du produit tiré de l'infraction. Les infractions punies de 150 000 euros d'amende (trafic d'influence et corruption d'agents publics nationaux ou étrangers, détournement de fonds publics) sont portées à 1 000 000 euros ou le double du produit tiré de l'infraction. L'amende de 30 000 euros prévue en matière de favoritisme est portée à 200 000 euros (ou le double du produit tiré de l'infraction).

SECTION I : LES RÈGLES DE PROCÉDURE

258. Ont été étendues à la corruption comme au trafic d'influence commis dans le cadre international, les dispositions applicables à la criminalité et à la délinquance organisées au titre de l'enquête, de l'instruction et du jugement.

Sont en effet applicables à la corruption et au trafic d'influence dans un cadre international les mesures de surveillance (article 706-80 du Code de procédure), d'infiltration (articles 706-81 à 706-87 du Code de procédure pénale), les écoutes téléphoniques en phase d'enquête (article 706-95 du Code de procédure pénale), les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules (articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale) et la possibilité de procurer des mesures conservatoires (article 706-103 du Code de procédure pénale). Une compétence juridictionnelle particulière est également prévue, l'article 706-1 du Code de procédure pénale prévoyant une compétence concurrente entre le Procureur de la République de Paris, le juge d'instruction, le tribunal correctionnel normalement compétent. Dans la pratique, la compétence de la juridiction de Paris est le plus souvent retenue.

La loi prévoit également que la poursuite des délits de corruption et de trafic d'influence dans le cadre international ne peut être engagée qu'à la requête du ministère public (article 435-6 et 435-11 du Code pénal).

Cette disposition fait l'objet de critiques dans les enceintes internationales en charge de la corruption transnationale.

Ainsi, dans son rapport de phase 2 de suivi sur la mise en œuvre de recommandations au titre de la Convention OCDE du 17 décembre 1997, le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions internationales écrivait-il : *« compte tenu du régime dérogatoire actuel attribuant au parquet le monopole des poursuites pour des infractions de corruption impliquant des agents publics d'États non-membres de l'Union européenne, et au vu de la structure hiérarchisée du parquet statutairement soumis à l'exécutif, de faciliter la poursuite sur plainte des victimes des infractions de corruption d'agents publics de tout État étranger, sur la même base que celle prévue pour la corruption d'agents publics français »*²⁵⁹.

En revanche, la mise en œuvre de l'action publique par la partie civile est possible, s'agissant de la corruption ou du trafic d'influence intracommunautaire ou commis au sein des

²⁵⁹ Convention article 5 ; recommandation révisée, article VI

communautés européennes ou d'un organisme créé en application du traité sur l'Union européenne (articles 435-6 et 435-11 du Code pénal).

Sauf, dans ce dernier cas, l'action publique ne peut donc être mise en œuvre par le biais d'une plainte avec constitution de partie civile, ce qui réduit considérablement dans la pratique le champ des dispositions pénales.

Notre étude des règles de procédure s'articulera donc autour de l'action publique d'une part, et de l'action civile, d'autre part.

Paragraphe I : L'action publique

259. L'exigence de transparence et d'exemplarité de la vie publique a conduit à un renforcement de l'action de l'Etat dans la détection et la lutte contre les atteintes à la probité. Cette évolution s'est traduite en premier lieu par le renforcement de la prévention et de la détection des conflits d'intérêts des élus et des décideurs publics et la création de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique par les lois 2013-906 et 2013-907 du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique. Elle s'est poursuivie, en second lieu, par un renforcement du traitement des affaires économiques et financières les plus complexes et la création d'un procureur de la République financier par les lois 2013-1115 et 2013-1117 du 6 décembre 2013.

Les atteintes à la probité constituent un axe de politique pénale prioritaire et doivent faire l'objet d'un traitement judiciaire vigilant et efficace parce qu'elles détériorent la confiance des citoyens envers les institutions et portent préjudice au fonctionnement démocratique.

A cet égard, les juridictions financières, qui sont chargées de contrôler la régularité, la sincérité des comptes mais également la qualité de la gestion des fonds publics, jouent un rôle essentiel dans la détection des fraudes et des atteintes à la probité. Le domaine d'activité des juridictions financières est en effet varié. Les organismes soumis à leur contrôle sont très divers, par leur dimension, leur statut, leur organisation et leurs règles de fonctionnement.

Dans le cadre de leur contrôle, les magistrats financiers ont accès à de très nombreuses pièces dont l'analyse requiert une technicité particulière. C'est au cours ou à l'issue de leur contrôle que les juridictions financières ont vocation à dénoncer à l'autorité judiciaire les comportements frauduleux susceptibles d'être pénalement qualifiés.

L'étendue et la nature des contrôles des juridictions financières en font, dès lors, des partenaires privilégiés de l'autorité judiciaire dans la détection et la lutte contre la délinquance économique et financière.

Un partage d'informations entre autorité judiciaire et juridictions financières est de nature à améliorer l'efficacité du traitement des atteintes à la probité. Ces informations permettent non seulement de révéler *ab initio* les comportements susceptibles de constituer une infraction pénale et de déclencher une enquête, mais également d'enrichir les investigations lorsque l'enquête est déjà en cours. Réciproquement, la communication d'informations par l'autorité judiciaire sur les enquêtes en cours et les suites judiciaires données aux signalements des juridictions financières doivent permettre à ces dernières d'enrichir leur analyse des secteurs à risque et d'adapter au mieux la programmation de leurs contrôles. La complémentarité des sanctions susceptibles d'être prononcées par les juridictions financières, de manière cumulative

ou alternative avec les sanctions judiciaires, ne peut que renforcer l'efficacité de la réponse apportée par les autorités publiques aux manquements constatés.

260. Les atteintes à la probité sont par nature occultes ou dissimulées. Les victimes sont nombreuses et dispersées à l'échelle de toute la collectivité publique. Il est donc très difficile de faire émerger les comportements susceptibles de constituer une atteinte à la probité.

Les juridictions financières, compte tenu de leur mission de contrôle des comptes et de l'utilisation des deniers publics, sont indispensables à la découverte des premiers soupçons à l'origine d'une enquête. Les informations et pièces détenues par les juridictions financières sont susceptibles d'éclairer l'autorité judiciaire sur le contexte d'une affaire, l'organisation des structures et des circuits financiers en cause, voire d'enrichir les preuves à l'appui de la démonstration d'une infraction pénale et de la culpabilité de son auteur.

Cependant, pour que des poursuites puissent être engagées, encore faut-il que l'action publique ne soit pas tenue en échec par l'ancienneté des faits.

A – LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE

261. La prescription de l'action publique pour les faits de corruption est de trois ans. Il s'agit, en effet, d'une infraction instantanée qui se consomme dès le moment où ses éléments constitutifs sont réunis, le plus souvent dès que le pacte de corruption a été scellé.

La jurisprudence considère toutefois que le point de départ de la prescription est reporté au-delà de cette date, jusqu'au moment du dernier versement (« *pot-de-vin* ») ou de la dernière perception de ce qui a été promis (décision ou abstention sollicitée)²⁶⁰.

Ainsi, en cas de pluralité de versements, l'infraction se renouvelle à chaque acte de versement de l'avantage indu. Tel est le cas d'un marché public conclu en violation des règles de la commande publique, par suite de corruption, qui donne lieu au versement d'une avance avant exécution du marché, d'acomptes en cours d'exécution, avant que le solde définitif du marché ne soit établi.

Egalement, en cas de « *concert frauduleux* », c'est-à-dire lorsque des pactes successifs entre le corrupteur et le corrompu portent sur des marchés successifs dans le cadre de cette même

²⁶⁰ Cass. Crim., 13 décembre 1972, Bull. crim., n° 391, Cass. Crim., 9 novembre 1995, Bull. crim., n° 346

entente, le report du point de départ de la prescription au dernier versement des choses promises dans le cadre du dernier marché vaut aussi pour le premier marché²⁶¹.

Toutefois, le pacte de corruption étant généralement clandestin, bien des faits délictueux se trouvent couverts par la prescription au moment de leur découverte. Cependant, les poursuites peuvent être engagées sur le terrain de l'abus de biens sociaux et recel d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription étant fixé au moment de la découverte de l'infraction²⁶².

Cependant, il ne s'agit pas d'une réponse satisfaisante, celle-ci n'étant opérante que lorsqu'une personne morale est impliquée dans le pacte de corruption. Par ailleurs, l'abus de biens sociaux est sanctionné moins sévèrement que la corruption.

La prescription triennale est insuffisante pour lutter efficacement contre la corruption, compte tenu de la difficulté de détecter ce délit et d'en apporter la preuve²⁶³.

Dans un arrêt du 6 mai 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation a toutefois étendu à l'infraction de corruption la théorie de la dissimulation, traditionnellement employée en matière d'abus de biens sociaux. Si les faits ont été dissimulés, le point de départ de la prescription est alors retardé jusqu'au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique²⁶⁴.

Le trafic d'influence, comme la corruption, est un délit instantané qui se prescrit par trois ans.

La jurisprudence a toutefois atténué les effets de ce principe.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 mars 2008 a jugé que le délai de prescription de l'action publique, en matière de trafic d'influence, ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu'à partir du jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites. Il est donc possible de reporter le point de départ de la prescription à la date du pacte illicite ou à la date du dernier versement remis en exécution de ce pacte, lorsque l'infraction a été dissimulée²⁶⁵.

²⁶¹ Cass. Crim., 8 octobre 2003, Bull. crim., n° 185

²⁶² Voir notamment J. Languier, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », Dr. Pén. 2005, étude 14

²⁶³ J. Lelieur, « *La prescription des infractions de corruption* », Dalloz 2008, n° 16, (Groupe d'Etats contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO) troisième cycle d'évaluation sur la France adopté lors de la 41^e session plénière des 16 et 19 février 2009), Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE. Recommandation n°9 du rapport de phase 2 sur la France, janvier 2004, p. 37 et rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2, mars 2006.

²⁶⁴ Cass., Crim., 6 mai 2009, n° 08-84.107.

²⁶⁵ Cass. Crim., 19 mars 2008, n° 07-82-124.

Les infractions telles que la corruption ou le trafic d'influence étant dans la plupart des cas « *occultes* » et mettant en œuvre des montages complexes, recueillir des éléments de preuve s'avère particulièrement difficile.

Des stratagèmes peuvent être mis en place pour pallier cette difficulté. Ceux-ci ne pourront toutefois être acceptés comme des éléments de preuve que s'ils respectent le principe de la loyauté de la preuve.

Lorsque l'infraction de concussion résulte d'opérations indivisibles, la prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter de la dernière des exonérations accordées ou des perceptions indues.

En présence d'opérations divisibles, le délit de concussion se prescrit par trois ans à compter du jour où les faits ont été commis. « *Le point de départ de la prescription du délit de concussion, infraction instantanée, ne peut être retardé à la date à laquelle la partie civile en a eu connaissance* »²⁶⁶.

Concernant le délit de prise illégale d'intérêts, la Cour de cassation a précisé, dans son arrêt rendu le 16 décembre 2014 dans l'affaire « *Médiateur* », que « *si le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites* »²⁶⁷.

Le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public est un délit instantané qui se prescrit par 3 ans à compter du jour où les faits le consommant ont été commis. Toutefois, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer dans deux arrêts du 27 octobre 1999 sur la date de départ du délai de prescription, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, en la reportant au jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites²⁶⁸.

Concernant les actes irréguliers non-dissimulés, le point de départ de la prescription est la notification du marché, la signature de la convention conclue en violation de la réglementation.

²⁶⁶ Cass.crim., 3 décembre 2008, pourvoi n° 08-81 343

²⁶⁷ Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-82939 (2^e espèce)

²⁶⁸ Chambre criminelle, 27 octobre 1999, Bull. n° 238 et 239

262. Certains faits peuvent être soumis à une double prescription : d’une part, le délai de prescription des délits (3 ans, article 8 du Code de procédure pénale) et d’autre part, les délais de prescription en matière financière, qu’il s’agisse de faits susceptibles d’être déférés devant la Cour de discipline budgétaire et financière (5 ans, article L314-18 du Code des juridictions financières) ou constitutifs d’une gestion de fait (10 ans, article L231-3 du Code des juridictions financières).

Le contrôle des juridictions financières portant souvent sur des pièces comptables disponibles plusieurs mois après la fin de l’exercice, dont l’examen dans le respect du principe de la contradiction nécessite du temps, il arrive que l’action publique sur les faits signalés à l’autorité judiciaire soit déjà prescrite.

Les atteintes à la probité s’inscrivent dans des modes opératoires souvent complexes et revêtent par nature un caractère occulte, le préjudice étant souvent difficilement perceptible par les personnes physiques ou morales victimes.

C’est donc pour remédier à cette difficulté de détection que la chambre criminelle a développé une jurisprudence permettant, en matière d’infractions dissimulées, de reporter le point de départ de la prescription.

En tout état de cause, il conviendra que les parquets examinent avec le plus grand soin le caractère dissimulé ou non des faits qui leur sont signalés par les juridictions financières afin de reporter, le cas échéant, le point de départ de la prescription.

En effet, dans l’hypothèse où les faits dénoncés auraient été dissimulés, la date de réception du signalement de la juridiction financière par l’autorité judiciaire peut constituer le « *jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l’exercice de l’action publique*²⁶⁹ », susceptible de reporter le point de départ de la prescription.

S’agissant de l’action publique, il convient de noter également la fin du monopole du ministère public.

B – LA FIN DU MONOPOLE DU MINISTÈRE PUBLIC

263. Si la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la grande délinquance économique et financière a focalisé l’attention du public sur la création d’un Procureur de la République financier, des dispositions beaucoup plus discrètes, mais à maints égards tout aussi importantes,

²⁶⁹ Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-82939 (2^e espèce), précité

ont été adoptées pour reconnaître à certaines associations de lutte contre la corruption, la faculté d'exercer, dans ce domaine, les droits reconnus à la partie civile, et donc de mettre en mouvement l'action publique, en lieu et place du ministère public. Si ce changement peut a priori apparaître purement technique, il soulève en réalité une question ontologique sur le rôle du ministère public – et son monopole – dans la poursuite des infractions protégeant l'ordre public économique, lorsqu'il n'y a pas de victime directe qui puisse se constituer partie civile.

Il convient tout d'abord de souligner que cette évolution intervient à contrecourant de ce qu'avait voulu le législateur du 30 juin 2000, lorsqu'il avait transposé en droit interne la convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, puisqu'il avait alors expressément prévu que le nouveau délit éponyme ne pouvait faire l'objet de poursuite qu'à la requête du parquet, notamment pour éviter un dévoiement de plaintes avec constitution de partie civile par des concurrents étrangers d'entreprises françaises exportatrices. Dans le même esprit, en 2007, avait été écarté un amendement proposant la possibilité, pour les associations luttant contre la corruption, de se constituer partie civile à l'audience après mise en mouvement de l'action publique par le parquet.

Mais la jurisprudence récente de la Cour de cassation dans l'affaire « *des biens mal acquis* »²⁷⁰ a engagé un mouvement en sens inverse puisqu'elle a reconnu le droit à une association de lutte contre la corruption qui ne bénéficiait pourtant d'aucune habilitation législative, de déposer une plainte avec constitution de partie civile et de se prétendre victime directe de faits de corruption, au regard de l'objet de sa mission et des intérêts collectifs qu'elle défend. Dans cette affaire, le ministère public s'était alors vivement opposé à cette initiative, contestant la qualité à agir de cette association et considérant en substance qu'il s'agissait d'un empiètement sur ses prérogatives et d'une tentative de se substituer à lui dans son rôle de défenseur de l'intérêt général.

Le dispositif prévu par le nouvel article 2-23 du Code de procédure pénale issu de la loi du 6 décembre 2013 définit quant à lui un cadre plus précis puisqu'il prévoit que l'association doit faire l'objet d'un agrément pour être habilitée.

Il n'en reste pas moins que subsiste de facto une forme de concurrence entre de telles associations et le parquet, et que si cette concurrence n'est pas en soi insurmontable sur le plan strictement juridique, elle soulève en revanche un problème institutionnel et politique sérieux.

²⁷⁰ Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 09-88.272 : JCP G 2010, act. 1174, C. Cutajar

Aux termes de l'article 30 du Code de procédure pénale, le garde des Sceaux conduit, en effet, la politique pénale déterminée par le Gouvernement, il veille à la cohérence de son application sur le territoire et adresse des instructions générales au ministère public, qui a l'ardente obligation de les mettre en œuvre. Le Gouvernement est également responsable de cette politique devant le Parlement.

En conséquence, la faculté reconnue aux associations de lutte contre la corruption de mettre en mouvement l'action publique, est perçue comme une privatisation de l'action publique.

« Au-delà de ce qui peut être ressenti comme une forme de défiance à l'égard du parquet, que reste-t-il de ces principes avec l'instauration d'un ministère public-bis composé d'associations qui échappent à tout contrôle et à tout contre-pouvoir ?

[...] Nous sommes désormais tout près d'une privatisation de l'action publique au bénéfice d'organismes et de personnes sur lesquels aucun contrôle démocratique et institutionnel ne pourra s'exercer »²⁷¹.

S'il est indéniable que la faculté reconnue par la loi relative à la fraude fiscale aux associations déclarées depuis cinq ans et luttant contre la corruption de déclencher l'action publique, constitue une avancée importante, il se pose cependant la question de l'agrément de ces associations.

Il conviendrait d'écarter cette condition d'agrément préalable au droit des associations luttant contre la corruption d'exercer les droits reconnus à la partie civile, afin d'éviter de limiter la portée de cette avancée.

²⁷¹ Le Club des Juristes, Publications, *Ministère public. Lutte contre la corruption : vers une privatisation de l'action publique?* 5 mai 2014, Bruno Quentin

Paragraphe II : L'action civile

264. Le droit de la victime de faits constitutifs d'une infraction à être présente devant le juge pénal aux côtés du titulaire naturel de l'action publique qu'est le ministère public, est admis depuis longtemps en droit français.

Considéré par la jurisprudence comme un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, devait être strictement enfermé dans les limites posées par le Code de procédure pénale, il s'est progressivement élargi. Le législateur et la jurisprudence y ont tour à tour contribué²⁷².

L'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, ne fait que s'inscrire dans cette évolution législative et jurisprudentielle qui, depuis l'arrêt Laurent-Attalin²⁷³ ménage à la partie civile une place croissante dans le déroulement du procès pénal.

La victime d'une infraction, qui a personnellement souffert du dommage causé directement par l'infraction, a, conformément aux articles 1, 2 et 3 du Code de procédure pénale, droit à agir devant la juridiction répressive. En se constituant, elle devient partie civile au procès pénal.

Par l'action qu'elle porte devant les juridictions répressives, la partie civile tout à la fois participe à l'action publique et s'ouvre la possibilité d'obtenir réparation de tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découlent des faits objets de la poursuite.

Lorsque l'action publique n'a pas déjà été engagée, la victime agit par voie d'action, mettant de ce fait elle-même en mouvement l'action publique. Lorsqu'au contraire l'action publique a déjà été engagée, la victime agit par voie d'intervention, s'associant par sa constitution aux poursuites en cours.

Le souhait du législateur est sans conteste de faciliter l'accès de la victime au juge pénal.

En témoignent notamment les dispositions visant à améliorer l'information de la victime, comme le formalisme réduit imposé à la constitution de partie civile. En témoigne également la possibilité offerte à de nombreuses personnes morales d'exercer les droits reconnus à la partie civile en élargissant les conditions relatives au préjudice dont l'existence est requise de toute victime souhaitant se constituer.

²⁷² Site Internet de la Cour de cassation, *Les droits de la partie civile dans le procès pénal*, par Mme Frédérique Agostini, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

²⁷³ Crim. 8 déc. 1906, Bull. n° 443

De façon générale, le Code de procédure pénale, dans son article préliminaire issu de la loi du 15 juin 2000, fait un devoir à l'autorité judiciaire de veiller à l'information des victimes au cours de toute procédure pénale. Le Code décline ensuite cette obligation à différentes étapes de la procédure.

Le formalisme pour la constitution de partie civile est aussi réduit.

A – LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE

265. En effet, contrairement au prévenu ou à l'accusé, qui doit comparaître en personne, la victime peut toujours se faire représenter par un avocat, qu'il s'agisse d'engager l'action publique, de s'y associer ou de développer ses prétentions devant la juridiction de jugement, sans que cette représentation soit obligatoire. La procédure simplifiée de l'article 420-1 du Code de procédure pénale l'autorise même à faire valoir ses droits par écrit devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police. Cependant, s'agissant d'une partie civile mineure, l'assistance d'un avocat est obligatoire et le juge doit faire désigner un avocat d'office s'il n'en a pas déjà été choisi un (art. 706-50).

En dehors de la liberté relative au mode de représentation, la constitution de partie civile est nécessairement plus formaliste lorsque la personne agit par voie d'action que lorsqu'elle agit par voie d'intervention.

Pour mettre en mouvement l'action publique, la constitution doit être écrite et faite dans des termes qui manifestent sans équivoque l'intention de se porter partie civile.

Cette manifestation claire de volonté n'est soumise à aucune autre condition de forme devant le juge d'instruction.

En revanche, la citation directe délivrée par la partie civile aux fins de saisine de la juridiction de jugement doit obéir aux prescriptions de forme des articles 550 et suivants du Code de procédure pénale. Elle doit, notamment, énoncer le fait poursuivi et viser le texte de loi qui le réprime. La méconnaissance de ces prescriptions entraîne la nullité de la citation.

Par ailleurs, la constitution doit comporter une élection de domicile.

En application de l'article 89 du même code, la partie civile doit déclarer une adresse, qui peut être la sienne, celle d'un tiers ou celle de son avocat, sous réserve que ceux-ci aient donné leur accord de façon certaine²⁷⁴. Elle doit aussi veiller à informer le magistrat de tout changement,

²⁷⁴ Crim. 9 nov. 2000, Bull. n° 291

sous peine de ne pouvoir opposer le défaut de notification des actes qui auraient dû lui être notifiés²⁷⁵. Inversement, seule la notification régulière faite à l'adresse déclarée par la partie civile fait courir les délais de recours²⁷⁶.

Par application des dispositions des articles 551 et 392 du Code de procédure pénale, la citation directe doit mentionner les noms, prénoms, profession et domicile réel ou élu de la partie civile.

- 266.** Enfin, la recevabilité de la constitution par voie d'action est subordonnée au versement d'une consignation. Imposée par les articles 88, 392-2 et 533 du Code de procédure pénale à la personne qui se constitue tant devant le juge d'instruction que devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, elle a pour objet de garantir le paiement de l'amende civile susceptible d'être mise à la charge de celle-ci si les poursuites qu'elle a engagées se terminent par un non-lieu ou une relaxe.

En effet, l'article 88 du Code de procédure pénale dispose : « *Le juge d'instruction constate, par ordonnance, le dépôt de la plainte. En fonction des ressources de la partie civile, il fixe le montant de la consignation que celle-ci doit, si elle n'a obtenu l'aide juridictionnelle, déposer au greffe et le délai dans lequel elle devra être faite sous peine de non-recevabilité de la plainte. Il peut dispenser de consignation la partie civile* ».

Si le défaut de consignation entraîne l'irrecevabilité de la plainte, rien n'interdit à la partie civile qui n'a pas consigné de se constituer par voie d'intervention lorsque le procureur de la République a par la suite engagé lui-même des poursuites, ni de saisir la juridiction de jugement par voie de citation directe (sous réserve, le cas échéant de verser une consignation), alors même qu'elle n'a pas versé la consignation fixée par le juge d'instruction lors du dépôt d'une précédente plainte²⁷⁷.

- 267.** Lorsque la constitution se fait par voie d'intervention en cours d'instruction ou devant une juridiction de jugement, la manifestation de volonté de la partie peut être écrite ou orale, du moment qu'elle est non équivoque.

Pendant la phase d'instruction, l'article 87 alinéa 1 du même code, autorise l'intervention à tout moment.

²⁷⁵ Crim. 19 nov. 1997, Bull. n° 396

²⁷⁶ Crim. 5 oct 1999, Bull. n° 205

²⁷⁷ Crim. 11 janv. 2000, Bull. n° 10

Lorsque la juridiction de jugement est saisie, la constitution doit, à peine d'irrecevabilité par application de l'article 421, intervenir avant les réquisitions du ministère public sur le fond ou, si le tribunal a ordonné l'ajournement du prononcé de la peine, avant les réquisitions du ministère public sur la peine. La tardiveté de la constitution interdit à la victime de prétendre à la qualité de partie civile, en première instance comme en cause d'appel où la constitution de partie civile pour la première fois est irrecevable, de même que la formation d'une demande nouvelle.

Les dispositions des articles 418 et suivants du Code de procédure pénale, relatifs à la constitution de partie civile par voie d'intervention et ses effets devant le tribunal correctionnel et devant le tribunal de police, dispositif complété par la loi du 15 juin 2000, visent à faciliter la prise en compte des droits des victimes et notamment de celles qui ne pourraient se déplacer, et à leur éviter de se voir opposer l'irrecevabilité de leur action pour cause de tardiveté.

La constitution peut se faire à trois stades de la procédure :

- L'article 420-1, alinéa 2, issu de la loi du 15 juin 2000, autorise la victime à formuler sa demande de restitution d'objets saisis ou de dommages-intérêts, dès l'enquête de police, auprès d'un officier ou agent de police judiciaire qui en dresse procès-verbal. Cette demande vaut constitution de partie civile si l'action publique est mise en mouvement et que le tribunal est directement saisi. Toutefois, cette procédure est soumise à l'accord du procureur de la République.
- La constitution peut également se faire avant l'audience, selon deux modalités : d'une part, par déclaration au greffe : la déclaration doit alors, selon l'article 420, préciser l'infraction poursuivie et contenir élection de domicile dans le ressort du tribunal saisi quand la partie civile n'y réside pas. Cette déclaration est immédiatement transmise au ministère public qui cite la partie civile à l'audience ; et d'autre part, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception parvenant à la juridiction 24 heures au moins avant la date de l'audience ou par télécopie. La demande, à laquelle doivent être jointes toutes les pièces justificatives du préjudice allégué, peut tendre à la restitution d'objets saisis ou à l'obtention de dommages-intérêts. Les documents sont immédiatement joints au dossier. Le recours à cette procédure dispense la partie civile de comparaître ou de se faire représenter à l'audience.

Cette procédure simplifiée de l'article 420-1, premier alinéa, instaurée par la loi n° 81-82 du 2 février 1981, a été assouplie par la loi du 15 juin 2000, qui a autorisé la transmission des demandes par télécopie et a supprimé la règle limitant son emploi aux cas où les sommes

réclamées ne dépassaient pas le plafond de la compétence en premier ressort des tribunaux d'instance.

La constitution peut enfin, conformément à l'article 419, se faire à l'audience, par déclaration consignée par le greffier, ou par dépôt de conclusions.

La constitution de partie civile va faire de son auteur, un acteur du procès pénal, titulaire de divers droits.

Le droit de la victime à agir devant la juridiction répressive en se constituant partie civile se distingue de celui de demander réparation du préjudice qu'elle a subi.

La recevabilité de l'action, qui l'autorise à participer au procès pénal, n'a pas pour conséquence inéluctable la recevabilité puis le bien-fondé de la demande en réparation²⁷⁸.

Par ailleurs, la constitution abusive de partie civile est sanctionnée. En effet, à la demande de la personne abusivement poursuivie ou mise en cause, le juge pénal peut lui allouer des dommages-intérêts dans les conditions prévues aux articles 91, 425 et 472 du Code de procédure pénale.

Mais la mise en œuvre de ces dispositions nécessite l'existence d'une faute qui ne peut se déduire du seul exercice du droit d'action ouvert à la partie civile.

L'abus toujours possible ne peut cependant occulter l'intérêt que les droits reconnus à la partie civile devant le juge pénal représentent pour l'action publique comme pour l'action civile.

268. La constitution de partie civile présuppose l'existence d'un préjudice répondant aux conditions définies à l'article 2 du Code de procédure pénale.

La victime doit en effet, être en mesure de justifier d'un dommage personnel directement causé par l'infraction pour pouvoir se constituer partie civile tant devant le juge d'instruction²⁷⁹ que devant la juridiction de jugement²⁸⁰.

L'existence d'un tel préjudice est appréciée plus ou moins strictement selon que la partie civile se constitue au stade de l'instruction ou du jugement.

La vraisemblance du préjudice suffit à ouvrir à la partie civile le droit de se constituer devant le juge d'instruction. Une jurisprudence constante admet la recevabilité d'une constitution dès lors que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme

²⁷⁸ Crim. 19 sept. 2000, Bull. n° 271

²⁷⁹ Crim. 12 sept. 2000, Bull. n° 264

²⁸⁰ Crim. 12 sept. 2000, Bull. n° 265

possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale²⁸¹.

En revanche, devant la juridiction de jugement, la partie civile doit démontrer l'existence d'un préjudice certain²⁸².

269. La possibilité d'une constitution de partie civile peut tout simplement être refusée à la victime.

Elle peut lui être refusée temporairement. C'est le cas des dispositions de l'article 6-1 du Code de procédure pénale qui subordonnent la poursuite d'un crime ou d'un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire à la constatation, par une décision définitive de la juridiction répressive saisie, du caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion²⁸³.

Plus radicalement, l'article 13 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose qu'aucune constitution de partie civile n'est recevable devant cette juridiction et que l'action en réparation des crimes et délits ressortissant à sa compétence doit être portée devant les juridictions de droit commun.

La Cour de cassation a jugé que ce texte, qui déroge au Code de procédure pénale, n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la mesure où il réserve aux parties le droit de porter l'action en réparation de leurs dommages devant la juridiction de droit commun²⁸⁴.

270. Le droit pour une personne morale de se constituer partie civile n'appelle aucune observation particulière, dès lors qu'elle justifie d'un préjudice personnel directement causé par l'infraction²⁸⁵.

Mais certaines personnes morales ont été autorisées à exercer les droits reconnus à la partie civile sans pour autant justifier d'un tel préjudice.

Tour à tour, le législateur et, dans une moindre mesure la jurisprudence, ont admis l'action civile de personnes morales ne pouvant exciper d'un préjudice répondant aux exigences de l'article 2 du Code de procédure pénale, mais justifiant d'un préjudice spécifique, fondé sur

²⁸¹ Crim. 16 juin 1998, Bull. n° 191 ; Crim. 16 févr. 1999, Bull. n° 17

²⁸² Crim. 13 juin 1991, Bull. n° 251

²⁸³ Crim. 21 avr. 1998, Bull. n° 139

²⁸⁴ Ass. Plén. 21 juin 1999, Bull. n° 139 ; 12 juillet 2000, Bull. n° 258

²⁸⁵ Crim. 4 oct. 1995, Bull. n° 293 ; 3 janv. 1996, Bull. n° 1 ; 25 juin 1996, Bull. n° 273 ; 16 févr. 1999, Bull. n° 17

l'existence d'une mission légale de représentation d'intérêts collectifs. On parle alors de la défense des intérêts professionnels.

En application des dispositions de l'article L. 411-1 du Code du travail, les syndicats professionnels, qui ont la charge des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent, ont la possibilité de porter leur action devant la juridiction répressive, pour les faits causant un préjudice direct ou indirect à ces intérêts.

Les ordres professionnels, institués par la loi, ont également reçu, dans des termes proches des précédents, le droit d'exercer les droits de la partie civile en cas d'atteinte aux intérêts généraux de la profession qu'ils défendent.

La recevabilité de l'action civile de ces groupements est donc soumise à l'existence d'un préjudice collectif, lequel ne saurait résulter, notamment, de la seule mise en examen d'un membre de la profession pour une infraction en rapport avec celle-ci²⁸⁶.

Au surplus, le préjudice collectif ne saurait se confondre avec le préjudice individuel des membres de la profession²⁸⁷.

Lorsque le droit d'action civile ne leur est pas expressément reconnu, ou lorsqu'il est cantonné à certaines infractions déterminées, la jurisprudence se montre assez encline à accueillir l'action civile de ces différentes personnes morales.

En matière d'infractions portant atteinte aux intérêts matériels et moraux du sport professionnel, par exemple, l'action civile des fédérations sportives et de leurs organes délégataires, légalement chargés de veiller au respect des règles techniques et déontologiques de leurs disciplines, est recevable²⁸⁸.

Le juge contrôle la qualification du groupement se constituant partie civile et vérifie les droits qui sont les siens, afin de s'assurer qu'il peut revendiquer la réparation du préjudice aux intérêts collectifs qu'il a pour mission de défendre²⁸⁹.

271. Aux côtés de ces groupements, le législateur a souhaité que des associations, ayant un objet social déterminé, puissent renforcer l'action du ministère public en exerçant les droits reconnus à la partie civile.

La jurisprudence ayant fermement affirmé la différence qui existe entre les syndicats et les groupements professionnels, d'une part, et les associations, d'autre part, lesquelles, à la

²⁸⁶ Crim. 16 févr. 1999, Bull. n° 18

²⁸⁷ Crim. 11 mai 1999, Bull. n° 89

²⁸⁸ Crim. 15 mai 1997, Bull. n° 185

²⁸⁹ Crim. 13 oct. 1992, Bull. n° 318

différence des premiers, ne sont pas investies d'une mission de représentation d'une profession, mais ne représentent que leurs membres, le législateur a procédé par habilitations expresses.

Ainsi les catégories d'associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile n'ont cessé de se multiplier.

A défaut d'habilitation législative, l'action civile des associations ne peut être exercée que dans les conditions de droit commun.

Le régime des droits conférés à ces diverses associations ne présente aucune unité. Si les associations habilitées doivent en général être déclarées depuis au moins cinq ans avant la date des faits, certaines doivent avoir en plus été agréées, voire reconnues d'utilité publique. Alors que certaines peuvent agir par voie d'action, d'autres sont limitées à la voie de l'intervention. L'accord de la victime est quelquefois nécessaire à l'engagement de leur action.

272. L'action civile engagée par les personnes morales de droit public en réparation de leur préjudice matériel est en général accueillie par les juridictions répressives.

Mais, au motif que la protection des intérêts généraux dont les collectivités publiques ont la charge se confond avec la protection de l'intérêt général qui incombe au ministère public, la jurisprudence oppose traditionnellement un refus ferme aux demandes sollicitant la réparation d'un préjudice moral causé par l'infraction.

En application de l'article L. 2132-5 du Code général des collectivités territoriales, un contribuable peut se constituer partie civile en lieu et place de la commune, sur autorisation du tribunal administratif. Il faut noter que les contribuables des régions et départements peuvent, depuis la loi n° 2000-321 du 14 avril 2000, également exercer l'action civile en lieu et place de ces deux collectivités.

B – L'AUTORISATION PRÉALABLE DU JUGE ADMINISTRATIF

273. Le juge administratif peut être conduit à filtrer le traitement des atteintes à la probité par le juge pénal.

Ce cas de figure se présente lorsque des contribuables d'une collectivité souhaitent exercer une action appartenant à une collectivité territoriale alors que celle-ci ne l'a pas mise en œuvre.

La constitution de partie civile par les contribuables d'une collectivité est prévue par trois articles du Code général des collectivités territoriales.

Pour les communes, il s'agit de l'article L.2132-5 du Code général des collectivités territoriales ; cet article dispose que « *Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer* ».

Une disposition identique a été prévue pour les départements (article L.3133-1 du Code général des collectivités territoriales) et pour les régions (article L.4143-1 du Code général des collectivités territoriales).

Cette possibilité donnée aux contribuables d'ester en justice est destinée à pallier la négligence, voire la mauvaise volonté des élus d'une collectivité territoriale à défendre ses intérêts matériels ou financiers, pour des motifs souvent politiques.

Cette action est régulièrement utilisée, lorsqu'existent des soupçons de détournements de fonds, voire de favoritisme ou de corruption.

Seuls les contribuables (de façon isolée ou en groupe) « *inscrits au rôle* » de la commune, du département ou de la région peuvent agir. Il convient de noter que le Conseil d'Etat a élargi cette possibilité aux actions touchant aux établissements publics de coopération intercommunale.

Ainsi, le Conseil d'Etat n'a pas rejeté la requête d'une société inscrite au rôle de Paris au titre de la taxe professionnelle, concernant une demande de partie civile pour des faits de favoritisme²⁹⁰.

Le simple avis d'imposition au nom de la femme du plaignant n'établit pas la qualité de contribuable de celui qui demande une autorisation²⁹¹.

En application des dispositions du Code général des collectivités territoriales, l'action du contribuable est subsidiaire de celle de la collectivité. Si cette dernière s'est portée partie civile, le contribuable ne peut le faire.

Pour que le contribuable puisse saisir le tribunal administratif d'une demande d'autorisation en vue d'exercer une action en justice au nom de la commune, du département ou de la région, il

²⁹⁰ CE, 26 octobre 2005, n° 278556, SARL Socrate.

²⁹¹ CE, 29 juillet 2002, n° 235143, Messieurs X. et Y.

faut que ces collectivités « *aient préalablement été saisies d'une demande tendant à ce qu'elles exercent elles-mêmes l'action considérée* ». ²⁹².

Après cela, le contribuable peut demander l'autorisation si la collectivité a « *rejeté la demande dont elle a été saisie* » ou s'il y a eu un « *rejet implicite né de son silence pendant une durée de deux mois* », ou si elle n'a pas « *exercé effectivement l'action demandée par le contribuable* » ²⁹³. Le contribuable dispose alors d'un délai de deux mois pour saisir le tribunal administratif, sauf prescription spéciale.

En application de l'article R.2132-1 du Code des collectivités locales, le silence du tribunal administratif à l'expiration de deux mois équivaut à une décision immédiate de rejet ²⁹⁴.

Il est à noter que le Conseil d'Etat concernant des faits de prise illégale d'intérêts et de détournement de biens publics, a considéré que dès lors que le maire d'une commune a fait part de son intention au procureur de la République, de se porter partie civile si des infractions pénales étaient constatées et faisaient l'objet de poursuites, et que le « *conseil municipal a ensuite adopté une délibération permettant la représentation de la commune* », ces éléments suffisent à ne pas considérer qu'il y a eu négligence dans la défense des intérêts de la commune ²⁹⁵.

Pour obtenir l'autorisation préalable, le contribuable doit déposer un « *mémoire détaillé* » devant le tribunal administratif. Celui-ci statue sous sa forme administrative et non juridictionnelle.

En cas de refus du tribunal, le contribuable peut se pourvoir devant le Conseil d'Etat dans le délai d'un mois. Ce dernier peut autoriser ou non la constitution de partie civile ²⁹⁶.

Si l'autorisation est accordée, elle ne vaut que pour une seule instance. Ainsi, s'il y a appel du jugement de première instance, le contribuable devra à nouveau demander l'autorisation au tribunal administratif, et cela vaut encore une fois s'il y a pourvoi devant la Cour de cassation.

Il est à noter que cette dernière a indiqué que « *la prescription est suspendue à l'égard de la partie civile jusqu'à la décision définitive autorisant le contribuable à plaider* » ²⁹⁷.

²⁹² CE, 28 juillet 2007, n° 282094, Monsieur Pierre-François A.

²⁹³ CE, 28 juillet 2007, n° 282094, précité

²⁹⁴ CE, 16 juin 2004, n° 262580, Madame Marie X.

²⁹⁵ CE, 30 avril 2007 n° 293161, commune de Woippy.

²⁹⁶ Pour cela, il peut prendre en considération les « *événements intervenus postérieurement* » à l'arrêt du tribunal administratif (CE 29 juillet 1994, n° 154682 – 154781, Monsieur Roger X.).

²⁹⁷ Cass. Crim., 3 décembre 2003, n° 03-82966

Le contribuable, dans la demande qu'il a adressée à la collectivité locale avant la saisine du tribunal administratif, n'a pas besoin d'invoquer sa qualité de contribuable de la collectivité, des lors qu'il a effectivement cette qualité²⁹⁸.

La position du juge administratif est délicate, car s'il considère qu'il lui appartient de s'interroger sur les chances de réussite d'une action portée devant le juge pénal, il lui faut également veiller à ce que cette action soit intentée dans l'intérêt matériel de la collectivité.

Ainsi, n'a pas un intérêt suffisant le maire qui a participé à la délibération du conseil municipal octroyant une subvention de 790 euros à une association dont il était le trésorier, alors que le personnel municipal a effectué des travaux dans une société où un adjoint municipal de cette même commune détient un quart du capital. En effet, *« le préjudice éventuellement subi à ces titres par la commune n'apparaît pas d'une importance telle que la constitution de partie civile envisagée puisse être regardée comme présentant un intérêt suffisant pour la commune »*.²⁹⁹

De la même façon, ne présente pas un intérêt suffisant l'action envisagée par un requérant qui se bornerait à soutenir qu'un immeuble appartenant à un syndicat mixte aurait été vendu à un prix dérisoire grâce à des faux en écritures, sans apporter aucun élément précis et chiffré à l'appui de ses allégations³⁰⁰.

Dans une affaire relative aux conditions d'attribution de la délégation de service public pour la reconstruction et l'exploitation de l'aquarium du Trocadéro, le Conseil d'Etat a estimé qu'il *« ne résulte pas de l'instruction que l'action envisagée par la SARL SOCRATE tendant au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile pour faux et usage de faux en écriture publique, faux en écriture de commerce, favoritisme et complicité de favoritisme, puisse présenter un intérêt suffisant pour la ville de Paris »*³⁰¹.

La Haute Juridiction administrative n'a pas non plus accepté la constitution de partie civile pour prise illégale d'intérêts en l'absence d'éléments permettant d'apprécier la consistance du préjudice allégué³⁰². Ou encore pour une plainte concernant le délit de favoritisme pour une commune, qui dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre a choisi un candidat qui ne respectait pas le prix plafond fixé dans le règlement, car aucun autre candidat n'a pu respecter ce plafond de prix³⁰³.

²⁹⁸ CE, 29 juillet 2002, n° 235143, Messieurs X. et Y.

²⁹⁹ CE, 9 novembre 2007, n°296743, commune de Puttelange-aux-Lacs

³⁰⁰ CE, 27 juillet 2005, n° 274148, Monsieur Louis X.

³⁰¹ CE, 26 octobre 2005, n° 278556, SARL SOCRATE

³⁰² CE, 6 février 2006, n° 276522, Monsieur X. et autres

³⁰³ CE, 23 mai 2001, n° 223345, Monsieur Florent X.

De même, lorsqu'une subvention est utilisée conformément à son objet, dont l'intérêt régional n'est pas contesté, l'absence de préjudice pour la région prive l'action d'un intérêt suffisant³⁰⁴.

Pareillement, un tribunal administratif ayant annulé la décision de la commune attribuant un marché, le recours fondé sur le délit de favoritisme contre cette décision ne présentait plus un intérêt suffisant³⁰⁵.

Néanmoins, le Conseil d'État a trouvé un intérêt suffisant à une plainte pour le délit de prise illégale d'intérêts à l'encontre d'un adjoint au maire en charge de l'urbanisme ayant participé au vote d'une révision du plan d'occupation des sols (POS) concernant des terrains dont il était propriétaire³⁰⁶.

Dans sa recherche des chances de succès d'une plainte, le juge administratif s'appuie sur plusieurs éléments.

Dans un premier temps, il examine la compétence de la juridiction que le requérant souhaite saisir. Il peut, ensuite, se fonder sur des décisions concernant la même affaire rendue par une juridiction de fond, comme une décision d'une chambre de l'instruction pour des faits de corruption active et passive³⁰⁷.

Mais il faut que la Collectivité ait un intérêt suffisant à agir, une plus-value hypothétique n'est pas un intérêt suffisant³⁰⁸.

Le juge peut également se fonder sur un rapport d'expertise, comme ce fut le cas dans une affaire de corruption passive où ce document faisait état d'une sous-évaluation des travaux privés exécutés en faveur d'un maire et compensée par des surfacturations dans des travaux publics réalisés au profit de la mairie³⁰⁹.

Le Conseil d'État exige l'existence d'éléments précis et chiffrés à l'appui des allégations du demandeur, comme l'illustre, par exemple, un arrêt concernant les délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts³¹⁰.

Le contribuable qui demande à agir au nom de la commune ne doit pas se limiter à faire état de simples soupçons, sans apporter d'éléments précis, à propos des infractions pénales qui auraient

³⁰⁴ CE, 29 juillet 2002, n° 235143, Messieurs X. et Y.

³⁰⁵ CE, 26 octobre 2005, n° 278556, SARL SOCRATE précité

³⁰⁶ CE, 3 octobre 2003, n° 253804, Monsieur Claude X.

³⁰⁷ CE, 29 juillet 1994. n°154682, 154781, Monsieur Roger X.

³⁰⁸ CE, 16 juin 2004, n° 262580, Madame Marie X.

³⁰⁹ CE, 23 mai 2001, n° 220214, commune de Fenouillet.

³¹⁰ CE, 27 juillet 2005, n° 274148 Monsieur Louis X.

pu être commises au détriment de la commune.³¹¹

Le juge peut aussi prendre en compte les délais de prescription.

Ainsi, le Conseil d'État a considéré que « à supposer même que le prix plus élevé acquitté par (une société d'économie mixte), puisse être regardé comme révélateur d'une prise illégale d'intérêts au détriment d'une commune, l'infraction était prescrite à la date à laquelle le requérant a demandé l'autorisation de plaider devant le tribunal administratif³¹² ». Dès lors, l'action envisagée était dépourvue de toute chance de succès.

274. En définitive, il apparaît que la constitution de partie civile par un contribuable est très encadrée, et répond à de nombreuses contraintes.

De telles exigences trouvent leur justification dans la volonté d'écarter les recours abusifs, émanant de contribuables mécontents des décisions prises par la collectivité ou reposant sur de simples motifs politiques.

On peut se demander, toutefois, si cette fonction de filtre conférée par la loi au juge administratif, et plus particulièrement l'appréciation qu'il porte sur les chances de succès des plaintes, ne conduit pas insidieusement ce dernier à empiéter sur les prérogatives dévolues aux autorités de poursuite pénale³¹³, et n'entre pas en contradiction avec la position de retrait généralement adoptée par les juridictions administratives vis-à-vis de la répression pénale.

La question de la suppression de ce dispositif peut donc être légitimement posée et débattue, sur le plan des principes mais aussi pour des raisons pratiques.

Le SCPC a, à plusieurs reprises, évoqué la difficulté, pour les citoyens, de saisir la justice en cas de suspicion de corruption dans les collectivités territoriales³¹⁴.

Il estime que la suppression de cette condition préalable d'autorisation délivrée par le tribunal administratif s'inscrirait dans une logique d'ouverture au citoyen et de transparence dans la lutte contre les atteintes à la probité, qui rejoint les recommandations de plusieurs organisations internationales. Cette suppression permettrait également de mettre un terme aux risques d'empiètement du juge administratif sur des compétences judiciaires, notamment le pouvoir d'appréciation sur l'opportunité des poursuites du procureur de la République.

³¹¹ CE, 29 juillet 2002, n° 239368, ville de Marseille, cite dans les tables du Recueil Lebon

³¹² CE, 21 juillet 2009, n° 320900, Madame Lucette A.

³¹³ Telles que prévues par l'article 40, alinéa 1 du Code de procédure pénale.

³¹⁴ Cf. par exemple le rapport du SCPC de 2008, p. 36 et suivantes.

SECTION II : LES RÈGLES DE RECHERCHE DE PREUVE

275. Dans la continuité d'une politique publique globale traduisant la résolution du Gouvernement à lutter de manière déterminée contre toutes les formes de fraudes et d'atteintes à la probité portant atteinte tant à la solidarité nationale qu'à l'exemplarité d'Administration, l'institution judiciaire s'est vue dotée d'instruments nouveaux permettant de faciliter la détection des infractions, de renforcer l'efficacité des poursuites et d'accroître le recouvrement des avoirs criminels qui en sont le produit.

Les lois relatives à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013 et la création de l'Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales (OCLCIFF) constituent les deux premiers volets de ce dispositif.

C'est dans leur prolongement que vient s'inscrire l'instauration du procureur de la République financier issue de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013.

Cette réforme structurelle vise à spécialiser le ministère public de façon à accroître l'efficacité de son action contre la fraude de grande complexité.

La création d'un procureur de la République spécialisé compétent sur toute l'étendue du territoire national modifie l'organisation judiciaire conçue pour lutter contre la grande délinquance économique et financière, et offre à l'institution judiciaire un dispositif global dont les mécanismes facilitent la mise en œuvre d'une politique pénale cohérente, coordonnée avec l'action de l'administration fiscale.

La transparence de la vie publique et le renforcement des moyens de lutte contre cette forme de délinquance et les paradis fiscaux constituent un enjeu de souveraineté et de redressement des comptes publics. La création du procureur de la République financier s'inscrit dans ce programme ambitieux de transparence démocratique et de lutte contre les circuits financiers frauduleux.

Paragraphe I : L'institution du Procureur de la République financier

276. Le Procureur de la République financier est rattaché au tribunal de grande instance de Paris et est placé hors hiérarchie. A l'instar des autres procureurs, il est nommé pour sept ans par le président de la République.

277. La création du parquet financier à compétence nationale a des conséquences sur l'organisation judiciaire.

Un nouvel article L.217-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose qu'est placé auprès du tribunal de grande instance de Paris, aux côtés du procureur de la République, un Procureur de la République financier dont les attributions sont fixées par le Code de procédure pénale.

Il est dérogé aux règles relatives à l'organisation et à la représentation du ministère public résultant des articles L.122-2 et L.212-6 dudit code. Le procureur de la République financier, en raison de ses fonctions particulières, exerce le ministère public seulement auprès du tribunal de grande instance de Paris où il est installé. La spécificité du procureur de la République financier par rapport au procureur de la République est affirmée en indiquant que les dispositions législatives du Code de l'organisation judiciaire concernant ce dernier ne lui sont, en principe, pas applicables.

L'article 38-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature est complété et ses dispositions sont désormais applicables au Procureur de la République financier près le tribunal de grande instance de Paris dans les mêmes conditions qu'au procureur de la République près le même tribunal (exercice des fonctions limité à sept ans et garanties d'affectation).

278. Le Procureur de la République financier a pour mission de tout mettre en œuvre pour que les juridictions et le nouveau parquet financier travaillent de concert au niveau national. Au niveau international, l'objectif est de faire exister ce nouveau parquet, de consolider les liens avec les homologues étrangers et de faire progresser la coopération pénale internationale.

Le nouveau parquet financier s'appuie sur des moyens humains, entièrement dédiés à la lutte contre la délinquance financière et la fraude fiscale.

Le Procureur de la République financier près le tribunal de grande instance de Paris, est assisté d'une équipe de magistrats spécialisés.

Le nouveau parquet financier dispose également de moyens juridiques propres. La loi du 6 décembre 2013, qui marque l'acte de naissance de cette institution, a tracé la feuille de route. Grâce à cette loi, le Procureur de la République financier et son équipe peuvent s'appuyer sur un ensemble de nouveaux dispositifs de lutte contre la délinquance financière et la fraude fiscale. Ce texte a été complété par la circulaire du 31 janvier 2014.

La loi du 6 décembre 2013 a renforcé la poursuite et la répression des infractions les plus graves et complexes en matière économique et fiscale : renforcement des pouvoirs d'enquête avec la possibilité d'utiliser des techniques spéciales d'enquête, création d'un renversement de la charge de la preuve en matière de blanchiment, protection renforcée des lanceurs d'alerte, amélioration des dispositions relatives à la coopération internationale en matière de saisies et de confiscations.

Cette lutte contre la délinquance financière apparaît indispensable car la corruption comme la fraude fiscale portent atteinte au pacte démocratique et à la collectivité toute entière.

A – LE CHAMP DE COMPÉTENCE DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE FINANCIER

279. Pour renforcer l'efficacité des poursuites pénales en matière d'atteintes à la probité et de fraude fiscale, le traitement des affaires d'une grande complexité a été confié à un Procureur de la République à compétence nationale concurrente, exerçant ses attributions près le tribunal de grande instance de Paris, assurant le ministère public devant les juridictions parisiennes du premier degré et ce sous l'autorité hiérarchique du procureur général près la Cour d'appel de Paris. Le traitement de certaines infractions économiques et financières de très haute technicité est confié à un interlocuteur unique doté d'une compétence spécialisée, gage d'une meilleure efficacité des poursuites ainsi diligentées de manière homogène sur l'ensemble du territoire.

Le Procureur de la République financier sera en particulier identifié comme un interlocuteur privilégié des services d'enquête nationaux et des autorités judiciaires étrangères. La mise en place d'un parquet financier autonome et bien identifié confèrera un cadre d'échanges stable et pérenne à l'entraide pénale internationale, gage d'efficacité et de célérité dans les échanges d'informations nécessaires à la lutte contre la corruption.

Il s'agit là d'une innovation majeure qui s'accompagne d'une réorganisation de l'architecture des autres juridictions spécialisées en matière économique et financière.

280. Concernant la compétence matérielle, le Procureur de la République financier dispose de trois niveaux de compétence :

- Il possède une compétence exclusive, jusqu’à présent dévolue au parquet de Paris, pour les délits boursiers. Il devient donc l’interlocuteur de l’Autorité des Marchés Financiers (AMF) pour toute communication de procès-verbaux ou réception de signalements.
- Il dispose d’une compétence concurrente à celle des tribunaux de grande instance de droit commun pour les infractions suivantes :
 - les délits de corruption d’agents publics étrangers prévus aux articles 435-1 à 435-10 du Code pénal, qui faisaient auparavant l’objet d’une compétence concurrente du tribunal de grande instance de Paris en application de l’ancien article 706-1 du Code de procédure pénale.
 - les délits de corruption privée et de corruption en matière de paris sportifs de grande complexité prévus aux articles 445-1 à 445-2-1 du Code pénal.
- Il bénéficie enfin d’une compétence concurrente à celle des juridictions inter-régionales spécialisées (JIRS) et des tribunaux de grande instance de droit commun pour les infractions suivantes :
 - les atteintes à la probité que sont la corruption dans le secteur public, le trafic d’influence, la prise illégale d’intérêts, le pantouflage, le favoritisme, le détournement de fonds publics et les délits d’obtention illicite de suffrage en matière électorale, lorsque les procédures apparaissent d’une grande complexité,
 - les escroqueries à la TVA lorsqu’elles apparaissent d’une grande complexité,
 - les délits de fraude fiscale complexe et de fraude fiscale commise en bande organisée,
 - le blanchiment de l’ensemble des infractions susvisées ainsi que l’ensemble des infractions connexes.

281. Concernant la compétence territoriale, le Procureur de la République financier est compétent pour connaître des infractions commises sur l’ensemble du territoire national. Lorsqu’ils sont saisis d’affaires relevant de la compétence du Procureur de la République financier, le juge d’instruction et les juridictions de jugement du tribunal de grande instance de Paris voient leur compétence étendue à l’ensemble du territoire national.

La détermination des critères de saisine du Procureur de la République financier constitue le préalable incontournable à la mise en œuvre d’une approche globale cohérente, nécessaire pour lutter efficacement contre les formes de délinquance économique et financière les plus complexes.

Dans la continuité de l'objectif de simplification des compétences en matière économique et financière, la loi du 6 décembre 2013, à travers le mécanisme de compétence concurrente, laisse aux juridictions une grande souplesse dans leur appréciation de la saisine du procureur de la République financier.

Néanmoins, malgré le critère de la grande complexité prévu par la loi, le Procureur de la République financier a par essence vocation à connaître des affaires susceptibles de provoquer un retentissement national ou international de grande ampleur.

Par ailleurs, compte tenu de son autonomie, de sa spécialisation, de ses moyens et de l'expertise dont il dispose, il a pleinement vocation à intervenir dans les affaires se distinguant par la complexité des montages financiers, la technicité de la matière, l'enchevêtrement des sociétés ou des structures impliquées, et, plus largement, lorsque le recours à un parquet hautement spécialisé est indispensable au bon déroulement des investigations et à une bonne administration de la justice.

Ces critères sont susceptibles d'apparaître lorsqu'est constatée la présence de multiples sociétés écrans ou de fiducies dans plusieurs pays considérés comme des paradis fiscaux, de « gérants de paille » remédiant à des interdictions de gérer, de circuits de blanchiment complexes, de « comptes taxis » ou d'organisation frauduleuse d'insolvabilité particulièrement aboutie.

Le Procureur de la République financier a vocation à saisir les services d'enquêtes spécialisés pour l'accomplissement de ses missions.

B – DES SERVICES D'ENQUÊTE SPÉCIALISÉS

282. Si l'information du Procureur de la République financier est un point essentiel de l'efficacité du nouveau dispositif, elle doit tenir compte des particularités du contentieux économique et financier.

En effet, outre les affaires révélées par la police et la gendarmerie, les signalements en la matière peuvent provenir de nombreux intervenants, qu'ils soient publics (Cour des comptes, Chambres régionales des comptes, Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP), Tribunal de commerce, Autorité des Marchés Financiers, Douanes, TRACFIN, administrations) ou privés (victimes, commissaires aux comptes, administrateurs ou mandataires judiciaires).

Compte tenu de sa compétence exclusive en matière de délits boursiers, les signalements de l'Autorité des Marchés Financiers lui seront adressés directement.

Les signalements de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique et de la Cour des comptes ont vocation à lui être transmis. Il apprécie sa compétence et les redirige le cas échéant vers les parquets territorialement compétents. Si ces derniers ou les procureurs de la République près les juridictions interrégionales spécialisées reçoivent directement ces signalements, ils en avisent systématiquement et sans délai le Procureur de la République financier.

Les plaintes pour fraude fiscale présentant une grande complexité ont par ailleurs vocation à lui être adressées par l'administration fiscale.

Concernant les autres intervenants, dans un souci de clarté et de simplification de transmission de l'information, il apparaît nécessaire que le parquet territorialement compétent demeure leur référent principal, sous réserve d'une appréciation au cas par cas.

Il convient néanmoins que les parquets veillent à une information systématique du Procureur de la République financier pour les affaires susceptibles de relever de sa compétence, afin qu'il puisse bénéficier d'une vision globale des enquêtes en cours sur l'ensemble du territoire. Le Procureur de la République territorialement compétent ou le procureur de la République près la Juridiction Inter Régionale Spécialisée (JIRS) informe donc *ab initio* et sans délai le procureur de la République financier de tous les signalements ou nouvelles enquêtes semblant relever de sa compétence (article 1741 du Code général des impôts et article L.228 du Livre des procédures fiscales nouveaux).

283. Lorsque le Procureur de la République financier est directement destinataire d'une plainte ou d'un signalement, il lui appartient d'apprécier sa compétence et de renvoyer le cas échéant ces éléments au procureur de la République territorialement compétent.

Par ailleurs, il veille à informer en temps utile les parquets locaux de l'existence d'une enquête qu'il dirige ou d'opérations qu'il diligente sur leur ressort, susceptibles d'entraîner un certain retentissement.

Le Procureur de la République financier a par nature vocation à saisir les services d'enquête spécialisés, qu'il s'agisse des directions interrégionales ou services régionaux de police judiciaire, de la sous-direction des affaires économiques et financières de la préfecture de police de Paris, des sections de recherche de la gendarmerie nationale ou du service national de douane judiciaire, le cas échéant avec l'appui des groupements d'intervention régionaux.

Il a également vocation à travailler avec les offices centraux de la direction centrale de la police judiciaire, comme l'Office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF), et plus particulièrement avec l'Office central de lutte contre la corruption et les

infractions financières et fiscales (OCLCIFF). Cet office, compte tenu de la nature même de ses missions, apparaît comme l'interlocuteur naturel du Procureur de la République financier auquel il adressera donc les affaires relevant de sa compétence telles que déjà évoquées.

Le Procureur de la République financier appréciera sa compétence et se dessaisira le cas échéant au profit des parquets territorialement compétents.

284. Le domaine de compétence de l'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales s'étend aux infractions en matière de droit pénal des affaires, à la fraude fiscale, aux atteintes à la probité, aux infractions en matière de financement de la vie politique, aux délits de fraude électorale lorsque les affaires sont ou paraissent d'une grande complexité, ainsi qu'au blanchiment de ces infractions et aux infractions qui leur sont connexes.

Il comprend la Brigade Nationale de Répression de la Délinquance Fiscale (BNRDF) et la Brigade Nationale de Lutte contre la Corruption et la Criminalité Financière (BNLCCF).

Cet office est chargé, dans son domaine de compétence, de mener des enquêtes judiciaires à la demande des autorités judiciaires ou d'initiative, d'assister, à leur demande, les services de la police nationale et les unités de la gendarmerie nationale dans le cadre des enquêtes qu'ils diligentent, d'animer et de coordonner, à l'échelon national et au plan opérationnel, les investigations de police judiciaire et les recherches, d'effectuer ou de poursuivre des investigations à l'étranger, de suivre et d'exploiter tout dispositif de signalements, et enfin, de recueillir et de centraliser tout renseignement ou information à des fins opérationnelles ou documentaires.

Les mécanismes de dessaisissement seront d'autant plus faciles à mettre en œuvre que l'échange d'informations entre les parquets concernés sera intervenu rapidement et de la manière la plus complète possible.

Les parquets généraux jouent un rôle central dans cette circulation de l'information indispensable au fonctionnement efficient du nouveau dispositif.

En effet lorsqu'un parquet est saisi de faits de nature économique et financière présentant un caractère de grande complexité, la question de la compétence du parquet de la juridiction inter-régionale spécialisée (article 704 nouveau du code de procédure pénale) et/ou du procureur de la République financier (article 705 nouveau du code de procédure pénale) peut se poser.

Pour éviter tout dysfonctionnement, il convient de veiller, d'une part, à un échange d'informations le plus en amont possible, et, d'autre part, au respect du principe de la double information lorsque plusieurs parquets (JIRS et Procureur de la République financier) sont susceptibles d'être compétents.

Paragraphe II : Les juridictions compétentes

285. Prenant acte du très petit nombre de dessaisissements au profit de pôles économiques et financiers au titre de l'article 704 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, la loi du 6 décembre 2013 les supprime. Cependant, elle a maintenu la possibilité de conserver certains pôles, eu égard aux spécificités territoriales de certains ressorts.

A – LA SUPPRESSION DES PÔLES ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS ET LA MODIFICATION DU CRITÈRE DE COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS INTER-RÉGIONALES SPECIALISÉES (JIRS)

286. La compétence des pôles, circonscrite aux infractions listées à l'article 704 du Code de procédure pénale dans les affaires de grande complexité, est transférée aux juridictions inter-régionales spécialisées qui possèdent désormais une compétence concurrente d'attribution pour l'ensemble des infractions visées à l'article 704 dans les affaires qui sont ou apparaîtraient de grande complexité.

La compétence des juridictions inter-régionales spécialisées en matière économique et financière est donc alignée sur le critère de la grande complexité applicable en matière de criminalité organisée (article 706-75 du Code de procédure pénale).

A titre transitoire, l'article 70 de la loi du 6 décembre 2013 prévoit que les juridictions spécialisées prévues par l'article 704 du Code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi demeurent compétentes, sans préjudice de la possibilité d'un dessaisissement au profit du Procureur de la République financier ou de la juridiction inter-régionale spécialisée si elle n'était pas encore saisie. Le législateur a donc privilégié un mécanisme de dessaisissement souple, visant à la fois à user pleinement de la nouvelle compétence du Procureur de la République financier, mais également à poursuivre le travail d'instruction ou d'enquête initié par le magistrat déjà saisi lorsque la procédure en cours est très avancée.

287. La circulaire du 31 janvier 2014 de politique pénale relative au Procureur de la République financier, précise les mécanismes de dessaisissement.

Pour les affaires nouvelles, si les faits objets de la saisine sont susceptibles de relever de la compétence du parquet de la JIRS, il appartient au parquet initialement saisi de signaler, de

manière systématique et sans délai, l'affaire ainsi susceptible de relever de la compétence du parquet de la JIRS au Procureur de la République de la JIRS.

Chacun de ces deux procureurs informe le procureur général dont il dépend.

Si les faits objets de la saisine sont susceptibles de relever de la compétence du seul Procureur de la République financier, il appartient au parquet initialement saisi de signaler, de manière systématique et sans délai, l'affaire au Procureur de la République financier. Chacun de ces deux procureurs informe le procureur général dont il dépend.

Si les faits, objets de la saisine, sont susceptibles d'intéresser à la fois le procureur de la République de la JIRS et le procureur de la République financier, il appartient au parquet initialement saisi de signaler, de manière systématique et sans délai, l'affaire au procureur de la République de la JIRS et au Procureur de la République financier. Chacun de ces trois procureurs informe le procureur général dont il dépend.

Lorsque le Procureur de la République financier ou le procureur de la République de la JIRS souhaite se saisir d'une affaire dont il a été ainsi avisé, il en informe le parquet territorialement compétent qui pourra se dessaisir à son profit.

En tout état de cause, à défaut d'accord entre les parquets de première instance, il revient aux procureurs généraux de se concerter pour déterminer la juridiction compétente.

Ce dispositif d'alerte, qui ne préjuge en rien de la saisine ultérieure éventuelle de la juridiction spécialisée, facilitera les échanges si la question d'un dessaisissement devait se faire plus pressante. Il permettra également au Procureur de la République financier d'avoir une vision globale des enquêtes en cours de nature à permettre d'éventuels recoupements dans un souci d'efficacité de la lutte contre une délinquance présentant par essence de multiples ramifications.

Pour les affaires en cours, les procureurs de la République sont invités à faire l'inventaire, au sein de leurs portefeuilles d'affaires en cours, des dossiers susceptibles de relever de la compétence du Procureur de la République financier et à l'en aviser.

Chaque procureur informera le procureur général dont il dépend qui, en cas de difficulté, informera le procureur général près la Cour d'appel de Paris.

Si le Procureur de la République financier souhaite se saisir de ces dossiers, il en informera le parquet territorialement compétent qui pourra se dessaisir directement des enquêtes préliminaires ou prendre, pour les informations en cours, des réquisitions de dessaisissement.

S'agissant des affaires en cours d'information au Tribunal de Grande Instance de Paris, pour les affaires instruites par des juges d'instruction qui ne seront pas habilités par le premier

président, le procureur de la République de Paris prendra des réquisitions de dessaisissement au profit des magistrats spécialement désignés par ce dernier.

Pour les affaires d'ores et déjà instruites par les magistrats spécialement désignés par le premier président, le procureur de la République de Paris informera le juge d'instruction que le dossier sera désormais suivi par le Procureur de la République financier. Cette information s'effectuera par voie de « soit transmis » adressé en copie au Procureur de la République financier. En effet, il n'y a pas lieu de prendre des réquisitions de dessaisissement dans la mesure où le juge d'instruction ne change pas.

Dans cette hypothèse le greffier du magistrat instructeur avise les parties que le parquet compétent est désormais celui du Procureur de la République financier.

Pour les infractions connexes, le Procureur de la République financier est compétent pour connaître des infractions connexes aux délits relevant de sa compétence exclusive comme de sa compétence concurrente.

Dans le cas d'infractions connexes aux délits boursiers relevant de sa compétence exclusive, le Procureur de la République financier apprécie sa compétence et l'opportunité d'une disjonction.

Dans le cas d'infractions connexes aux délits relevant de sa compétence concurrente, le Procureur de la République financier a vocation à se saisir des affaires dans lesquelles ces infractions occupent une place centrale, sous réserve d'une appréciation au cas par cas et de l'opportunité d'une disjonction dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Pour les plaintes avec constitution de partie civile, dans l'hypothèse dans laquelle une plainte avec constitution de partie civile serait déposée auprès du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris concernant des faits qualifiés de délinquance économique et financière de grande complexité par le plaignant, le procureur de la République de Paris ou le Procureur de la République financier saisi par le juge d'instruction pour réquisitions sur cette plainte vérifie si les faits relèvent de sa compétence.

Dans le cas contraire, il prend attache avec son homologue afin d'apprécier avec ce dernier lequel a vocation à suivre cette procédure. Toute difficulté est portée à la connaissance du procureur général près la Cour d'appel de Paris qui désigne le procureur de la République compétent.

Le procureur de la République ou le Procureur de la République financier initialement saisi prend des réquisitions sur le fond s'il retient sa compétence ou informe le juge d'instruction de ce qu'il a transmis la procédure à son homologue.

B – LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE COMPÉTENCE

288. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, conformément au nouvel article 705-4 du Code de procédure pénale, il appartient au procureur général de Paris, en concertation avec les autres procureurs généraux, d'animer et de coordonner la conduite de la politique d'action publique pour l'application des dispositions relatives au Procureur de la République financier.

A l'instar du dispositif prévu à l'article 35 du Code de procédure pénale, il revient aux seuls procureurs généraux de résoudre les éventuels conflits de compétence qui pourraient se présenter.

Il conviendra donc de retenir la compétence du parquet et de la juridiction dont la spécialisation, les effectifs et les moyens paraîtront les plus adaptés à un traitement efficace de la procédure. L'appréciation de l'opportunité d'un dessaisissement et sa mise en œuvre relèvent ainsi du dialogue naturel entre les parquets et le(s) parquet(s) général(ux) concerné(s).

A défaut d'accord entre le procureur de la République territorialement compétent et le Procureur de la République financier, les parquets généraux concernés devront se concerter afin de s'entendre sur la juridiction à désigner.

Si le parquet territorialement compétent dépend du parquet général de Paris, il revient au seul procureur général de Paris de désigner la juridiction compétente.

Ainsi que cela a déjà été indiqué dans la circulaire du 31 janvier 2014 relative à l'application de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, en cas de désaccord entre parquets généraux, dont il sera rendu compte à la Direction des affaires criminelles et des grâces, cette dernière, d'initiative ou ainsi alertée, organisera le dialogue entre les différents procureurs généraux concernés, en apportant tous les éléments d'information et les analyses juridiques en sa possession de nature à les éclairer sur la solution lui apparaissant la plus conforme à une bonne administration de la Justice.

Dans le cadre de l'information judiciaire, en cas de dessaisissement en cours d'information judiciaire au profit du Procureur de la République financier, la loi du 6 décembre 2013 a prévu un mécanisme similaire à celui prévu en matière de dessaisissement d'une juridiction au profit d'une juridiction inter-régionale spécialisée.

Sur réquisitions du procureur de la République, le magistrat instructeur saisi prend, après avis et observations des parties, une ordonnance de dessaisissement au profit du juge d'instruction de Paris. Cette ordonnance est susceptible de recours devant la Chambre criminelle de la Cour

de cassation. Celle-ci peut être saisie directement en cas de non-réponse du magistrat instructeur saisi dans le délai d'un mois suivant l'avis fait aux parties des réquisitions du procureur de la République aux fins de dessaisissement.

En cours d'information judiciaire, il incombe donc à la chambre criminelle de la Cour de cassation de désigner le juge d'instruction compétent.

Après cette étude de la répression des atteintes à la probité, il convient à présent d'en examiner les conséquences.

TITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA RÉPRESSION

289. Le trentième anniversaire de la loi dite « *Le Pors* » du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a été l'occasion, pour le Gouvernement, de réaffirmer les principes inhérents à la fonction publique française. Ce dernier a rappelé l'apport essentiel pour la France que constitue une fonction publique de carrière aux valeurs consacrées, à la déontologie renforcée et aux garanties renouvelées pour les agents.

La ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, Marylise LEBRANCHU, a présenté le 17 juillet 2013 en Conseil des ministres, un projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

En modifiant, par ce projet de loi, le Statut général des fonctionnaires, le Gouvernement exprime son attachement à notre système de fonction publique.

Trente ans après la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, le Statut général reste en effet le cadre juridique le plus adapté pour concilier l'affirmation des principes fondateurs d'une fonction publique de carrière avec les besoins sans cesse renouvelés du service public. Il constitue un gage de continuité et de cohésion au service des collectivités publiques et des citoyens.

Depuis l'année 1983, en effet, les droits et obligations des fonctionnaires, qui fondent la spécificité de leur statut, n'ont pas été révisés de façon globale. Or, les nombreuses évolutions qui ont transformé la sphère publique nécessitent de réaffirmer aujourd'hui les valeurs qui guident l'action publique, et de répondre au besoin des agents et des citoyens de redonner du sens au service public.

En consacrant l'exemplarité des fonctionnaires dans l'exercice quotidien de leurs missions au service de l'intérêt général, et en reconnaissant les valeurs portées par la fonction publique, ce projet exprime également la confiance que le Gouvernement porte aux agents publics.

La proclamation des valeurs fondamentales de la fonction publique, le renforcement du cadre juridique relatif à la déontologie et aux règles de cumuls ainsi que la modernisation des règles de mobilité des agents publics forment un ensemble cohérent de dispositions qui illustre la vision d'une fonction publique de qualité, dotée de règles statutaires clarifiées et d'une approche déontologique renforcée.

Tel est le sens de ce projet de loi qui renforce significativement la place des valeurs de la fonction publique et les dispositifs applicables en matière de déontologie, actualise les obligations et les garanties fondamentales accordées aux agents, et inscrit dans le Statut général

les premiers acquis de l'action du Gouvernement en faveur de l'exemplarité des employeurs publics.

L'article 9 de ce projet de loi modifie l'intitulé du chapitre IV du titre I^{er} du statut général, qui devient « *Des obligations et de la déontologie* », et comprend des dispositions de coordination sur le champ d'application des dispositions de ce chapitre, notamment avec les dispositions de la loi relative à la transparence de la vie publique, et avec celles de l'article L.1451-1 du Code de la santé publique.

En résumé, outre des avancées liées à une reconnaissance des valeurs fondamentales de la fonction publique et à la mise en place d'une véritable stratégie de prévention des situations de conflit d'intérêts dans l'Administration, ce texte comporte une série d'avancées qui illustrent la recherche d'un meilleur équilibre entre les droits et les obligations des fonctionnaires et notamment en matière de protection fonctionnelle et de garanties disciplinaires.

Aussi, au-delà des principes énoncés par le Statut général, il s'agit de compléter ce socle juridique par l'affirmation de valeurs communes de la fonction publique, qui guident l'action de l'Administration, et qui tiennent compte des évolutions de la société.

Des dispositions pour la rationalisation du rôle du Conseil commun de la fonction publique sont également prévues afin d'améliorer le dialogue social inter-fonctions publiques.

La ministre de la décentralisation et de la fonction publique, Madame Marylise LEBRANCHU, a présenté une lettre rectificative au projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires en Conseil des ministres du 17 juin 2015.

Le projet de loi rectifié relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires comporte désormais vingt-cinq articles au lieu de cinquante-neuf précédemment. Il est recentré sur les valeurs fondamentales de la fonction publique et le renforcement de la déontologie des agents publics.

Ainsi modifié, le projet de loi ajoute le devoir d'intégrité aux obligations d'impartialité, de dignité et de probité dans le respect desquels tout agent public doit exercer ses fonctions.

Il prévoit en particulier que tout agent public doit exercer ses fonctions dans le respect du principe de laïcité, en s'abstenant de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses opinions religieuses et en traitant de façon égale toutes les personnes, dans le respect de leur liberté de conscience et de leur dignité.

Afin de développer au sein des administrations des démarches de prévention en matière de déontologie, le projet de loi investit les chefs de service de la responsabilité de faire connaître

et de faire respecter les nouvelles règles déontologiques. Il crée également la fonction de « *réfèrent déontologue* », dont la mission sera d'apporter aux agents tout conseil utile au respect des principes déontologiques.

Il habilite, par ailleurs, le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnances certaines mesures statutaires concernant les affectations et les positions des fonctionnaires en vue d'une simplification. Il comporte également une habilitation à transposer par ordonnance le cadre juridique de la déontologie des membres du Conseil d'État, des magistrats de la juridiction administrative, des magistrats et personnels de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes.

Ce projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires visant à consacrer le devoir de probité, rappelle que les personnes exerçant une fonction publique se doivent d'être exemplaires afin d'éviter l'engagement de leurs responsabilités pénale et disciplinaire.

CHAPITRE 1 :

LES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE

DE L'AGENT PUBLIC

290. L'article 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ».

La faute donnant lieu à sanction peut consister en un manquement aux obligations légales ou en un agissement constituant en même temps une faute pénale.

Il résulte de cet article que les sanctions disciplinaires et les peines sont cumulables.

Ces peines s'inscrivent dans le cadre de la responsabilité pénale.

S'il semble évident d'affirmer que le juge administratif n'est pas, par définition, le juge de la répression pénale, il joue néanmoins un rôle dans le traitement des atteintes à la probité.

En effet, le juge administratif est conduit, régulièrement à prononcer des décisions qui, de près ou de loin, ont un lien avec des affaires de corruption ou avec d'autres infractions qui leur sont associées, et ce, qu'il intervienne comme juge de la légalité, ou en qualité de juge de la responsabilité, et qu'il soit saisi sur le fond ou en urgence en référé.

Il est important de souligner que l'approche des atteintes à la probité qui a été retenue est principalement celle du droit pénal.

Or, la notion de probité telle qu'elle est dégagée par le juge administratif ne revêt pas exactement pour ce dernier la même signification ni la même portée que celles qui lui sont reconnues par le juge répressif.

Pour le juge administratif, la probité fait d'abord partie, au même titre que la neutralité, le devoir de réserve (...), des obligations qui s'imposent en toutes circonstances à l'ensemble des agents publics³¹⁵.

Pour le juge pénal, en revanche, la probité se définit par rapport à ses dérives, à sa pathologie. Les atteintes à la probité ne sont sanctionnées que dans des circonstances et pour des comportements bien particuliers.

³¹⁵ Le juge administratif rappelle régulièrement le caractère absolu dans son principe de « *l'obligation d'intégrité* » (CE, 28 juin 1999, no 178530, Min. Intérieur C./ Stasiak) ainsi que la « *probité de la gestion* » qui s'impose aux agents publics (cf. par ex. : CE 27 juin 2005, no 237969, Novou) cités par C. Vigoureux dans « *Déontologie des fonctions publiques* » (Dalloz, 2006).

Cette distinction explique notamment que, à partir d'un même concept, les deux ordres de juridictions tirent, dans leurs champs de compétences respectifs, des conséquences qui peuvent être différentes³¹⁶.

Une atteinte à la probité au sens du droit pénal est rarement, à elle seule, un moyen d'annulation d'un acte administratif. Pour le juge administratif, elle ne constitue, la plupart du temps, qu'un élément d'appréciation parmi d'autres.

Au-delà de ces aspects procéduraux, la question se pose du champ de compétence du juge administratif et des modalités de son intervention dans le domaine des atteintes à la probité.

Si le juge administratif n'est pas directement le juge de la répression, il est, de manière incidente, confronté à des actes ou des opérations qui ont conduit à des pratiques délictueuses ou, à l'inverse, en sont le résultat.

Aborder le rôle joué par le juge administratif dans le domaine des atteintes à la probité revient donc, dans un premier temps, à s'interroger sur son positionnement vis-à-vis du juge pénal et à chercher à savoir s'il y a un recoupement des champs de compétence des deux ordres et, si à partir des mêmes faits, des échanges, une coopération s'établissent entre le juge judiciaire et le juge administratif, ou bien, à l'inverse, si les frontières sont étanches et s'il existe une stricte séparation des missions entre les deux ordres.

Le juge administratif s'est aménagé une sphère de compétence qui lui est propre et a affirmé son autonomie vis-à-vis du traitement des atteintes à la probité par le juge pénal.

S'agissant des modalités d'intervention, le juge administratif n'intervient pas pour réprimer des comportements mais pour sanctionner des actes administratifs, et éventuellement en tirer les conséquences sur le plan de la responsabilité des personnes publiques.

La question est alors de savoir si, lorsqu'il intervient comme juge de la légalité ou juge de plein contentieux, le juge administratif raisonne indépendamment du contexte pénal des affaires qu'il a à traiter ou s'il tire certaines conséquences des pratiques délictueuses qui ont été commises à cette occasion.

Le juge administratif fait preuve de singularité, d'une certaine distanciation dans l'appréciation qu'il porte sur les atteintes à la probité. Cependant ces atteintes sont susceptibles d'avoir une influence sur l'issue des contentieux administratifs, mais à des degrés divers.

³¹⁶ Ainsi, dans le domaine de la commande publique, la démonstration du non-respect des principes-à valeur constitutionnelle- de liberté d'accès et d'égalité des candidats conduit de facto à l'annulation de la procédure ou du marché par le juge administratif, mais doit, pour permettre la condamnation de l'acheteur pour délit de favoritisme (article 432-14 du Code pénal) s'accompagner de la démonstration de *l'élément intentionnel*.

Le juge administratif considère, dans les affaires traitées simultanément par les deux ordres de juridiction, que son intervention n'est pas subordonnée à celle du juge pénal.

Ainsi, par exemple, dans une affaire de favoritisme, une cour administrative d'appel a estimé que *« l'examen par le juge administratif de la décision par laquelle une commission d'appel d'offres attribue un marché à une entreprise n'est pas subordonné à la décision du juge pénal statuant sur la plainte pour délit de favoritisme déposée par la société évincée à l'encontre de la collectivité publique ; que, par suite, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer sur les conclusions de la requête dans l'attente d'une décision définitive du juge pénal relative à la plainte pour délit de favoritisme déposée par la compagnie requérante auprès du doyen des juges d'instruction près le tribunal de première instance de Nouméa »*³¹⁷.

Par ailleurs, le juge administratif estime *« qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il statue au contentieux, de faire application du second alinéa de l'article 40 du Code de procédure pénale »*³¹⁸.

Les juridictions administratives ne s'estiment en effet pas, dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, liées par l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale qui dispose : *« 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 »*.

Le raisonnement qui sous-tend cette position tient en deux points³¹⁹ :

- l'obligation de dénonciation doit être conciliée avec l'exercice des attributions légales et réglementaires de l'administration ou de l'autorité en cause ;
- dans certains cas, le niveau de la norme constitutive de cette autorité ou sa spécificité vont jusqu'à exclure l'application des dispositions générales de l'article 40 : tel est le cas du Conseil constitutionnel statuant comme juge électoral, dont les pouvoirs sont définis par la Constitution et par la loi organique, et du juge administratif dont la procédure obéit à des dispositions spécifiques³²⁰.

Cette non-application de l'article 40 par le juge administratif est discutable car au plan juridique, l'article 40 du Code de procédure pénale est une disposition à caractère général.

³¹⁷ CAA. de Paris, 26 juin 2007, n° 04PA02804

³¹⁸ Cf. par exemple CE 16 novembre 2007, Confédération nationale des éducateurs sportifs et salariés du sport.

³¹⁹ Tel qu'il a été rappelé notamment par le commissaire du Gouvernement Combexelle dans ses conclusions sous la décision de Section du 27 octobre 1999, Solana, RFDA, juillet-août 2000, p. 825.

³¹⁹ Première application jurisprudentielle : CE 25 octobre 1991, Le Foll.

³²⁰ Première application jurisprudentielle : CE 25 octobre 1991, Le Foll.

Exclure de son application les juridictions administratives repose sur une interprétation extrêmement stricte de la notion d'« *autorités constituées* ».

Il pourrait être remédié à cette situation par l'inclusion dans le Code de la justice administrative d'une disposition semblable au deuxième alinéa de l'article 40 du Code de procédure pénale prévoyant, pour chacun des degrés de juridiction administrative, la transmission d'office au parquet judiciaire des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale.

Le respect absolu de l'autorité de la chose jugée s'applique au juge administratif.

Une jurisprudence constante du Conseil d'Etat reconnaît une autorité absolue aux jugements rendus par le juge pénal³²¹. On rappellera que l'autorité absolue n'est reconnue qu'aux décisions de jugement, ce qui englobe notamment le tribunal de police, le tribunal correctionnel et la Cour d'assises.

Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée en matière pénale ne s'attache qu'aux décisions des juridictions de jugement qui statuent sur le fond de l'action publique ; tel n'est pas le cas des ordonnances de non-lieu que rendent les juges d'instruction, quels que soient leurs fondements³²².

Pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, il faut cependant que les énonciations et constatations du juge répressif fassent état d'une certitude.

Par exemple, la constatation de faits de trafic d'influence par le juge judiciaire ne peut être discutée devant le juge administratif³²³. En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Nantes a estimé que « *l'autorité qui s'attache à la constatation des faits par le juge pénal s'oppose à ce que la réalité des faits mentionnés puisse être discutée devant le juge administratif* ».

On observera que le respect de l'autorité de la chose jugée ne porte pas seulement sur le sens de la décision mais également sur les circonstances de l'espèce.

Ainsi, dans une affaire de recel de biens provenant d'actes de corruption active et passive, et qui avait fait l'objet d'une condamnation par un tribunal correctionnel, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel, la Cour administrative d'appel de Paris a considéré : « *qu'en vertu de l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux faits constatés par le jugement M. X. a reçu en 1993 une somme de 600 000 F qu'il a versée le 5 avril 1993 sur son compte bancaire et en 1995 une somme de 2 000 000 F ; que l'administration apporte ainsi la preuve, qui lui incombe, de*

³²¹ Arrêt de principe : CE, Vesin, 12 juillet 1929 (Section, Lebon 716, concl. Latournerie, note Waline).

³²² CE, 30 janvier 2008, no 279412, Monsieur Yves, CAA de Marseille, 27 juin 2000, n° 99 MA00711, n° 99 MA00727, no 99 MA00728

³²³ CAA de Nantes, 3 mai 2001, n° 97NTO2429 et n° 98NTO2537

l'appréhension par le contribuable de ces sommes imposées dans la catégorie des bénéfices non commerciaux ». ³²⁴

Cependant, l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache aux décisions des juges répressifs doit pouvoir se concilier avec l'indépendance des procédures administratives et répressives.

On rappellera que cette indépendance, qui a été consacrée par la Cour européenne des Droits de l'homme ³²⁵, s'applique aussi bien aux conditions de mise en œuvre de la procédure administrative qu'à son régime procédural.

L'autonomie des procédures justifie par exemple que l'autorité qui s'attache aux décisions du juge judiciaire ne porte que sur les constatations de fait contenues dans leur jugement et qui sont le support nécessaire du dispositif dudit jugement.

Ainsi, le jugement d'un tribunal de grande instance condamnant un conseiller municipal pour prise illégale d'intérêts à une amende, ne fait pas obligation au juge administratif de constater l'illégalité de la délibération à l'occasion de laquelle ces faits ont été commis ³²⁶.

De même, un arrêt de Cour d'appel qui, pour statuer sur la culpabilité d'une personne poursuivie pour délit de concussion, fait état des agissements d'une autre personne, n'est revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée qu'en ce qui concerne la responsabilité pénale de la personne poursuivie. Les constatations du juge pénal concernant le comportement de la seconde personne, contre laquelle les poursuites n'étaient pas engagées, n'emportent aucune appréciation qui s'impose au juge administratif ³²⁷.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 relative au Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié, a déclaré non conforme à la Constitution le cumul de poursuites disciplinaires et pénales en matière boursière.

Cependant, cette décision est sans incidence sur le cumul des poursuites pénales et disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires, compte tenu de l'existence de deux ordres de juridictions distincts.

³²⁴ CAA. de Paris, 3.juin.2009, n° 07PA03719.

³²⁵ CEDH 13 sept. 2007, *Moulet c./France*, req. N° 27521/04.

³²⁶ CAA de Nantes, 28 juin 2007, n° 06NT00094

³²⁷ CE, 29 novembre 1999, n° 179624 et n° 188976, Mme veuve Antoine Wach, publié au Recueil Lebon.

SECTION I: LE CUMUL DES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE

291. Le Code pénal prévoit plusieurs infractions propres aux agents publics, parmi lesquelles figurent les manquements au devoir de probité.

En cas d'atteinte à la probité, l'agent public peut voir engagée sa responsabilité pénalement et disciplinairement.

Trois éléments doivent être réunis pour que la faute disciplinaire puisse être retenue à l'encontre d'un fonctionnaire. La faute doit avoir été commise à l'occasion du service. Elle doit constituer un manquement à une obligation professionnelle. Elle doit être établie et non présumée.

La sanction ne peut être rétroactive. Plusieurs sanctions ne peuvent être prononcées pour les mêmes faits. La sanction doit être motivée. Elle doit être proportionnée à la faute commise.

Les sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées sont réparties en groupes :

Groupe 1 - avertissement, blâme

Groupe 2 - radiation du tableau d'avancement, abaissement d'échelon, exclusion temporaire des fonctions (15 jours maxi), déplacement d'office

Groupe 3 - rétrogradation, exclusion temporaire (3 mois à 2 ans)

Groupe 4 - mise à retraite d'office, révocation

L'article 28 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, modernise l'échelle des sanctions et l'harmonise entre les trois versants de la fonction publique en créant un nouvel article 19 *bis* dans la loi du 13 juillet 1983 précitée qui se substitue aux dispositions prévues dans les titres II, III et IV du Statut général.

Il améliore la gradation des sanctions disciplinaires en harmonisant le régime de l'exclusion temporaire de fonctions, en créant une nouvelle sanction (radiation de la liste d'aptitude établie après avis de la commission administrative paritaire), et en précisant la portée des sanctions existantes. Il oblige l'autorité investie du pouvoir de nomination à statuer dans un délai maximal de deux mois à compter de l'avis rendu par le conseil de discipline.

Au demeurant, le projet de loi reporte le délai à l'issue duquel le blâme cesse d'être mentionné dans le dossier de trois à deux ans.

Des dispositions transitoires sont prévues pour encadrer les procédures disciplinaires engagées préalablement à l'entrée en vigueur de la loi et dans le cadre desquelles le conseil de discipline a proposé une sanction prévue par des dispositions antérieures. [...].

Cette réforme s'inspire des conclusions de la mission de réflexion relative à la protection fonctionnelle des policiers et des gendarmes (2012), dont certaines propositions peuvent ainsi être utilement étendues à l'ensemble des agents publics.

Dans un souci de simplification normative, l'article 26 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires supprime la possibilité du détachement d'office dans le titre II du Statut général des fonctionnaires. En effet, cette disposition jusqu'alors propre aux seuls fonctionnaires de l'Etat n'était que peu utilisée.

292. La responsabilité pénale peut être retenue à l'encontre d'un responsable déterminé ayant pouvoir de décision, délégation de pouvoir pour veiller au respect des règles, mais aussi de chaque fonctionnaire en fonction des missions, de la connaissance, et des moyens dont il dispose au regard des circonstances de la situation dommageable.

La répression pénale qui résulte de la responsabilité pénale ne se confond pas avec la répression disciplinaire.

293. La répression disciplinaire et la répression pénale s'exercent distinctement. Un même fait peut justifier à l'encontre de la même personne une sanction pénale et une sanction disciplinaire.

L'autorité investie du pouvoir disciplinaire n'est pas liée par la décision intervenue au pénal, sauf en ce qui concerne la constatation matérielle des faits.

La responsabilité pénale intervient dans un domaine bien précis. Il faut que l'agent public ait commis une infraction pénale.

La responsabilité pénale est engagée lorsqu'un agent public commet une infraction définie au Code pénal.

Dans ce cas, il ne s'agit plus de faute de service ou de faute personnelle, mais de contravention, de délit ou de crime selon la gravité des faits. L'agent public auteur d'une infraction doit répondre seul des conséquences de ses actes en supportant personnellement la condamnation pénale.

La faute pénale n'est pas transférable et son auteur ne peut se retourner vers un tiers pour se couvrir de son manquement à la loi pénale aux seules fins d'échapper à la poursuite et à la sanction.

Paragraphe I : La nécessité de l'existence d'une faute

294. La responsabilité pénale d'un fonctionnaire, engagée pour des infractions commises dans le cadre de sa vie privée ou professionnelle, a des incidences sur sa vie professionnelle. Il peut être passible d'une sanction disciplinaire en raison de l'atteinte portée à la réputation de l'Administration.

Le Code pénal comporte un corpus spécifique d'incriminations liées à l'administration de la chose publique et pouvant intervenir à l'encontre des fonctionnaires pour des faits dont ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions : abus d'autorité, discrimination, manquements au devoir de probité, faux, etc.

La responsabilité pénale du fonctionnaire ne peut être engagée qu'en cas de faute pénale.

A - LA FAUTE PÉNALE

295. L'infraction peut être définie comme un comportement strictement interdit par la loi pénale et sanctionné par une peine prévue par celle-ci. On distingue trois catégories d'infractions dont la nature détermine la sanction qui lui est applicable : la contravention, le délit et le crime.

La faute pénale est nécessairement définie, eu égard à la règle essentielle en la matière, « *nullum crimen sine lege* », qui subordonne l'existence d'une infraction à celle du texte de niveau législatif qui la prévoit.

La faute suppose que l'acte incriminé soit matériellement illicite, d'où résulte la culpabilité, et qu'il soit imputable à l'auteur, condition de l'imputabilité.

La culpabilité résulte de la violation d'une prescription légale, ou bien tout simplement du fait que l'auteur du méfait ne s'est pas comporté comme un homme très diligent. L'auteur du méfait est en faute lorsqu'il a agi comme il ne devait pas le faire, soit qu'il ait commis un acte illicite (faute de commission), soit qu'il se soit abstenu de faire ce qu'il devait faire (faute d'omission).

L'imputabilité est l'élément spécifique de la faute, puisqu'il n'y a de faute que si l'on peut reprocher à l'auteur d'avoir agi comme il l'a fait en toute conscience. Cela suppose que l'auteur ait la faculté de discernement et la liberté d'agir.

La règle « *nulla poena sine lege* » qui vaut pour le droit pénal concerne également le droit disciplinaire.

Le principe, posé en la matière par le Conseil d'Etat³²⁸, est reconnu par le Conseil constitutionnel comme principe à valeur constitutionnelle³²⁹.

296. Le Tribunal des conflits rappelle qu'une faute pénale n'est pas nécessairement une faute personnelle.³³⁰

Une faute personnelle est une faute qui, eu égard à sa nature, aux conditions dans lesquelles elle a été commise, aux objectifs poursuivis par son auteur et aux fonctions exercées par celui-ci est d'une particulière gravité.

En effet, jusqu'en 1935, l'infraction pénale commise dans le service était l'archétype de la faute personnelle. Le Tribunal des conflits va faire évoluer l'état du droit en posant le principe selon lequel une infraction pénale peut être constitutive d'une faute de service engageant la seule responsabilité de l'Administration.

En l'espèce, un cycliste (Monsieur THEPAZ) a été renversé par un camion militaire dont le conducteur a fait l'objet d'une condamnation pénale pour homicide involontaire commis lors d'une manœuvre de dépassement. Le Tribunal des conflits a estimé, pour la première fois, que la commission par un agent d'une faute de service pouvait engager, d'une part, la responsabilité pénale personnelle dudit agent et, d'autre part, la responsabilité de la personne publique pour la réparation du préjudice subi par la victime.

*« Considérant que, dans les conditions où il s'est présenté, le fait imputable à ce militaire dans l'accomplissement d'un service commandé, n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions ; que, d'autre part, la circonstance que ce fait a été poursuivi devant la juridiction correctionnelle, en vertu des dispositions du nouveau code de justice militaire sur la compétence, et puni par application de l'article 320 du code pénal ne saurait, en ce qui concerne les réparations pécuniaires, eu égard aux conditions dans lesquelles il a été commis, justifier la compétence de l'autorité judiciaire, saisie d'une poursuite civile accessoirement à l'action publique. »*³³¹

En cas de faute pénale mais non personnelle, si l'action publique reste du domaine exclusif des juridictions pénales, l'action civile devra donc être portée devant les juridictions administratives.

³²⁸ CE 11 mars 1932 Hirigoyen Rec. CE, p. 255

³²⁹ Décis. Cons. Const. N° 88-248 DC du 17 janv. 1989, Rec. Cons. Const. P. 18, RD publ. 1989. 464, RFD adm. 1989. 215, note Genevois

³³⁰ Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, Thépez, requête numéro 00820, rec.p.1224

³³¹ TC 14 janvier 1935 Thépez Rec. 224 et GAJA n° 46 ; Crim. 23 avril 1942 Leroutier D. 1942.1.137 note M. Waline ; TC 19 octobre 1998 Préfet du Tarn c/ Cour d'appel de Toulouse Rec. 822

La Cour de cassation a, dans le sens de la jurisprudence THEPAZ, estimé qu'une infraction pénale pouvait constituer une faute de service³³².

En conséquence, les faits reprochés à un fonctionnaire peuvent constituer une contravention ou un délit, tout en restant une faute de service.

B - LA FAUTE DISCIPLINAIRE

297. Les fonctionnaires ont des droits mais aussi des obligations qu'ils doivent respecter. En cas de faute ou de manquement à une obligation, ils s'exposent à des sanctions disciplinaires de l'employeur, sous le contrôle du juge administratif.

La faute disciplinaire n'est en général pas prédéfinie, même si certains textes législatifs ou réglementaires identifient explicitement certains comportements comme constitutifs de fautes disciplinaires.

L'article 43 du Statut de la magistrature définit la faute disciplinaire comme : « *tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité* ».

D'une manière générale, il y a faute disciplinaire chaque fois que le comportement d'un fonctionnaire entrave le bon fonctionnement du service ou porte atteinte à la confiance du public à l'égard de l'Administration.

Il peut s'agir d'une faute purement professionnelle, mais également d'une faute commise en dehors de l'activité professionnelle (cas du comportement incompatible avec l'exercice des fonctions, ou du comportement portant atteinte à la dignité de la fonction).

C'est l'autorité territoriale qui est détentrice du pouvoir disciplinaire. Un pouvoir qui se caractérise, d'une part, par la capacité de déclencher la procédure disciplinaire, et d'autre part, par celle d'évaluer la gravité de la faute et, enfin, par le pouvoir de choisir quelle sanction, parmi celles définies par le Statut, est justement proportionnée à la gravité de la faute commise.

Pour qualifier la faute, l'autorité territoriale peut se référer aux obligations fixées par le Statut, telles que la probité, la discrétion, la moralité, etc. Elle examine également les faits et événements et peut ainsi qualifier de faute disciplinaire tous types d'écarts de comportements ou d'erreurs : manque de ponctualité, ou d'assiduité, intempérance, paresse, négligence,

³³² Cass. crim., 3 avril 1942, Leroutier.

manque de vigilance à l'égard des subordonnés, rétention d'information, détournement de correspondances, incorrection, indiscipline, etc.

Ainsi, la faute disciplinaire peut se caractériser tout autant par un acte, une attitude, un comportement, un écart en référence à ce qu'est une situation normale de travail, que par le manquement à une obligation définie par le Statut de la fonction publique ou par toute autre source de droit.

Ce large pouvoir d'appréciation de l'autorité territoriale est contrebalancé, en premier lieu, par la nécessité de respecter une procédure et, ensuite, par l'obligation d'appliquer une sanction prévue par le Statut.

La procédure permet au fonctionnaire en cause de prendre connaissance des faits qui lui sont reprochés et d'organiser sa défense.

L'obligation d'appliquer une sanction, et une seule, prévue par le Statut, a pour but d'éviter que ne soient appliquées des sanctions multiples. Ainsi, procédure et sanction enferment la démarche disciplinaire dans un cadre juridique formel placé sous le contrôle du juge administratif.

L'autorité détentrice du pouvoir de répression disciplinaire est libre de déclencher les poursuites contre un agent, le juge administratif refusant de contrôler le refus d'engager une telle action à l'encontre d'un agent³³³.

Le droit disciplinaire est autonome par rapport au droit pénal. La responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale s'exercent donc distinctement.

Un même fait peut justifier à l'encontre de la même personne une sanction pénale et une sanction disciplinaire. L'autorité investie du pouvoir disciplinaire n'est pas liée par la décision intervenue au pénal, sauf en ce qui concerne la constatation matérielle des faits.

³³³ CAA Paris, 24 février 2003, Pasqua, JCP A 2003, n°1325 : absence d'intérêt à agir du requérant qui demandait au Garde des Sceaux d'exercer son pouvoir disciplinaire à l'encontre de deux magistrats du Parquet avant de contester devant le juge le refus du garde des sceaux de saisir le CSM

Paragraphe II : L'indépendance des procédures pénale et disciplinaire

298. Dans certaines circonstances, la faute commise par un fonctionnaire peut également relever d'une procédure pénale. Cette procédure est distincte de la procédure disciplinaire qui peut être poursuivie par ailleurs en interne. En conséquence, une même faute peut être sanctionnée à la fois devant le juge pénal et dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

Le fonctionnaire condamné pour atteinte à la probité peut être soumis à des sanctions disciplinaires.

De façon générale, les obligations de probité pesant sur les fonctionnaires sont susceptibles d'entraîner à la fois des sanctions pénales et des sanctions disciplinaires³³⁴.

Ces procédures pénales et disciplinaires restent distinctes et peuvent se cumuler. Le principe de l'indépendance de la procédure pénale et de la procédure disciplinaire est illustré par une jurisprudence abondante.

Le juge administratif a, par exemple, considéré que les seuls faits constitutifs d'un trafic d'influence étaient de nature à autoriser l'Administration à sanctionner un agent³³⁵.

Le même raisonnement a été appliqué dans un cas de détournement de biens. En l'espèce, un chef de bureau chargé d'une gérance de tutelle, qui conserve à son bénéfice les versements destinés à l'hôpital qui le rémunère a été sanctionné³³⁶.

De la même façon, un agent de l'Administration se trouvant en situation de conflit d'intérêts, peut être révoqué pour faute grave de service et placé d'office en position de retraite³³⁷.

Lorsque l'Administration peut légitimement considérer qu'un fonctionnaire se trouve en situation de conflit d'intérêts prohibée par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, elle peut prendre à son encontre, eu égard à la gravité du manquement à ses obligations professionnelles, une mesure de licenciement³³⁸.

De même, des faits qualifiés, par ailleurs, par le juge pénal de concussion, portent atteinte à la réputation des services municipaux et présentent un caractère d'une extrême gravité qui justifie la suspension de l'agent coupable des faits³³⁹.

Les faits retenus par le juge pénal pour des condamnations concernant l'entrave aux

³³⁴ CE, 29 janvier 2003, n° 241764, CHU de Clermont-Ferrand, pour des faits de vol

³³⁵ CAA. de Marseille, 6 mars 2007, n° 03MA00746

³³⁶ CE, 31 janvier 2001, n° 188684 ; CE, 15 novembre 2002, no 232639, Madame X.

³³⁷ CE, 25 juin 2003, n° 235118, Monsieur Pierre X.

³³⁸ CE, 31 juillet 2009, n° 299959, Monsieur Peter A. précité

³³⁹ CAA de Nancy, 18 octobre 2001, n° 98NC02331

vérifications et au contrôle du commissaire aux comptes, l'atteinte à la liberté d'accès ou d'égalité des candidats dans les marchés publics, des prises illégales d'intérêts, justifient la révocation d'un office public d'aménagement et de construction³⁴⁰.

Mais, il incombe à l'Administration d'apporter la preuve des faits qui ont servi de base à sa décision.

L'Administration ne peut se fonder sur des faits ayant un caractère imprécis pour prononcer sa décision³⁴¹.

Le fonctionnaire poursuivi pour des faits de corruption peut être suspendu, révoqué ou radié.

En effet, le fonctionnaire mis en examen pour corruption, trafic d'influence, atteinte à la liberté d'accès ou d'illégalité dans les marchés publics, incarcéré et suspendu de ses fonctions, puis remis en liberté sous contrôle judiciaire dans l'attente de l'issue des poursuites pénales, peut être maintenu à titre conservatoire en suspension, dès lors qu'à la date de cette dernière mesure, l'intéressé faisait encore l'objet de poursuites pénales³⁴².

La révocation et la radiation du fonctionnaire peuvent se cumuler.

Par exemple, si le directeur général des douanes et des droits indirects a, par arrêté en date du 28 novembre 2006, été radié des cadres de la fonction publique par suite de sa condamnation pénale définitive pour corruption passive, cette décision n'a eu ni pour objet, ni pour effet de se substituer à l'arrêté du 6 octobre 2006 infligeant à l'intéressé la sanction disciplinaire de la révocation³⁴³.

La révocation doit dans tous les cas répondre aux nécessités du service.

Une condamnation pénale ne peut, à elle seule, servir de justification à une décision de révocation. Celle-ci doit prendre en compte l'incidence du comportement incriminé sur le fonctionnement du service.

Ainsi, le Conseil d'État s'est fondé sur le droit à la liberté reconnu par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ainsi que sur le respect de la vie privée, protégée par l'article 9 du Code civil pour censurer une disposition du Statut des personnels de la SNCF prévoyant la révocation de plein droit dans les cas de condamnation aux infractions qu'il énumère avec inscription au bulletin n° 2 du casier judiciaire parmi lesquelles figurent la concussion et le faux en écriture.

³⁴⁰ CAA de Nancy, 7 janvier 2010, n° 09NC00521.

³⁴¹ CAA de Marseille, 27 juin 2000, n° 99MA00711, M. Mouillet, n° 29MA 00727, n° 99MA00728

³⁴² CAA de Marseille, 8 février 2008, n° 05MA02656.

³⁴³ CAA de Marseille, 8 février 2008, n° 05MA02656

En l'espèce, il a considéré que l'automaticité de cette révocation n'était justifiée par aucune nécessité du service public confié à l'entreprise et qu'elle imposait de mettre fin au contrat de travail pour une cause tirée de sa vie personnelle sans apprécier si le comportement incriminé, compte tenu des fonctions de l'intéressé et de la finalité propre de l'entreprise, a constitué une faute ou a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ou lui a porté discrédit³⁴⁴.

L'article R.914-102 du Code de l'éducation dispose : « *L'autorité académique peut, d'office ou sur saisine du chef d'établissement, en cas de comportement incompatible avec l'exercice des fonctions, prononcer, après avis motivé de la commission consultative mixte compétente, l'une des sanctions disciplinaires prévues selon le cas à l'article R.914-100 ou à l'article R.914-101. La décision doit être motivée.*

Toutefois, pour les sanctions du premier groupe de l'article R.914-100 et des 1° et 2° de l'article R.914-101, la consultation de la commission n'est pas obligatoire. [...] ».

L'indépendance des procédures pénales et disciplinaires empêche le fonctionnaire sanctionné d'invoquer l'absence de condamnation pénale à son encontre pour contester la décision administrative le sanctionnant³⁴⁵.

L'Administration n'est pas obligée d'attendre qu'un jugement du juge judiciaire ait force de chose jugée pour annoncer une sanction administrative³⁴⁶.

La Cour administrative d'appel de Marseille considère qu'« *en prononçant la sanction en litige avant que l'instance pénale alors en cours n'ait abouti, le ministre de la défense n'a méconnu aucune obligation procédurale, ni porté atteinte à la présomption d'innocence de l'intéressé* »³⁴⁷.

La Cour a également considéré que : « *les modalités selon lesquelles l'administration a pris connaissance des faits sur lesquels repose la sanction contestée sont sans incidence sur la légalité de celle-ci* ».

La circonstance que le juge pénal n'aurait pas retenu à l'encontre d'un agent révoqué, un grief, n'interdit pas au juge administratif d'en faire mention dans son jugement dès lors que les procédures pénales et disciplinaires sont distinctes³⁴⁸.

Le juge administratif d'appel ne commet aucune erreur de droit en faisant référence à

³⁴⁴ CE, 2 juillet 2008, n° 309647, Monsieur Francis A. publié au Recueil Lebon

³⁴⁵ CE, 20 mai 2009, n° 309961, Monsieur A.

³⁴⁶ CAA de Bordeaux, 6 juin 2002, n° 99BX02074, à propos d'un agent condamné pour corruption et trafic de documents administratifs.

³⁴⁷ CAA de Marseille, 6 mars 2007, n° 03MA00746

³⁴⁸ CAA de Nancy, 7 janvier 2010, n° 09NC00521

l'existence de fautes personnelles qui auraient pu être commises par l'intéressé, alors même que la matérialité des faits en cause n'avait pas été définitivement établie par le juge pénal et que, par ailleurs, la procédure disciplinaire avait été suspendue³⁴⁹.

La circonstance que le juge judiciaire a décidé de ne pas inscrire une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire est sans incidence sur la détermination de la sanction disciplinaire³⁵⁰.

Cependant, les répressions disciplinaire et pénale, bien qu'elles soient autonomes présentent des interactions.

A – INTERACTIONS ET AUTONOMIE

299. Si les procédures pénales et disciplinaires sont distinctes, elles ont cependant un lien technique dans la mesure où les faits avérés par la procédure pénale n'ont plus à être démontrés ou prouvés dans le cadre de la procédure disciplinaire.

Le lien entre procédure pénale et procédure disciplinaire peut également s'établir même concernant des faits commis en dehors du service, dans le cadre d'une activité privée.

Ainsi, le juge pénal peut assortir sa condamnation d'une interdiction d'exercer un emploi public, d'une perte de la nationalité française, ou d'une déchéance des droits civiques qui impliqueront une radiation automatique du fonctionnaire. Dans d'autres circonstances, une condamnation conduira à une inscription au bulletin n°2 du casier judiciaire d'une mention incompatible avec l'exercice des fonctions.

La procédure disciplinaire ouverte en interne devra évaluer si la condamnation pénale à titre privé est compatible avec la continuité de l'exercice de la fonction publique.

La répression disciplinaire et la répression pénale ont un objectif commun : garantir le respect de l'ordre. Mais, dans le cas de la répression pénale, cet objectif a une portée générale puisqu'il s'exerce à l'échelle de la collectivité nationale, tandis que la répression disciplinaire s'exerce au sein de la fonction publique³⁵¹.

Dans le premier cas, c'est la défense de la société qui prime, tandis que, dans le second cas, c'est la protection du service qui est essentielle.

³⁴⁹ CE, 12 février 2003 n° 238969, Monsieur Michel A.

³⁵⁰ CAA de Nantes, 3 mai 2001, n° 97NTO2429, n° 98NTO2537

³⁵¹ V. S. Salon, *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, LGDJ, 1969

Les sanctions se distinguent également par leur nature : la sanction disciplinaire a un caractère professionnel qui atteint le fonctionnaire ou l'agent public dans son statut ou son emploi, tandis que la sanction pénale induit le prononcé d'amendes ou de peines privatives de liberté.

Les sanctions pénales sont toujours infligées par les juridictions, tandis que les sanctions disciplinaires ne le sont que rarement : dans la plupart des cas, elles émanent en effet de l'autorité administrative, titulaire du pouvoir de nomination³⁵² dans le respect des règles procédurales et sous le contrôle du juge administratif.

Toutefois, dans certaines hypothèses, les poursuites seront exercées devant une juridiction administrative spécialisée et susceptibles d'un recours devant le Conseil d'Etat : il en est, par exemple, ainsi des poursuites exercées devant le Conseil supérieur de la magistrature³⁵³ en ce qui concerne les magistrats judiciaires du siège.

Bien que le principe soit celui de l'autonomie respective de la répression pénale et de la répression disciplinaire, les mêmes faits peuvent conduire à des poursuites aussi bien pénales que disciplinaires, la méconnaissance de certaines obligations disciplinaires se conjuguant parfois avec la méconnaissance de la règle pénale.

En outre, certains comportements de la vie privée pénalement sanctionnés rejaillissent sur la vie professionnelle, en tant qu'ils sont de nature à déconsidérer le corps auquel appartient l'intéressé ou son Administration³⁵⁴.

Une sanction disciplinaire peut ainsi être fondée sur une condamnation pénale : le Conseil d'Etat a, en effet, jugé qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à l'administration de se fonder sur des faits ayant motivé une condamnation pénale pour déclencher une procédure disciplinaire à l'encontre d'un agent dans l'intérêt du service »³⁵⁵.

La constatation de faits matériels opérée par le juge pénal s'impose avec l'autorité de la chose jugée à l'Administration et au juge administratif³⁵⁶.

Le jugement pénal doit cependant avoir un caractère définitif, et les faits constatés doivent être le soutien nécessaire du dispositif du jugement.

³⁵² L. 13 juill. 1983, art. 19

³⁵³ Ord. N°58-1270 du 22 déc. 1958, in Nouveau code de procédure civile Dalloz mod. Par L. org. N° 94-101 du 5 févr. 1994 [D. 1974.178] et par la L. org. N° 2001-539 du 25 juin 2001 [D. 2001.2092]

³⁵⁴ V. par ex. le fait pour un officier de police d'avoir été condamné pour conduite en état d'ivresse, CE 11 mai 1979 M. Dupouy, in AJDA 1980.196, obs. Salon

³⁵⁵ CE 24 juin 1988 secrétaire d'Etat aux Postes et Télécommunications c/ Chamand Rec. CE, p. 258

³⁵⁶ CE 21 nov. 1958, Ville de Biare, Rec. CE, p. 578, CE Sect. 11 mai 1956 Chomat, Rec. CE, p. 200, D. 1956, p. 469, concl. Laurent, CE sect. 27 avr. 1988 Sophie, Rec. CE, p. 160, concl. Hubac, in AJDA 1988.489 et 1988.446

En revanche, la chose jugée par les tribunaux répressifs quant à la qualification juridique de ces faits ne lie pas l'autorité disciplinaire, ni le juge administratif, dans la mesure où la détermination de la qualification intervient du point de vue du droit pénal.

Des faits jugés non constitutifs d'une faute pénale laissent néanmoins ouverte la question de savoir s'ils constituent une faute disciplinaire³⁵⁷.

En cas de décision de relaxe prononcée par le juge pénal, la cause de la relaxe jouera un rôle important. Si celle-ci intervient en raison d'une inexistence matérielle des faits, l'autorité disciplinaire ne peut prononcer de sanctions à raison des mêmes faits³⁵⁸.

En revanche, la qualification des faits, au regard de la loi pénale, laisse libre l'autorité disciplinaire de constater une éventuelle faute disciplinaire sans remettre en cause l'existence matérielle de ces faits³⁵⁹.

A contrario, en cas de reconnaissance de la responsabilité pénale par une juridiction répressive, l'Administration ne doit pas de manière automatique et sans examen conclure à l'existence de la faute disciplinaire³⁶⁰.

En cas de condamnation par le juge répressif, l'Administration n'étant liée que par l'exactitude matérielle des faits ayant motivé la condamnation, le conseil de discipline doit néanmoins procéder à l'examen approfondi de la situation du fonctionnaire, au regard des faits³⁶¹.

Toutefois si une relaxe intervient après le prononcé de la sanction disciplinaire, ce jugement pénal doit être regardé comme un fait nouveau qui impose à l'Administration un nouvel examen de la situation de l'agent³⁶².

L'Administration ne peut se voir opposer une quelconque prescription dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. De même, l'Administration d'origine d'un fonctionnaire peut légalement révoquer celui-ci pour des faits ayant amené une autre administration à mettre fin à son stage et à l'exclure définitivement du service pour les mêmes faits de manquements à la probité³⁶³.

Afin de laisser une marge de manœuvre à l'autorité exerçant le pouvoir disciplinaire, le Conseil d'Etat a, en effet consacré, en 1955, la règle selon laquelle, l'exercice de l'action disciplinaire n'est enfermé dans aucun délai³⁶⁴.

³⁵⁷ CE sect. 11 mai 1956 Chromat préc. : « Attendu que le principe de la séparation de l'action disciplinaire et de l'action pénale permet de frapper à titre disciplinaire un inculpé qui a été acquitté par la loi pénale »

³⁵⁸ CE 25 juin 1952 Moizant, Rec. CE, p. 332

³⁵⁹ CE 31 mai 1968, Moreau, Rec. CE, p. 348

³⁶⁰ CE 9 déc. 1970 Beauville, AJDA 1971. 425 ; CE Sect. 6 mai 1996 Rubio, RFD adm. 1996. 848, Rec. CE

³⁶¹ CE 9 déc. 1970 Beauville préc.

³⁶² CE 13 juill. 1966 Goudinoux, Rec. CE, p. 469

³⁶³ CAA Bordeaux, 13 nov. 2007, Cordier.

³⁶⁴ CE Ass., 27 mai 1955, Deleuze, Rec. CE, p. 296, concl. Laurent

La nécessité d'être jugé dans un « *délai raisonnable* » imposée par l'article 6 de la CEDH ne s'applique pas aux poursuites disciplinaires qui sont imprescriptibles ; ainsi, a-t-il été décidé³⁶⁵.

Cependant, le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires prévoit la fin de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire.

En effet, le chapitre III de ce projet de loi est relatif à la modernisation des garanties disciplinaires des agents.

L'article 27 complète l'article 19 du titre I^{er} du Statut général pour mettre fin à l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire.

Cette réforme, qui conjugue la responsabilité des employeurs avec la sécurisation de la situation des agents, pose le principe selon lequel tout fait passible de sanction disciplinaire doit être, lorsque l'Administration en a connaissance, poursuivi dans un délai de trois ans.

Le point de départ de la prescription est donc la connaissance par l'Administration du fait passible de sanction disciplinaire et non le jour où le fait a été commis. Cette solution n'est donc pas totalement satisfaisante car elle peut aboutir à une sorte d'imprescriptibilité dans la mesure où le délai de prescription ne pourra commencer à courir que lorsque l'Administration aura connaissance du fait à sanctionner.

L'interruption de ce délai n'est possible qu'en cas de poursuites pénales.

Le projet de loi précise que, passé ce délai de trois ans, aucune procédure disciplinaire ultérieure ne peut faire état des faits portés à la connaissance de l'autorité investie du pouvoir de sanction, dans la mesure où ils n'ont pas donné lieu à l'engagement d'une action disciplinaire.

B - L'INDIFFÉRENCE DE LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU 18 MARS 2015

300. La décision du Conseil constitutionnel rendue sur QPC le 18 mars 2015, M. John L. et autres (dite « EADS ») est historique et a suscité de nombreux commentaires³⁶⁶.

³⁶⁵ CE, 30 juillet 2003, Fernand H.

³⁶⁶ *La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, Revue des sociétés, Journal des sociétés, juin 2015, n° 6, p. 380-386, Matsopoulou Haritini ;

Plus de cumul entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié, La semaine juridique. Edition générale, 30 mars 2015, n° 13, 369, Robert Jacques-Henri ;

Ne bis in idem : principe touché, non coulé, Recueil Dalloz, 10 septembre 2015, n° 30, p. 1750, Pradel Jean ;

Le cumul des poursuites et des sanctions : divergences constitutionnelles et européennes, Revue française de droit administratif, septembre-octobre 2015, n° 5, p. 1019-1029, Arnaud Charlotte ;

Selon Haritini MATSOPOULOU, il convient de retenir que « *Par sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel, se fondant sur le principe de nécessité des délits et des peines, a interdit le cumul des poursuites pour le délit d'initié et le manquement d'initié, pour les personnes autres que celles mentionnées au paragraphe II de l'article L.621-9 du code monétaire et financier. Il a abrogé, avec effet au 1^{er} septembre 2016, l'article L.465-1 du code monétaire et financier qui définit le délit d'initié, ainsi que les références à ce dernier dans toute une série d'articles concernant essentiellement la procédure devant l'Autorité des marchés financiers. Dans l'attente d'une intervention législative, aucune poursuite ne peut être engagée ou continuée pour le manquement d'initié, dès lors que le juge pénal a été saisi en premier du délit d'initié ou qu'il a déjà statué par une décision définitive sur des poursuites pour les mêmes faits. De même, aucune poursuite ne pourra être engagée ou continuée pour le délit d'initié, dès lors que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers a été saisie d'un manquement d'initié ou qu'elle a déjà statué de manière définitive sur des poursuites pour les mêmes faits.*

*La présente décision ne remet toutefois pas en cause de nombreux autres cumuls de sanctions autorisés par notre législation actuelle. »*³⁶⁷

La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : un raisonnement d'initié ?, Les Petites Affiches, 30 juillet 2015, n° 151, p. 4-21, Mauzy Jean-Roch ;

L'inconstitutionnalité du cumul des répressions administrative et pénale en matière financière, Droit administratif, juillet 2015, n° 7, p. 19-20, Idoux Pascale ;

L'inconstitutionnalité de la double répression des abus de marché, Revue Lamy de la Concurrence, juillet-septembre 2015, n° 44, p. 95-96, Idoux Pascale ;

Sanction administrative et pénale, Droit administratif, juin 2015, n° 6, 30-31, Perroud Thomas ;

La bulle constitutionnelle est-elle en passe d'éclater ?, Revue Lamy droit des affaires, juin 2015, n° 105, p. 20-23, Stasiak Frédéric ;

Censure constitutionnelle de la double répression des abus de marché, La Gazette du Palais, 13 au 16 mai 2015, n° 133-136, 16-19, Raschel Evan ;

Le cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ?, La Gazette du Palais, 8 au 12 mai 2015, n° 128-132, 7-13, Moulin Jean-Marc ;

Une limitation constitutionnelle du cumul des peines, Droit pénal, mai 2015, n° 5, 45-46, Peltier Virginie ;

Le fantôme de ne bis in idem, Recueil Dalloz, 23 avril 2015, n° 15, 874-875, Décima Olivier ;

La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel, Recueil Dalloz, 23 avril 2015, n° 15, 894-898, Fur Anne-Valérie ; Schmidt Dominique ;

Droit pénal des affaires – Délit d'initié – cumul des sanctions administratives et pénales, Revue pénitentiaire et de droit pénal, avril-juin 2015, n° 2, p. 367-370, Botton Antoine ;

La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : impacts et adaptations envisageables, Actualité juridique. Pénal, avril 2015, n° 4, p. 182-184, Lasserre Capdeville Jérôme ;

Non-cumul des sanctions – Principe non bis in idem, Revue pénitentiaire et de droit pénal, avril-juin 2015, n° 2, p. 419-425, Peltier Virginie ;

Cumul de poursuites pénales et administratives, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, avril-juin 2015, n° 2, p. 374-378, Stasiak Frédéric ;

Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel, La Semaine juridique. Edition générale, 30 mars 2015, n° 13, 605-609, Sudre Frédéric ;

C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat, Les Petites Affiches, 24 mars 2015, n° 59, 4-7, Dufour Olivia ;

Cons. Const., 18 mars 2015, décisions n° 2015-453/454 et n° 2015-462 QPC, Revue pénitentiaire et de droit pénal, janvier-mars 2015, n° 1, 150-152, Robert Jacques-Henri.

³⁶⁷ *La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, Revue des sociétés, Journal des sociétés, juin 2015, n° 6, p. 380, Matsopoulou Haritini ;

En effet, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 18 mars 2015, ne fait pas allusion à la règle *non bis in idem*, mais se fonde sur le principe de nécessité des délits et des peines pour déclarer que ce principe « *ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne, puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction* » (consid. 19).

Cette formule a déjà été employée à propos du cumul de poursuites disciplinaires et administratives³⁶⁸ ou du cumul de poursuites disciplinaires et pénales³⁶⁹.

Par cette décision, le Conseil constitutionnel opère un revirement de sa propre jurisprudence en adoptant le raisonnement des juges de la Cour européenne des droits de l'homme.

Jusqu'ici, l'existence dans le droit français d'un droit pénal, dont l'application aboutit à des peines, et d'un droit administratif répressif, qui inclut des sanctions, avait été considérée comme n'enfreignant pas la Constitution pour le motif énoncé par le Conseil constitutionnel en 1981 et repris depuis par le Conseil d'Etat : la peine et la sanction administrative ne seraient pas de « *même nature* », le droit pénal ayant pour finalité de punir les fautes et le droit administratif répressif d'assurer l'effectivité de l'ordre public d'un secteur. C'est pourquoi, le principe constitutionnel selon lequel une personne ne peut être punie deux fois pour un même fait (principe « *non bis in idem* ») n'était pas applicable, puisque les deux corps de règles étaient considérés comme n'ayant pas la même nature car n'ayant pas la même finalité.

Brisant sa propre jurisprudence, et au passage celle du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel affirme que la « *répression* » du délit d'initié et du manquement d'initié a la même finalité : sanctionner l'atteinte portée à « *l'ordre public économique* », et que « ces deux répressions protègent en conséquence les mêmes intérêts sociaux ».

301. En effet, dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel énonce dans quelle mesure les « *mêmes faits* » peuvent faire l'objet de « *poursuites différentes* ».

Il faut que poursuites et sanctions répondent à quatre critères « *non cumulatifs* »³⁷⁰.

✓ Le premier de ces critères est que les dispositions qui servent de fondements aux poursuites pénales et disciplinaires ne tendent pas à réprimer les mêmes faits qualifiés de manière

³⁶⁸ Cons. Const. 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, M. Laurent D. (Discipline des médecins), consid. 3 et 6, AJDA 2013. 147 ; D. 2013.182 ; Dr. soc. 2013. 362, chron. G. Dumortier, P. Florès, A. Lallet et Y. Struillou ; RFDC 2013. 715, note J.-B. Perrier.

³⁶⁹ Cons. Const. 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC, M. Stéphane R. et autres (Cour de discipline budgétaire et financière), consid. 35, AJDA 2014. 2097 ; D. 2014. 2116 ; Constitutions 2014. 492, chron. O. Le Bot.

³⁷⁰ Liberté, Libertés chéries : veille juridique sur les droits de l'homme et les libertés publiques : *QPC EADS : le principe Non bis in idem et les sanctions disciplinaires*, article du lundi 23 mars 2015.

identique. En l'espèce, le Conseil constitutionnel affirme que le délit d'initié est défini de la même manière par le Code pénal et le Code monétaire et financier.

- ✓ Le deuxième critère réside dans le fait que les deux répressions ne doivent pas protéger les mêmes intérêts sociaux. En l'espèce, les deux types de poursuites, devant l'Autorité des marchés financiers et devant le juge pénal, ont pour objet identique de protéger le bon fonctionnement des marchés financiers.
- ✓ Le troisième critère, quant à lui, est rempli si les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions de nature différente.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel considère que cette sévérité est équivalente. Le juge pénal peut prononcer une peine de prison pour délit d'initié, mais l'amende demeure faible.

A l'inverse, l'Autorité des marchés financiers ne peut condamner à une peine privative de liberté, mais l'amende encourue pour les mêmes faits peut être très élevée. Pour le Conseil, l'ensemble conduit à un certain équilibre.

La nature de la sanction s'apprécie donc en fonction de sa sévérité.

- ✓ Le quatrième et dernier critère est rempli en cas de répression devant des ordres de juridiction distincts. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque les recours contre les sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire, comme pour les sanctions pénales.

De cette analyse, le Conseil constitutionnel déduit qu'aucun des quatre critères n'est rempli et, en invoquant le principe de nécessité des délits et des peines, déclare inconstitutionnel le cumul des poursuites dans le cas des délits et manquements d'initié.

Il convient de souligner que le principe de l'interdiction du cumul des poursuites a une portée limitée étant donné que les cas d'autorisation de cumuls de poursuites restent nombreux.

En effet, comme l'indique Jacques-Henri ROBERT, « *L'autorisation que le conseil donne au cumul des sanctions lorsque leurs contentieux relèvent respectivement de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif est la plus importante* »³⁷¹.

Haritini MATSOPOULOU précise que « *Le Conseil constitutionnel, se fondant sur l'ordre de juridiction dont relève l'examen des recours formés contre les décisions de l'Autorité des marchés financiers, a permis le cumul des poursuites devant l'autorité administrative et le juge pénal dès lors qu'il s'agit de l'une des personnes ou entités visées au paragraphe II de l'article*

³⁷¹ Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié, La semaine juridique. Edition générale, 30 mars 2015, n° 13, 369, p.7, Robert Jacques-Henri.

L.621-9 du code monétaire et financier : prestataires de services d'investissements agréés, membres des marchés réglementés non prestataires de services d'investissement, conseillers en investissements financiers ou participatifs, entreprises de marché ... On rappellera ici que les recours formés contre les décisions de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers concernant les personnes précitées sont portés devant le Conseil d'Etat, selon les modalités prévues par le code de justice administrative (C. mon. Fin., art. R.621-45, I) »³⁷².

Dans le même sens, des poursuites pénales et fiscales peuvent se cumuler car le contentieux des sanctions fiscales prononcées par l'Administration relève du juge administratif. La Cour de cassation a d'ailleurs refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel des QPC concernant ce cumul et a simplement précisé que la somme des amendes ne doit pas dépasser le maximum de l'amende la plus élevée³⁷³.

De même, dans le domaine du droit de la consommation, le cumul des sanctions administratives et pénales est autorisé car leurs contentieux relèvent de deux ordres de juridiction différents. Néanmoins, comme dans la précédente hypothèse, le principe de proportionnalité des peines qui exige que la somme des amendes ne dépasse pas le maximum de l'amende la plus élevée, doit être respecté³⁷⁴.

Le cumul des sanctions disciplinaires ou ordinaires et pénales est également autorisé, le Conseil constitutionnel déclarant que le principe de nécessité des peines ne fait pas obstacle au cumul « *de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou pénale en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions* »³⁷⁵ et rappelant que le *quantum* global des sanctions prononcées ne doit pas excéder le quantum le plus élevé de l'une des sanctions encourues³⁷⁶.

Comme le souligne Jacques-Henri ROBERT, « *En résumé, le Conseil constitutionnel a donné satisfaction aux cours européennes, mais sur les abus de marché seulement, et tant qu'ils ne*

³⁷² *La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, Revue des sociétés, Journal des sociétés, juin 2015, n° 6, p. 383, Matsopoulou Haritini, précité

³⁷³ Cass. crim., 25 juin 2014, n° 13-87.692, inédit : JurisData n° 2014-014235 ; Dr. pén. 2014, comm. 122, note V. Peltier ; Dr. fisc. 2014, n° 46, étude 625, note S. Detraz ; JCP E 2014, 1545, R. Salomon ; Dr. fisc. 2014, n° 30, étude 460, R. Salomon ; JCP G 2014, doct. 880, n° 8, obs. B. Matthieu. – Cass. crim. 3 déc. 2014, n° 14-90.040, inédit : JurisData n° 2014-029506 ; Dr. pén. 2015, comm. 20.

³⁷⁴ Cons. Const. Déc. 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, consid. 86, AJDA 2014. 589 ; D. 2014. 1297, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* 2423, obs. G. Roulou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; *ibid.* 2015. 943, obs. D. Ferrier ; Constitutions 2014. 166, chron. P. Bachschmidt ; *ibid.* 169, chron. P. Bachschmidt ; RTD com. 2014. 163, obs. D. Legeais ; Dr. pénal 2014, comm. N° 93, note J.-H. Robert.

³⁷⁵ Cons. Const. 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC, préc., consid. 35 ; v. aussi Cons. Const. 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, préc., consid. 3 et 6.

³⁷⁶ V. aussi : Crim. 23 juill. 2014, QPC, Dr. pénal 2014, comm. n° 125, note M. Véron.

sont pas commis par des professionnels. En revanche, il a maintenu et défendu les nombreux autres cas de cumul qui caractérisent notre droit national »³⁷⁷.

Dans le cadre de notre étude des atteintes à la probité, reste évidemment à s'interroger sur une éventuelle extension de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel aux poursuites et sanctions dirigées contre les fonctionnaires.

Sur les quatre critères énoncés par le Conseil, les trois premiers peuvent être remplis. En effet, un fonctionnaire peut être poursuivi pour des faits identiques à la fois devant le juge pénal et devant un conseil de discipline. Dans ce cas, l'on peut considérer que les sanctions protègent les mêmes intérêts sociaux. Quant à la « *nature* » des sanctions, elle peut être identique c'est-à-dire leur sévérité est équivalente. La mise à la retraite d'office ou la révocation d'un fonctionnaire peut en effet avoir des conséquences financières aussi lourdes qu'une amende pénale.

Reste le quatrième et dernier critère, celui des ordres de juridiction distincts. Il constitue un obstacle absolu à l'interdiction du cumul des poursuites puisque la sanction pénale relève de l'ordre judiciaire et que la sanction disciplinaire est susceptible de recours devant la juridiction administrative, et même le Conseil d'Etat pour certains fonctionnaires.

La séparation des deux ordres de juridiction est donc le critère qui rend la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015, inapplicable aux fonctionnaires.

Ainsi, le cumul de poursuites pénales et disciplinaires pour les mêmes faits, reste applicable aux fonctionnaires³⁷⁸ ; la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 n'ayant aucune incidence en la matière.

Toutefois, la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 pourrait avoir une incidence sur le cumul des poursuites et des sanctions en cas de délit d'entente prévu par l'article L.420-6 du Code de commerce, dans la mesure où l'examen des recours formés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence relève de la compétence de la Cour d'appel de Paris, donc du juge judiciaire.

Cette décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 pourrait annihiler toute procédure de sanction mise en œuvre par les autorités de régulation si elle est cumulée avec une poursuite pénale, comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE : « *L'affirmation portée par la décision EADS du 18 mars 2015 est générale. Elle vaut pour toutes les autorités de régulation,*

³⁷⁷ *Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, La semaine juridique. Edition générale, 30 mars 2015, n° 13, 369, p.7, Robert Jacques-Henri.

³⁷⁸ Cons. Const. 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC, préc.

dotées d'un pouvoir de sanction. Or elles le sont toutes désormais. Elles sont toutes depuis le 18 mars 2015 « en risque constitutionnel », la moindre QPC annihilant une procédure de sanction si elle est cumulée avec une poursuite pénale, voire si elle peut l'être »³⁷⁹.

Elle précise que cette décision « a une portée sur la totalité des pouvoirs de sanction administrative dont sont titulaires les autorités administratives indépendantes, comme l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP), le CSA, la CNIL, l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR), etc., dès l'instant qu'à propos des mêmes faits des sanctions pénales sont par ailleurs prévues [...] Il faut donc analyser tout le droit administratif répressif, le confronter au droit pénal économique et faire des choix politiques [...] ».

Le Conseil constitutionnel a donné jusqu'au 1^{er} septembre 2016 au Parlement pour modifier la loi et la rendre conforme à la Constitution.

Selon Haritini MATSOPOULOU, *« Il appartient, dès lors, au législateur français, qui doit intervenir en matière boursière avant le 1^{er} septembre 2016, de tirer les conséquences de la jurisprudence européenne et d'interdire le cumul de poursuites administratives et pénales pour des faits identiques, quelle que soit la qualité d'auteur du manquement. Il devrait, par ailleurs, revoir tous les cas de cumul, afin de mettre notre législation en conformité avec les dispositions de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et avec celles de l'article 14-7 du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques »³⁸⁰.*

³⁷⁹ *Délits financiers : le virage juridique français*, Les Echos.fr, 20 mars 2015, Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit économique et financier à Sciences po Paris.

³⁸⁰ *La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, Revue des sociétés, Journal des sociétés, juin 2015, n° 6, p. 383, Matsopoulou Haritini.

SECTION II : LA « PROTECTION FONCTIONNELLE » DE L'AGENT PUBLIC

302. La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a prévu en faveur des fonctionnaires et agents non titulaires une garantie de protection à l'occasion de leurs fonctions.

Le principe de la « *protection fonctionnelle* »³⁸¹ est posé par l'article 11 de cette loi, dont le premier alinéa dispose que : « *Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions, d'une protection organisée par la collectivité publique dont ils dépendent, conformément aux règles fixées par le code pénal et les lois spéciales* ».

Cette protection est justifiée par la nature spécifique des missions confiées aux agents publics qui les exposent parfois, dans l'exercice de leurs fonctions, à des relations conflictuelles avec les usagers du service public ou à la commission d'infractions pouvant entraîner la mise en cause de leur responsabilité personnelle, civile ou pénale.

Le chapitre II du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est consacré au renforcement de la protection fonctionnelle des agents et de leurs familles.

L'article 25 de ce projet de loi réécrit l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, relatif à la protection fonctionnelle des agents publics, afin de clarifier, d'une part, les droits du fonctionnaire mis en cause, et d'autre part, ceux du fonctionnaire victime et de ses ayant-droits.

La nouvelle rédaction introduit les notions d'atteinte volontaire à la vie et d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne qui, désormais, pourront être utilisées par l'Administration pour fonder l'octroi de la protection dans un certain nombre d'hypothèses. Le bénéfice de la protection est également reconnu lorsque le fonctionnaire est victime d'agissements constitutifs de harcèlement sexuel ou moral.

L'article 222-33-2-2 du Code pénal, créé par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, dispose :

« Le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende lorsque

³⁸¹ Expression tirée de la Circulaire FP n° 2158 du 05 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'Etat.

ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail.

Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende :

1° Lorsqu'ils ont causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours ;

2° Lorsqu'ils ont été commis sur un mineur de quinze ans ;

3° Lorsqu'ils ont été commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Lorsqu'ils ont été commis par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne.

Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsqu'ils sont commis dans deux des circonstances mentionnées aux 1° à 4°. »

En effet, jusqu'à présent, le Code pénal sanctionnait les faits de harcèlement moral uniquement dans le cadre du travail ou au sein d'un couple. Avec le nouvel article 222-33-2-2 du Code pénal, tout fait de harcèlement est punissable d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Cet article prévoit des circonstances aggravantes notamment lorsque les faits ont été commis sur internet. Ce qui implique que le cyber harcèlement est un délit enfin reconnu par la loi.

Par ailleurs, cette loi du 4 août 2014 instaure également l'incrimination du harcèlement par voie de messageries électroniques (courriels, messageries privées sur les réseaux sociaux...). L'article 222-16 du Code pénal qui sanctionnait uniquement les faits de harcèlement téléphonique a été modifié en ce sens.

De même, lorsqu'un agent est entendu en qualité de témoin assisté, placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale dans des cas où les faits conduisant à de tels actes de procédure pénale n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, il est prévu que la protection fonctionnelle lui soit accordée.

En outre, le Gouvernement a souhaité étendre l'octroi de la protection aux conjoints, concubins et partenaires de pacte civil de solidarité, ainsi qu'aux enfants et ascendants directs du fonctionnaire, lorsque ces personnes sont elles-mêmes victimes d'atteintes volontaires à leur intégrité du fait des fonctions exercées par le fonctionnaire. De même, la protection juridique

est ouverte à ces mêmes ayants droit, selon un ordre de priorité, à des fins de poursuites contre les auteurs d'une atteinte volontaire à la vie du fonctionnaire en raison de ses fonctions.

Il est prévu qu'un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions et limites de la prise en charge par la collectivité publique, au titre de la protection fonctionnelle, des frais de justice exposés dans le cadre des instances civiles ou pénales engagées, en particulier le plafonnement de la prise en charge ces frais.

Cette protection fonctionnelle accordée aux agents publics obéit à des principes.

Paragraphe I : Les principes généraux de la « protection fonctionnelle »

303. Peuvent bénéficier de la protection fonctionnelle, les fonctionnaires stagiaires et titulaires, les agents non titulaires (contractuels).

L'Administration peut être obligée d'assister ses agents poursuivis pour une infraction liée à une faute de service.

En effet, lorsqu'un agent public fait l'objet de poursuites civiles ou pénales l'Administration doit couvrir les condamnations dès lors que les faits ont pour origine une faute de service.

Une faute de service peut être imputée à un agent dénommé mais celui-ci est considéré comme avoir agi dans le cadre normal de ses fonctions.

A l'inverse, la faute personnelle n'est pas couverte par la protection fonctionnelle, la faute étant incompatible avec les pratiques habituelles du service, et ayant été commise par intérêt personnel, par malveillance ou en violant délibérément la loi.

C'est l'Administration qui apprécie si la faute commise par l'agent constitue une faute de service ou une faute personnelle de l'agent.

L'agent qui conteste l'appréciation de l'Administration et le refus de lui accorder la protection fonctionnelle qui en découle peut formuler une requête devant le tribunal administratif.

L'octroi de cette protection n'est pas automatique. La demande de protection fonctionnelle doit être formulée par écrit à son supérieur hiérarchique.

L'Administration destinataire de la demande est celle où l'agent exerce ses fonctions. Le fonctionnaire en détachement doit adresser sa demande à son administration d'accueil au lieu de son administration d'origine.

L'agent doit apporter la preuve des faits au titre desquels il demande la protection fonctionnelle.

En cas de refus, l'Administration doit en informer explicitement l'agent. Le refus doit être motivé et indiquer les voies et délais de recours.

L'Administration doit apporter l'assistance juridique nécessaire aux agents poursuivis en justice et bénéficiant de la protection fonctionnelle.

L'agent peut faire appel à l'avocat de son choix. S'il le souhaite, son administration peut l'assister dans ce choix. L'Administration n'est pas tenue de prendre en charge la totalité des frais.

Parfois la protection judiciaire ou la protection fonctionnelle peut consister en la rédaction de documents juridiques par les services de la Direction des affaires juridiques du ministère.

L'Administration peut rembourser les frais engagés par l'agent avant qu'il ait fait sa demande de protection fonctionnelle.

Des autorisations d'absence peuvent être accordées à un agent pour répondre aux demandes de la justice et en particulier pour une audition.

Le fonctionnaire peut bénéficier de la protection fonctionnelle de l'Administration lorsqu'il est poursuivi ou mis en cause pour des faits relatifs à ses fonctions³⁸².

L'autorité administrative n'est pas tenue d'attendre une décision du juge judiciaire sur la faute présumée du fonctionnaire pour refuser l'octroi de la protection judiciaire³⁸³.

Le juge administratif exerce son contrôle sur les décisions d'octroi et de refus de la protection fonctionnelle.

Ainsi, commet une erreur de droit, l'autorité administrative qui estime qu'en l'absence de précision suffisante de la demande du fonctionnaire, celui-ci devrait être présumé avoir commis une faute personnelle pour des faits de favoritisme, entraînant le refus de lui accorder la protection judiciaire³⁸⁴.

La protection fonctionnelle du militaire est prévue par l'article L.4123-10 du Code de la défense, modifié par la loi n°2014-873 du 4 août 2014. Cet article dispose : « *Les militaires sont protégés par le code pénal et les lois spéciales contre les menaces, violences, harcèlements moral ou sexuel, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils peuvent être l'objet.*

L'Etat est tenu de les protéger contre les menaces et attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. Il est subrogé aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des menaces ou attaques la restitution des sommes versées aux victimes.

Il peut exercer, aux mêmes fins, une action directe, au besoin par voie de constitution de partie civile, devant la juridiction pénale.

L'Etat est également tenu d'accorder sa protection au militaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

Le service compétent pour accorder la protection est celui dont relève le militaire à la date des faits en cause.

³⁸² En application de l'article 11 de la loi no 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

³⁸³ CE, 12 février 2003, no 238969, Monsieur X. à propos d'un agent départemental mis en examen en 1995 pour recel d'abus de biens sociaux, corruption passive, trafic d'influence et favoritisme, dans une affaire concernant des marchés publics.

³⁸⁴ CAA de Lyon, 7 novembre 2006, no 03 LY00384

En cas de poursuites exercées par un tiers contre des militaires pour faute de service sans que le conflit d'attribution ait été élevé, l'Etat doit, dans la mesure où aucune faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions n'a été commise, les couvrir des condamnations civiles prononcées contre eux.

Les conjoints, concubins, partenaires liés par un pacte civil de solidarité, enfants et ascendants directs des militaires bénéficient de la protection de l'Etat lorsque, du fait des fonctions de ces derniers, ils sont victimes de menaces, violences, harcèlements moral ou sexuel, voies de fait, injures, diffamations ou outrages.

Cette protection peut également être accordée, à sa demande, au conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité qui engage une instance civile ou pénale contre les auteurs d'une atteinte volontaire à la vie du militaire du fait des fonctions de celui-ci. En l'absence d'action engagée par le conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité, la protection peut être accordée aux enfants ou, à défaut, aux ascendants directs du militaire qui engagent une telle action.

Cette protection est également accordée, dans les mêmes conditions que celles prévues au huitième alinéa, aux ayants droit de l'agent civil relevant du ministère de la défense victime à l'étranger d'une atteinte volontaire à sa vie du fait de sa participation à une mission de soutien à l'exportation de matériel de défense.

Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions et les limites de la prise en charge par l'Etat au titre de la protection des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par le militaire ou les ayants droit mentionnés au présent article.

Le présent article s'applique sans préjudice des dispositions de l'article L.113-1 du code de la sécurité intérieure et de celles de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ».

Le décret n° 2014-920 du 19 août 2014 relatif aux conditions et limites de la prise en charge par l'Etat de la protection fonctionnelle des agents publics fixe les conditions de la prise en charge par l'Etat de la protection fonctionnelle des militaires et agents de la défense, notamment les conditions et les limites de prise en charge des frais et honoraires d'avocat engagés lors des instances civiles ou pénales qu'ils engagent.

Le ministre peut refuser la protection fonctionnelle à un militaire en se fondant sur la gravité et le caractère répété des infractions reprochées³⁸⁵.

³⁸⁵ CE, 10 février 2004, no 263664, Monsieur Yves X : graves irrégularités dans la passation des marchés de la direction des constructions navales

Le recours contre la décision du ministre de la défense relative à la protection fonctionnelle demandée par un militaire doit, à peine de nullité, être précédé d'un recours administratif préalable obligatoire dit "RAPO" devant la Commission prévue à l'article 24 de la loi du 30 juin 2000³⁸⁶.

Le silence gardé par l'Administration sur le recours préalable introduit par l'intéressé devant la Commission de recours des militaires a fait naître une décision implicite de rejet, à l'expiration du délai de quatre mois à compter de la saisine de ladite commission³⁸⁷.

Le refus par l'Administration d'accorder à un militaire la protection prévue par l'article 24 de la loi du 30 juin 2000, dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle, est susceptible de créer une *condition d'urgence* lorsque le coût de la procédure exposerait l'intéressé à des dépenses auxquelles il ne serait pas en mesure de faire face et compromettrait ainsi la possibilité pour lui d'assurer sa défense dans des conditions satisfaisantes. Il appartient au requérant d'apporter, devant le juge des référés, les éléments permettant d'apprécier si la condition d'urgence est remplie³⁸⁸.

L'article 14 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dite « *loi Warsmann* », est venu modifier l'article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, pour autoriser la mise en œuvre du recours administratif préalable obligatoire sur un mode expérimental dans la fonction publique civile de l'Etat.

Dans le cadre de cette habilitation législative, le décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat détermine les conditions d'exercice du recours administratif préalable obligatoire et établit le champ des actes et des agents concernés par cette expérimentation. Pour présenter un tel recours, l'agent intéressé doit être soumis à la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

L'enjeu du recours administratif préalable obligatoire est de concilier les droits de l'agent avec la mise en œuvre d'une procédure simple qui promeut le dialogue entre l'Administration et l'agent. Il concerne des litiges susceptibles d'être portés directement devant les juridictions

³⁸⁶ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (JORF n°151, du 1^{er} juillet 2000, p. 9948) et Décret n°2001-407 du 7 mai 2001 organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.

³⁸⁷ CE, 30 janvier 2008, no 279412, Monsieur Yves A

³⁸⁸ CE, 18 septembre 2003, no 259772, Monsieur Yves X.

administratives et qui devront désormais être traités d'abord par l'autorité administrative ayant pris la décision contestée. Le texte prévoit la possibilité pour l'agent de saisir un tiers de référence. Il aura pour rôle d'émettre un avis indépendant susceptible d'éclairer l'agent sur l'opportunité réelle de présenter un recours contentieux.

Le recours administratif préalable obligatoire se substitue au recours gracieux. En effet, le décret du 10 mai 2012 précité prévoit que le recours administratif préalable obligatoire est présenté à l'auteur de la décision contestée, ce qui substitue le recours administratif préalable obligatoire au recours gracieux pour les décisions concernées par l'expérimentation et au sein du périmètre des services expérimentateurs. En revanche, il ne se substitue pas au recours hiérarchique de droit commun. Par ailleurs, il faut rappeler que la présentation du recours administratif préalable obligatoire interrompt le délai contentieux contre la décision initiale.

A - L'OBLIGATION DE PROTECTION

304. La protection de l'agent public est une nécessité encadrée par le droit. L'article 11 de la loi statutaire du 13 juillet 1983³⁸⁹, reprenant l'article 12 de l'ordonnance du 4 février 1959³⁹⁰, fixe une obligation de l'Administration tant vis-à-vis du fonctionnaire victime que du fonctionnaire mis en cause.

Il est l'écho lointain de l'ancienne « *garantie des fonctionnaires* » qui, avant le décret du 19 septembre 1870, tentait d'exonérer les fonctionnaires de toute action pénale.

L'Administration a l'obligation légale de protéger son agent contre les attaques dont il fait l'objet à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou contre les mises en causes de sa responsabilité civile et pénale devant le juge pénal à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

L'Administration ne peut refuser cette protection à un agent lorsque les conditions en sont remplies³⁹¹.

Ainsi, l'Administration est tenue d'accorder sa protection à un agent public victimes d'attaques, même si le comportement de celui-ci n'a pas été entièrement satisfaisant³⁹², ou si les faits

³⁸⁹ L. n° 83-634, 13 juill. 1983, loi dite Le Pors, portant droits et obligations des fonctionnaires (garantie, carrière), JO 14 juill. p. 2174, art.11

³⁹⁰ CE, ass., 14 févr. 1975, Teitgen, Lebon, p.111 – Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO 23 déc. p. 11551, art.12.

³⁹¹ CE, 17 janvier 1996, *Melle Lair*, req. n° 128950

³⁹² CE, 24 juin 1977, *Dame Deleuse*, req n°s 94489-93481-93482

remontent à trois années et sont survenus à l'occasion de fonctions exercées sur un poste que l'agent n'occupe plus³⁹³.

La protection est due aux agents publics dans deux types de situations. D'une part, les agents publics bénéficient de la protection de l'Administration contre les attaques dont ils sont victimes à l'occasion de leurs fonctions.

Ainsi, en dispose le troisième alinéa de l'article 11 : « *La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté* ».

D'autre part, les agents publics, y compris les anciens agents publics, sont protégés par l'Administration lorsque leur responsabilité pénale est mise en cause à l'occasion de faits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

Le quatrième alinéa de l'article 11, introduit par la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, prévoit que « *la collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle* ».

En dehors de ces hypothèses, les agents publics bénéficient d'une garantie contre les condamnations civiles prononcées à raison d'une faute de service.

Le deuxième alinéa de l'article 11 dispose en effet que : « *Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour une faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui* ».

La même obligation est prévue à l'article 11 de l'ordonnance statutaire des magistrats du 22 décembre 1958³⁹⁴. Elle est encore prévue à l'article 24 du Statut des fonctionnaires européens³⁹⁵ et mise en œuvre par la Cour de justice des communautés européennes³⁹⁶.

³⁹³ CE, 17 mai 1995, *Kalfon*, req. n° 141635

³⁹⁴ Ord. n° 58-1270, du 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO 23 déc. p. 11551, art.11

³⁹⁵ « *Les Communautés assistent le fonctionnaire notamment dans toute poursuite contre les auteurs de menaces, outrages, injures, diffamations ou attentats contre la personne et les biens dont il est ou les membres de sa famille sont l'objet en raison de sa qualité ou de ses fonctions.* »

³⁹⁶ CJCE, 18 oct. 1976, N. c/ comm., aff. N° C-128/75, Rec. p. 1567: il y a obligation de défendre le fonctionnaire d'accusations mal fondées – l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures nécessaires à cette défense: CJCE, 14 févr. 1990, n° C-137-88, *Schneemann*

Et la même obligation est admise par la Cour européenne des droits de l'homme malgré l'article 10 sur la liberté d'expression³⁹⁷.

B - L'AUTONOMIE DU DROIT DE LA PROTECTION AU REGARD DU DROIT DISCIPLINAIRE

305. Si les circonstances de l'espèce ayant justifié l'octroi de la protection ont eu pour effet de mettre en évidence l'existence d'une faute disciplinaire commise par l'agent ou tout autre agent de la collectivité publique concernée, l'obligation de protection n'exclut pas l'engagement de poursuites disciplinaires contre lui³⁹⁸.

L'Administration est tenue d'accorder la protection sans attendre l'issue de la procédure pénale ou disciplinaire s'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'à la date de la décision attaquée l'Administration disposait d'éléments permettant de regarder les faits dont il s'agit comme présentant le caractère de faute personnelle³⁹⁹.

Si les conditions d'octroi de la protection juridique sont réunies, seul un intérêt général dûment justifié, dont la jurisprudence retient une conception particulièrement restrictive, peut fonder un refus de protection⁴⁰⁰.

Le refus de protection illégal engage la responsabilité de l'Administration si l'agent subit, de ce fait, un préjudice⁴⁰¹.

³⁹⁷ CEDH, 21 janv. 1999, Janowski c/ Pologne. Commentant l'opinion dissidente de M. Bonello : « *Un régime qui considère l'impertinence verbale d'un individu comme plus répréhensible que les abus illicites de ses fonctionnaires a [...] renversé l'échelle des valeurs* », J.-F. Flauss notait in AJDA 2000, p. 539, que « *la Cour refuse de mettre sur un pied d'égalité fonctionnaires et hommes politiques* » les seconds pouvant plus endurer que les premiers qui doivent être protégés – ainsi la CEDH admet la condamnation de deux journalistes qui avaient diffamé la police danoise en mettant en cause dans une émission télévisée « *l'aveuglement de la police* » (politietts blinde øje) dans une affaire criminelle : CEDH, 17 déc. 2004, n° 49017/99, Pedersen c/ Danemark – la CEDH condamne l'Italie qui n'avait pas permis à un magistrat de porter plainte efficacement contre une ancienne collègue devenue députée alors que les propos acerbes de celle-ci ne pouvaient être considérés comme liés aux fonctions parlementaires : CEDH, 6 déc. 2005, n° 23053/02, Lelo c/ Italie – Et aussi, dans le même sens où « *immunité ne rime pas avec impunité* », CEDH, 20 avr. 2006, Patrono c/ Italie, JCP 2006, p. 1036, note O. Dubos.

³⁹⁸ CE, 28 octobre 1970, Delande, n° 78190

³⁹⁹ (CE, 12 février 2003, et CE, 10 février 2004, précités a contrario).

⁴⁰⁰ CE, 14 février 1975, Teitgen, req. n° 87730 ; CE, 18 mars 1994, Rimasson, req. n° 92410

⁴⁰¹ CE, 17 mai 1995, Kalfon, req. n° 141635

Paragraphe II : Protection de l'agent pénalement mis en cause

306. Le quatrième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que « *la collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle* ».

Le devoir de protection fonctionnelle trouve donc sa limite dans l'existence d'une faute personnelle⁴⁰².

Dès lors que l'existence d'une faute personnelle est écartée, l'Administration est tenue d'assurer la protection de l'agent en cas de poursuites pénales consécutives à une faute de service⁴⁰³.

A – LES CONDITIONS D'OCTROI DE LA PROTECTION

307. De façon traditionnelle et logique, le devoir de protection fonctionnelle trouve une limite dans l'existence d'une faute personnelle détachable du service, laquelle implique l'engagement exclusif de la responsabilité de l'agent.

L'Administration peut, au regard des faits dont elle a connaissance, refuser d'accorder sa protection à l'agent dès que celui-ci forme sa demande. Par exemple, le ministre refuse légalement de ne pas apporter sa protection à un agent au motif que celui-ci a conclu un marché avec une société gérée par son fils⁴⁰⁴.

Pour rejeter la demande de protection d'un fonctionnaire qui fait l'objet de poursuites pénales, l'Administration doit exciper du caractère personnel de la ou des fautes qui ont conduit à l'engagement de la procédure pénale⁴⁰⁵.

Il appartient à l'Administration d'apprécier elle-même le caractère de la faute, personnelle ou de service, indépendamment de la qualification pénale provisoirement donnée aux faits au stade de l'instruction.

Il convient de rappeler la distinction entre faute de service et faute personnelle.

⁴⁰² Pour un double rappel de ce refus légal de protection fonctionnelle, CE Ass., 12 avril 2002, Papon ; TA Grenoble, 19 décembre 2002, A, AJFP 2003/4, p. 31

⁴⁰³ C.E. 28 juin 1999, *Menage*, requête n° 195348

⁴⁰⁴ CE, 30 janv. 2008, M. V, n° 279412

⁴⁰⁵ CE, 12 février 2003, req. n° 238969 ; CE, 10 février 2004, req. n° 263664

Est qualifiée de faute de service, la faute commise par un agent dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire pendant le service, avec les moyens du service, et en dehors de tout intérêt personnel⁴⁰⁶.

L'infraction qui en résulte n'a pas le caractère de faute personnelle.

Est qualifiée de faute personnelle la faute commise par l'agent, en dehors du service ou pendant le service, si elle est tellement incompatible avec le service public ou les « *pratiques administratives normales* » qu'elle revêt une particulière gravité ou révèle la personnalité de son auteur et les préoccupations d'ordre privé qui l'animent⁴⁰⁷.

Le Conseil d'Etat a précisé, dans une affaire concernant la mise en examen d'un agent soupçonné d'avoir commis diverses infractions dans la passation de marchés publics, que l'Administration peut exciper du caractère personnel de la faute alors même que la matérialité des faits n'a pas été définitivement établie par le juge pénal et que la procédure disciplinaire a été suspendue⁴⁰⁸.

L'article 33 de la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 a abrogé l'article 66 de la loi de finances rectificative pour 2002 qui créait un droit collectif à la protection des fonctionnaires poursuivis pénalement pour les mêmes faits commis à l'occasion ou dans l'exercice de leurs fonctions.

Cette disposition ne permettait effectivement pas à l'Administration d'opérer une distinction pour la même affaire, entre les agents ayant commis une faute de service (qui doivent être protégés) et ceux qui ont commis une faute personnelle.

B – LA SITUATION STATUTAIRE DE L'AGENT FAISANT L'OBJET DE POURSUITES PÉNALES

- 308.** Le fonctionnaire qui fait l'objet de poursuites pénales peut être maintenu à son poste ou être suspendu de ses fonctions si l'Administration l'estime opportun, compte tenu de l'intérêt du service et de celui de l'agent. Cette faculté de suspendre l'agent ne présente pas de caractère disciplinaire.

⁴⁰⁶ TC, 19 octobre 1998, Préfet du Tarn, req n° 03131

⁴⁰⁷ TC, 14 décembre 1925, Navarro, Rec.p.1007 ; CE, 21 avril 1937, Melle Quesnel, Rec.p.423 ; CE, 28 décembre 2001, Valette, n° 213931

⁴⁰⁸ CE, 12 février 2003, Chevalier, n° 238969

Tant que le juge pénal n'a pas définitivement statué sur la culpabilité de l'agent, la suspension peut à cet égard s'analyser comme une mesure de protection pour l'agent dès lors qu'en l'écartant du service elle le préserve des attaques ou soupçons dont il pourrait faire l'objet sur son lieu de travail et lui permet de préparer sa défense.

L'article 30 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose : *« En cas de faute grave commise par un fonctionnaire, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun, l'auteur de cette faute peut être suspendu par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire qui saisit, sans délai, le conseil de discipline.*

Le fonctionnaire suspendu conserve son traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement et les prestations familiales obligatoires. Sa situation doit être définitivement réglée dans le délai de quatre mois.

Si, à l'expiration d'un délai de quatre mois, aucune décision n'a été prise par l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire, le fonctionnaire qui ne fait pas l'objet de poursuites pénales est rétabli dans ses fonctions. S'il fait l'objet de poursuites pénales et que les mesures décidées par l'autorité judiciaire ou l'intérêt du service n'y font pas obstacle, il est également rétabli dans ses fonctions à l'expiration du même délai. Lorsque, sur décision motivée, il n'est pas rétabli dans ses fonctions, il peut être affecté provisoirement par l'autorité investie du pouvoir de nomination, sous réserve de l'intérêt du service, dans un emploi compatible avec les obligations du contrôle judiciaire auquel il est, le cas échéant, soumis. A défaut, il peut être détaché d'office, à titre provisoire, dans un autre corps ou cadre d'emplois pour occuper un emploi compatible avec de telles obligations. L'affectation provisoire ou le détachement provisoire prend fin lorsque la situation du fonctionnaire est définitivement réglée par l'administration ou lorsque l'évolution des poursuites pénales rend impossible sa prolongation.

Le magistrat ayant ordonné le contrôle judiciaire et le procureur de la République sont informés des mesures prises à l'égard du fonctionnaire. La commission administrative paritaire du corps ou cadre d'emplois d'origine du fonctionnaire est également tenue informée de ces mesures.

Le fonctionnaire qui, en raison de poursuites pénales, n'est pas rétabli dans ses fonctions, affecté provisoirement ou détaché provisoirement dans un autre emploi peut subir une retenue, qui ne peut être supérieure à la moitié de la rémunération mentionnée au deuxième alinéa. Il continue, néanmoins, à percevoir la totalité des suppléments pour charges de famille.

En cas de non-lieu, relaxe, acquittement ou mise hors de cause, l'autorité hiérarchique procède au rétablissement dans ses fonctions du fonctionnaire. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de la publicité du procès-verbal de rétablissement dans les fonctions ».

L'article 26 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, réécrit l'article 30 du titre I^{er} du Statut général pour clarifier la situation du fonctionnaire qui est suspendu et qui fait l'objet de poursuites pénales, avec comme objectif le maintien de l'agent dans l'emploi d'une manière compatible avec l'intérêt du service et le respect des obligations du contrôle judiciaire dont il est éventuellement l'objet. Il est ainsi prévu un mécanisme de « reclassement » provisoire selon les trois possibilités suivantes :

- tout d'abord, le rétablissement du fonctionnaire dans ses fonctions, à l'expiration du délai de suspension de quatre mois, lorsque les mesures de contrôle judiciaire ou l'intérêt du service n'y font pas obstacle ;
- à défaut de ce rétablissement dans les fonctions, le fonctionnaire peut être affecté dans un autre emploi correspondant à son grade dont l'occupation est compatible avec les obligations du contrôle judiciaire dont il fait l'objet ;
- enfin, de manière supplétive, un mécanisme de détachement d'office au sein d'un autre corps ou cadre d'emploi est également prévu, sous réserve de la compatibilité du nouvel emploi occupé par l'agent ainsi détaché avec les obligations du contrôle judiciaire décidé par l'autorité judiciaire.

Ce dispositif constitue une obligation de moyen pour l'Administration dans le premier cas et, s'agissant des deux autres hypothèses, une faculté de reclassement ouverte par le Statut général des fonctionnaires.

La Commission administrative paritaire du corps ou cadre d'emplois d'origine du fonctionnaire ainsi que les autorités judiciaires sont tenues informées des mesures prises par l'Administration sur le fondement de ce nouveau mécanisme.

CHAPITRE 2 :

LES AUTRES RESPONSABILITÉS ENCOURUES

309. Par la voie du recours à l'indemnisation, toute personne ayant subi un préjudice qui trouve son origine dans l'activité de l'Administration peut en obtenir réparation.

Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi. Au début du XIX^{ème} siècle, le principe était celui de l'irresponsabilité de la puissance publique, selon le vieil adage en vigueur "*Le roi ne peut mal faire*". Ce n'est que progressivement que la responsabilité administrative a été admise. Il faut remarquer que cette évolution est l'œuvre de la jurisprudence administrative qui a élaboré un système de responsabilité autonome propre à l'Administration.

La responsabilité administrative repose sur deux idées propres au service public : les particuliers ont droit au fonctionnement correct des services et aucun particulier ne doit supporter, plus qu'un autre, la charge inhérente au fonctionnement des services publics.

Sur le plan de la compétence, il est normal que le juge administratif soit compétent en matière de responsabilité administrative, car le juge judiciaire pourrait porter atteinte à la séparation des autorités administratives et judiciaires. Le juge de l'action en responsabilité ne peut pas en effet ne pas s'immiscer, dans une certaine mesure, dans le fonctionnement de l'Administration qui a causé le dommage.

Toutefois, en application des règles normales sur la répartition des compétences, de nombreuses activités administratives sont soumises au droit privé et à la compétence judiciaire.

La responsabilité des agents publics trouve ses limites dans certaines restrictions apportées par la loi.

Dans certains cas, la responsabilité de l'agent public n'est pas engagée ; c'est plutôt celle de l'Administration qui est engagée.

L'alinéa 2 de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, précité, en énonçant que « *lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui* », garantit l'agent public, contre les conséquences pécuniaires de ses fautes de service.

Cette idée d'une protection spécifique des fonctionnaires, en cas de faute de service, s'inscrit dans le prolongement du système de la garantie des fonctionnaires, prévu dans l'article 75 de

la Constitution de l'an VII. La suppression du système par le décret-loi du 19 septembre 1870 n'a toutefois pas fait disparaître l'incompétence du juge judiciaire.

D'où la mise en place d'un nouveau système, qui organise aujourd'hui en cas de faute de service l'irresponsabilité pécuniaire de l'agent au profit de la seule responsabilité de l'Administration.

Lorsqu'un agent, dans une telle hypothèse, se trouve assigné en dommages-intérêts devant un tribunal judiciaire, la procédure d'élévation du conflit positif devant le tribunal des conflits doit être mise en œuvre ; c'est à défaut de déclenchement de cette procédure qu'intervient la procédure contenue aujourd'hui dans l'alinéa 2 de l'article 11 de l'actuel Statut général, inscrite pour la première fois dans l'article 24 de la loi du 14 septembre 1941, Statut édicté sous le régime de Vichy, et réitérée dans les statuts généraux successifs de la fonction publique⁴⁰⁹.

Ce principe de protection civile est également inscrit dans le Statut général des militaires édicté par la loi du 13 juillet 1972 (art. 16). Il ne trouve application cependant qu'en cas d'erreur du juge, qui n'a pas identifié la faute de service ou n'a pas, à tort, élevé le conflit.

Si l'irresponsabilité des agents publics, en cas de faute de service, trouve une garantie législative dans le cas des agents soumis au Statut général des fonctionnaires civils, comme dans celui des militaires⁴¹⁰, le juge dans d'autres circonstances, se réfère pour un résultat équivalent, aux principes généraux du droit qui ont vraisemblablement inspiré le législateur⁴¹¹.

Si les conséquences de cette première forme de protection ont essentiellement un caractère civil, et donc une portée limitée en matière pénale, le législateur a cependant lié ces deux formes de protection dans le Statut. Par ailleurs, le fait qu'une faute de l'agent soit reconnue comme faute de service n'exclut pas nécessairement des poursuites pénales⁴¹².

L'action civile peut d'ailleurs tout à fait être mise en œuvre par la partie civile à l'encontre d'un fonctionnaire alors même que la faute commise par celui-ci serait une faute de service relevant, pour l'indemnisation de la victime, du juge administratif.

⁴⁰⁹ Art.14 al.2 de la loi du 19 oct. 1946, art. 11 al. 2 de l'ordonnance du 4 févr. 1959

⁴¹⁰ CE 17 mars 1999, Lalanne-Berdouticq, Rec. CE, p.70, RFD adm. 1999. 697

⁴¹¹ V. CE, p.242 concl. Chardeau, S. 1963.338

⁴¹² Cass. Crim. 8 juill. 1980, Bull. crim. n° 218

SECTION I : LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION

310. Lorsque l'Administration, dans l'exercice de ses activités, cause un dommage et fait subir un préjudice, la victime peut demander réparation.

Le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont, au terme d'une construction très progressive, dessiné les contours de la responsabilité pécuniaire de l'Administration du fait de ses agents.

Au terme de cette évolution et sans préjudice des actions récursoires qu'elle peut engager, l'Administration a l'obligation de couvrir les préjudices subis par les tiers du fait non seulement des fautes de service commises par ses agents mais également de certaines de leurs fautes personnelles.

« Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et de la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. »⁴¹³

Par ce célèbre arrêt « fondateur », le Tribunal de conflits a affirmé l'indépendance de la responsabilité administrative par rapport au droit privé.

Certes, cette indépendance n'est pas sans limite, ni exception. Il n'en demeure pas moins que dans son principe, elle demeure.

Il est donc revenu aux juridictions administratives ainsi qu'au Tribunal des conflits, de préciser les conditions dans lesquelles les tiers pouvaient engager la responsabilité de l'Etat (et par analogie des personnes morales de droit public) pour les fautes commises par ses agents.

La responsabilité administrative est d'abord celle de l'Administration, qui est comptable de ses actes, y compris de ses erreurs, et ne peut se désolidariser des actes de ses agents.

Cependant, derrière la responsabilité de la personne morale peut se dissimuler la faute d'un collaborateur. La recherche en responsabilité administrative conduit donc à établir qui, au sein de l'Administration, a le pouvoir et l'autorité de décider de quoi, et en conséquence qui est à l'origine d'une décision ou d'un acte de l'Administration.

⁴¹³ TC 8 février 1873 Blanco D. 1873.3.20, concl. David et GAJA n° 1

L'Administration peut alors décider de diligenter une enquête interne, dite « *enquête administrative* ».

La recherche de la responsabilité administrative conduit généralement à s'intéresser à trois aspects :

- L'organisation de la collectivité, qui caractérise le rôle et les responsabilités des différents acteurs, et prend forme, d'une part, dans l'organigramme des services et, d'autre part, dans le jeu des délégations de signatures.

Même s'il n'est pas spécifiquement nommé par le droit, et notamment par les textes statutaires, l'organigramme demeure une référence constante, notamment de la jurisprudence, pour caractériser les responsabilités. La délégation de signature constitue également une forte présomption de responsabilité puisque, en l'acceptant, le fonctionnaire a reconnu être en mesure d'assumer les responsabilités déléguées.

Cela étant, la délégation de signature se distingue de la délégation de pouvoir, en ce qu'elle ne dessaisit pas l'autorité délégante de ses compétences.

Le régime en vigueur est dorénavant fixé par le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, dont la circulaire du Premier ministre du 21 septembre 2005 est venue préciser les modalités d'application. Ce nouveau dispositif est entré en vigueur le 1er octobre 2005.

- La définition des fonctions telles qu'elle résulte du statut particulier du cadre d'emplois, éventuellement complétée par une fiche de poste. La difficulté réside ici dans la rédaction succincte et générique des statuts particuliers. La fiche de poste peut alors jouer un rôle essentiel en définissant le périmètre précis du poste de l'agent.
- La recherche de la faute personnelle, qui conduira, le cas échéant, à engager une procédure disciplinaire à l'encontre du fonctionnaire fautif. Selon l'article 26 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.* »

L'État est reconnu responsable lorsqu'une faute de service, à l'origine d'un préjudice envers une personne est prouvée. Une faute de service correspond à un fait ou à un agissement résultant d'une mauvaise organisation ou fonctionnement defectueux du service public.

C'est-à-dire une faute inéluctable, anonyme, que n'importe quel fonctionnaire aurait commise, dans les mêmes conditions. Bien que l'auteur de la faute soit l'agent public, c'est l'État qui est responsable car la faute est inséparable du service public.

C'est pourquoi les juridictions de l'ordre administratif et à leur sommet le Conseil d'État sont seuls compétents pour résoudre les litiges juridiques qui impliquent de porter une appréciation sur le fonctionnement de l'Administration.

Si le noyau du régime juridique de la responsabilité de la puissance publique relève du droit public, le droit privé intervient aussi pour assurer la réparation de préjudices nés d'activités de l'Administration (gestion d'activités dans les mêmes conditions que des particuliers, gestion du domaine privé des personnes publiques, ...).

Paragraphe I : Les fondements de la responsabilité administrative

311. A l'origine, la responsabilité administrative est une responsabilité pour faute, laquelle peut se définir comme un manquement à une obligation préexistante. Elle a ensuite évolué avec une responsabilité sans faute dans certains cas et une responsabilité pour risque enfin.

Le juge administratif est compétent dès lors qu'une faute de service peut être retenue, notion conçue dans une acception de plus en plus large grâce à l'application du cumul de responsabilités.

312. La responsabilité administrative ne peut, en principe, être engagée que pour une faute de service. En effet, deux arrêts importants du Tribunal des conflits « PELLETIER »⁴¹⁴ du 30 juillet 1873 et « LAUMONIER-CARRIOL » du 5 septembre 1877⁴¹⁵, fondent le principe selon lequel un agent public ne peut engager sa responsabilité personnelle lorsqu'il ne lui est reproché qu'une « *simple* » faute de service, quelle qu'en soit la gravité du dommage causé, par opposition à la « *faute personnelle* » qui est seule de nature à engager sa responsabilité personnelle devant les juridictions judiciaires.

L'article 75 de la constitution de l'an VIII stipulait que lorsqu'un particulier avait subi un dommage causé par un fonctionnaire, il ne pouvait attaquer ce dernier qu'après avoir obtenu l'autorisation du Conseil d'Etat (quasiment jamais délivrée). Comme le particulier ne pouvait attaquer l'Administration en raison du principe d'irresponsabilité le préjudice risquait fort de rester sans réparation.

En 1870, l'article 75 est abrogé et le Tribunal des Conflits dans son arrêt PELLETIER,⁴¹⁶ en se fondant sur le principe de la séparation, va estimer que l'agent ne peut être poursuivi devant les tribunaux judiciaires que pour faute personnelle. Il pose ainsi la distinction entre faute personnelle et faute de service.

Il définit la faute personnelle comme celle qui se détache assez complètement du service pour que le juge judiciaire puisse en connaître sans pour autant porter des appréciations sur l'activité de l'Administration.

La victime peut soit invoquer une faute personnelle et saisir le juge judiciaire, soit invoquer une faute de service et saisir, dans ce cas, le juge administratif.

⁴¹⁴ D. 1874.3.5, concl. David et GAJA n° 2

⁴¹⁵ Rec. 437

⁴¹⁶ TC 30 juillet 1873

En effet, selon la jurisprudence PELLETIER, la faute personnelle et la faute de service sont exclusives l'une de l'autre. En cas de faute de service, la victime ne peut agir que contre l'Administration. En cas de faute personnelle, elle ne peut agir que contre l'agent.

Dans le but de faciliter l'indemnisation des victimes, la jurisprudence en est venue à permettre l'action de la victime contre l'Administration même lorsque le dommage résulte d'une faute personnelle. Elle a admis l'action de la victime sur la base de deux théories : celle du cumul de fautes et celle du cumul de responsabilités.

A - LA FAUTE DE SERVICE

- 313.** Une faute est dite de service lorsqu'un agent public a commis cette faute dans l'exercice de ses fonctions et que cette faute n'est pas détachable du service. Dans ce cas, l'Administration prend en charge la responsabilité civile de l'acte en cause.

La qualification de faute de service va protéger l'agent public puisque depuis la décision LARUELLE⁴¹⁷ : *« si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers les dites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être autrement que quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles, détachables de l'exercice de leurs fonctions »*.

Ainsi en l'absence de faute personnelle, l'Administration ne récupérera pas le montant du préjudice qu'elle a subi du fait des conséquences indemnitaires de l'acte de l'agent⁴¹⁸. En revanche, si la faute est personnelle, l'Administration pourra, par action récursoire, demander à l'agent le remboursement de tout ou partie de l'indemnité qu'elle a versée⁴¹⁹.

L'on mesure ainsi l'étendue de la protection financière accordée à l'agent public par la théorie de la « *faute de service* ».

Les fautes de service les plus courantes sont les fautes de précaution et les fautes de technique professionnelle.

⁴¹⁷ CE, ass., 28 juill. 1951, Laruelle, Lebon, p. 464 ; GAJA, 14^e éd., p. 445 et CE, sect., 22 mars 1957, Jeannier, Lebon p. 196

⁴¹⁸ CE, 17 janv. 1996, Petit, Lebon, tables p. 982 : en l'absence de faute personnelle, « *la faute de gestion imputable à M. Petit ne pouvait justifier l'émission à son encontre d'un état exécutoire représentant le montant du préjudice subi par la personne publique dont il relevait* ».

⁴¹⁹ CE, 17 déc. 1999, Moine, n° 199598, Lebon, p. 425

La faute du service anonyme est la faute commise par l'Administration anonyme que l'on ne peut individualiser, dont on ne peut identifier l'agent qui en est l'auteur. C'est aussi la faute constituée par l'inertie de l'Administration. Elle est impersonnelle et peut résulter des conditions d'organisation et de fonctionnement du service. On considère que tout agent placé dans les mêmes conditions aurait été susceptible de commettre la même faute.

A côté de la faute de service anonyme, il y a la faute de service qui est la faute d'un agent individualisé mais accomplie dans le cadre du service et qui engage la responsabilité du service.

Il peut s'agir d'une opération matérielle, d'un acte juridique, d'un mauvais fonctionnement du service, d'une illégalité, d'une maladresse.

En réalité, il est difficile de trouver une définition d'ensemble et à défaut quelques cas de figure peuvent être distingués parmi les fautes de service : défaut de surveillance et de contrôle, défaut d'entretien, maladresse, erreur, inertie, retard, abstention, renseignements inexacts.

B – LES ACTIONS RÉCURSIVES

314. Ainsi que le rappelle les auteurs des « *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA) : « *Les faits ne permirent pas longtemps à la jurisprudence de se satisfaire de cette trop simple composition en diptyque [de la jurisprudence Pelletier]. La distinction des deux fautes devient artificielle lorsqu'en réalité, elles sont étroitement mêlées dans l'origine du dommage. De plus le fonctionnaire est fréquemment hors d'état de réparer le préjudice causé par sa faute alors que les moyens exorbitants de la puissance administrative sont rarement étrangers à l'étendue de ce préjudice* » ;

315. Ces jurisprudences exigeaient cependant toujours, pour engager la responsabilité de la personne publique, de constater au préalable une faute de sa part.

Et de ce fait, un pas supplémentaire fut peu après franchi par le Conseil d'Etat par l'arrêt « *Mineur* » du 18 novembre 1949 :

« *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que si, en s'écartant de son itinéraire normal pour des raisons indépendantes de l'intérêt du service, le sieur DESSERTENNE a utilisé le véhicule de l'Etat pour des fins différentes de celles que comportait son affectation, l'accident litigieux, survenu du fait d'un véhicule qui avait été confié à son conducteur pour l'exécution d'un service public, ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service ; qu'il suit de là qu'alors même que la faute commise par*

*le sieur DESSERTENNE revêtirait le caractère de faute personnelle, le ministre n'a pu valablement se prévaloir de cette circonstance pour dénier à la Mademoiselle MINEUR tout droit à réparation ».*⁴²⁰

Désormais, la victime n'est plus tenue de démontrer l'existence d'une faute de la part de la personne publique, dès lors que sa responsabilité peut être engagée en cas de faute personnelle commise par un de ses agents « *hors du service* », mais à la condition qu'elle ne soit pas dépourvue de tout lien avec ce dernier.

Il faut insister sur la portée concrète de cette jurisprudence.

Elle offre effectivement aux fonctionnaires et agents publics un véritable système de garantie des conséquences civiles de leurs fautes personnelles, les auteurs des Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative constatant d'ailleurs que : « *la jurisprudence la plus récente n'offre pas d'exemple significatif d'arrêts ayant refusé d'admettre l'absence de ce lien [avec le service]* », sans que l'on puisse toutefois en inférer que l'exigence de ce lien ait totalement disparu.⁴²¹

Et il en va ainsi alors même que le préjudice subi par la victime serait entièrement imputable à la faute personnelle. La garantie « *fonctionne* » dès lors que cette faute n'est pas sans lien avec le service

*« Considérant que la victime non fautive d'un préjudice causé par l'agent d'une administration peut, dès lors que le comportement de cet agent n'est pas dépourvu de tout lien avec le service, demander au juge administratif de condamner cette administration à réparer intégralement ce préjudice, quand bien même le préjudice serait entièrement imputable à la faute personnelle commise par l'agent, laquelle, par sa gravité, devrait être regardée comme détachable du service. »*⁴²²

Désormais la responsabilité des auteurs de faute personnelle envers l'Administration est admise lorsque celle-ci a été condamnée à payer les indemnités à la victime en vertu du principe du cumul.

Si à l'origine du dommage il y a deux fautes distinctes, la responsabilité sera partagée selon l'importance respective des fautes.

⁴²⁰ CE Assemblée 18 novembre 1949 Rec. 492

⁴²¹ SIREY 10^e éd. p. 421

⁴²² CAA Paris 10 novembre 2011 M. Georges A. req. n° 10PA04566

S'il n'y a qu'une seule faute personnelle de l'agent, l'Administration pourra se retourner contre lui pour obtenir le remboursement intégral de l'indemnité (émission d'un état exécutoire ou ordre de reversement).

L'agent condamné peut également se retourner contre l'Administration s'il estime avoir été condamné à tort au titre d'une faute personnelle alors que le dommage causé résulte selon lui d'une faute de service. Il peut demander à l'Administration le remboursement des sommes qu'il a versées.

En cas de contestation de l'une ou l'autre des parties le juge administratif est compétent pour statuer. Il est rare que l'Administration demande le remboursement à son agent.

Les agents publics échappent en principe à la mise en cause de leur responsabilité pour les actions dommageables qu'ils commettraient en agissant pour le compte de la puissance publique sauf si les conditions dans lesquelles ces dommages sont intervenus interdisent de considérer qu'ils ont agi en qualité d'agents publics.

Il y a faute personnelle par rapport à la faute de service dès lors que sa gravité est inadmissible au regard des conditions normales de l'exécution du service, si le comportement de l'agent ne correspond pas à celui d'un agent public dans l'exercice de ses fonctions.

Lorsque l'agent (ou son assureur) ou la personne publique ont été condamnés à réparer l'intégralité du préjudice subi par la ou les victimes, ils disposent de la possibilité de s'attaquer ensuite mutuellement en justice afin de « liquider » la part de responsabilité qui incombe à chacun.

Longtemps le principe a été que l'Administration condamnée à payer une indemnité à la victime ne pouvait se retourner contre son agent. Ce principe a été abandonné en 1951 par deux décisions du Conseil d'Etat : « LARUELLE » et « DELVILLE ».

Par son arrêt d'Assemblée « DELVILLE » du 28 juillet 1951, le Conseil d'Etat avait posé le principe suivant :

« Considérant que, si au cas où un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute d'un service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité du préjudice subi soit à l'administration, devant les juridictions administratives, soit à l'agent responsable, devant les tribunaux judiciaires, la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées dans chaque service. » ⁴²³

⁴²³ Rec. 464 et GAJA n° 66

L'arrêt d'Assemblée en date du 28 juillet 1951 « LARUELLE » précise que :

*« (...) si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles, détachables de l'exercice de leurs fonctions. »*⁴²⁴

Selon les auteurs des Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative : « L'arrêt LARUELLE n'a pas pour effet de rendre général et automatique le système de la subrogation : l'Etat n'agit pas contre l'agent aux lieu et place de la victime ; il ne demande pas à l'agent l'indemnité que celui-ci aurait dû verser à la victime si elle l'avait poursuivi pour sa faute personnelle ; il demande réparation du préjudice qu'il a subi directement du fait qu'il a été tenu d'indemniser la victime. »⁴²⁵

Un arrêt du Conseil d'Etat du 4 juillet 1990 Société d'assurances « Le sou médical c/ Centre Hospitalier Général de GAP »⁴²⁶ illustre d'ailleurs de manière très significative cette jurisprudence.

Le juge administratif, à ce stade, ne s'inscrit plus dans la logique de « garantie » comme précédemment.

Il s'attache au contraire à vérifier si l'Administration a, ou non, commis une faute de service entachant sa propre responsabilité.

Ce n'est donc que dans l'hypothèse où le juge administratif considère que l'Administration a commis une faute (défaut d'organisation ou de surveillance par exemples), que se posera in fine la question de la répartition entre les deux responsables, au regard de l'ensemble des pièces du dossier.

Par un arrêt d'Assemblée « PAPON » en date du 12 avril 2002, le Conseil d'Etat a rappelé une nouvelle fois l'ensemble de ces principes :

« Considérant ... que pour l'application de ces dispositions, il y a lieu – quel que soit par ailleurs le fondement sur lequel la responsabilité du fonctionnaire a été engagée vis-à-vis de la victime du dommage – de distinguer trois cas ; que, dans le premier, où le dommage pour lequel l'agent a été condamné civilement trouve son origine exclusive dans une faute de service, l'administration est tenue de couvrir intégralement l'intéressé des condamnations civiles

⁴²⁴ Rec. 464

⁴²⁵ SIREY 10° éd. p. 467

⁴²⁶ Req. n° 63-930

prononcées contre lui ; que, dans le deuxième, où le dommage provient exclusivement d'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, l'agent qui l'a commise ne peut au contraire, quel que soit le lien entre cette faute et le service, obtenir la garantie de l'administration ; que, dans le troisième, où une faute personnelle a, dans la réalisation du dommage, conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service ; qu'il appartient, dans cette dernière hypothèse au juge administratif, saisi d'un contentieux opposant le fonctionnaire à son administration, de régler la contribution finale de l'un et de l'autre à la charge des réparations compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives. »⁴²⁷

⁴²⁷ Rec. 139, concl. Boissard

Paragraphe II : Les théories du cumul

316. Il existe des situations dans lesquelles le préjudice causé à la victime par un fonctionnaire résulte de la concomitance d'une faute personnelle et d'une faute de service, la concordance de ces faits distincts ayant contribué à la réalisation du dommage. Dans ce cas de figure, la responsabilité personnelle de l'agent n'est pas automatiquement exclusive de celle de l'Administration. En effet, s'il existe un cumul de fautes, l'administré dispose d'une option pour obtenir, soit devant le juge judiciaire, soit devant le juge administratif, la réparation du préjudice subi. Le droit d'option est alternatif et non cumulatif.

Dans l'hypothèse d'un cumul de responsabilités en cas de faute unique imputable à l'agent, la faute va être reliée au service qui a mis à la disposition de l'agent des moyens d'action dont l'utilisation a rendu possible le préjudice.

A – CUMUL DE FAUTES

317. Le Conseil d'Etat a admis que lorsque le préjudice de la victime résulte à la fois d'une faute personnelle d'un agent et d'une faute de service, il lui est possible d'engager la responsabilité de la personne publique afin d'obtenir l'indemnisation de l'intégralité de son préjudice. Ce principe est posé par la jurisprudence *ANGUET*.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la portée affectée au passage du public dans le bureau de poste (...) a été fermée (...) avant l'heure réglementaire et avant que le sieur ANGUET qui se trouvait à l'intérieur de ce bureau eût terminé ses opérations aux guichets ; que ce n'est que sur l'invitation d'un employé et à défaut d'autre issue que le sieur ANGUET a effectué sa sortie par la partie du bureau réservée aux agents du service ; que, dans ces conditions, l'accident dont le requérant a été victime, par suite de sa brutale expulsion de cette partie du bureau, doit être attribuée, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents, auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public ; que dès lors le sieur ANGUET est fondé à demander à l'Etat réparation du préjudice qui lui a été causé par ledit accident. »⁴²⁸

⁴²⁸ CE 3 février 1911 Anguet Rec. 146 GAJA n° 22

Le juge administratif a considéré qu'il y avait faute de service (mauvais fonctionnement du service des postes) en plus de la faute personnelle (comportement violent). Ces deux fautes cumulées ont contribué à la réalisation du dommage.

Il y a donc cumul de fautes lorsqu'à l'origine d'un seul et même dommage, on peut trouver plusieurs fautes : les unes de service et les autres personnelles. La théorie du cumul de fautes est une des plus originales de la responsabilité de la puissance publique.

C'est à partir de l'arrêt ANGUET, qu'est offerte à la victime la possibilité, dans le cas de faute personnelle et de faute de service, de saisir pour l'ensemble soit le juge judiciaire et soit le juge administratif. La victime a donc le choix de l'action contentieuse pour l'ensemble.

La jurisprudence permet dans cette hypothèse à la victime de choisir : soit demander la réparation en totalité à l'Administration, soit, rechercher la responsabilité personnelle de l'agent fautif devant le juge judiciaire.

Le cumul a permis à Monsieur ANGUET de mettre en cause devant le tribunal administratif la responsabilité de l'Administration bien que la faute personnelle de l'agent ne puisse pas être niée.

B – CUMUL DE RESPONSABILITÉS

318. Le Conseil d'Etat posa ensuite les premiers jalons d'un dispositif visant à améliorer substantiellement la protection due aux victimes des agissements des agents publics.

Le principe du cumul des responsabilités est posé par l'arrêt LEMONNIER⁴²⁹, dans lequel le maire d'une commune avait autorisé l'installation d'un stand de tir sans prendre aucune mesure de sécurité de sorte que Madame LEMONNIER a été blessée à la gorge. Le Commissaire de Gouvernement, Léon BLUM, expliquait que dans ce genre d'hypothèse, « *le service a conditionné l'accomplissement de la faute* », « *la faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute* ».

Lorsque le dommage est causé par une faute unique qui bien que présentant les caractères de la faute personnelle n'a été rendu possible qu'en raison des instruments, moyens, pouvoirs mis à la disposition de l'agent par le service, elle s'analyse alors comme une faute personnelle et une faute de service. La conséquence est que la victime a le choix entre réclamer réparation à

⁴²⁹ CE 26 juillet 1918 Epoux Lemonnier Rec. 761, concl. Blum et GAJA n° 32

l'Administration ou à l'agent ou agir successivement contre les deux afin d'obtenir une indemnisation intégrale.

En effet, il a été admis que la victime, alors même qu'elle avait obtenu la condamnation de l'agent devant les juridictions judiciaires, pouvait également rechercher la responsabilité de l'Administration si la faute personnelle de l'agent a été commise « *dans le service* » :

« Considérant que la circonstance que l'accident serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les tribunaux de l'ordre judiciaire à des dommages-intérêts, et que même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personne publique, qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert ».

Il appartiendra cependant au juge administratif de veiller à ce que la pluralité des actions en responsabilité ne « *profite* » pas à la victime :

« Cons. (...) qu'il appartient seulement au juge administratif, s'il estime qu'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires, en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi ».

Ensuite, cette jurisprudence a été appliquée largement non seulement pour des fautes personnelles commises dans l'exercice des fonctions, mais aussi pour des fautes commises en dehors des fonctions et « *non dépourvues de tout lien avec le service.* »⁴³⁰

Ainsi, en vertu du principe de cumul de responsabilités, l'Administration peut-elle voir sa responsabilité engagée pour des faits de manquements au devoir de probité.

⁴³⁰ CE 18 nov. 1949, *Mineur*, R. 492 (accident causé par le conducteur d'un véhicule de l'Administration qui utilisait celui-ci à des fins personnelles). Affaire d'avant la loi de 1957 concernant les véhicules : depuis celle-ci, en pareil cas, la compétence est judiciaire et s'appliquent les règles de droit civil.

SECTION II : LES RESPONSABILITÉS CIVILE ET FINANCIÈRE DE L'AGENT PUBLIC

319. La responsabilité civile concerne plus particulièrement le fonctionnaire en tant qu'individu responsable de ses actes.

La responsabilité personnelle de l'agent public peut être engagée en cas de faute personnelle.

La faute personnelle est la faute commise matériellement en dehors du service ou la faute particulièrement grave et inexcusable, notamment intentionnelle, commise à l'intérieur du service.

Paragraphe I : La responsabilité civile

320. Dans le cas de la responsabilité civile, l'agent est reconnu responsable lorsque sa faute personnelle, à l'origine d'un préjudice est prouvée. La faute personnelle correspond au fait ou agissement dommageable commis à l'occasion du service, mais qui peut se détacher de la fonction. La faute résulte non pas du dysfonctionnement du service, mais du comportement individuel de l'agent public, de son humeur ou de sa volonté de sorte qu'un autre agent dans les mêmes circonstances aurait pu agir autrement. Ici, l'agent est personnellement responsable de la faute à l'origine du préjudice. C'est pourquoi les juridictions de l'ordre judiciaire et à leur tête la Cour de cassation sont compétentes pour ce type de litige, car cela n'implique qu'une appréciation du comportement de l'agent sans considération de sa fonction. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires est donc respecté.

A – ÉLÉMENTS DE DÉFINITION DE LA FAUTE PERSONNELLE

321. Dans ses conclusions très célèbres lues sous l'arrêt « LAUMONIER-CARRIOL », le Président LAFERRIERE a présenté de manière imagée les fautes personnelle et de service, : « *Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, la faute est*

imputable au fonctionnaire et à la fonction, et l'acte perdant son caractère administratif ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire (...) »⁴³¹.

Il n'est pas aisé de définir la faute personnelle car il n'existe pas de critère objectif permettant de distinguer une faute personnelle d'une faute de service. L'on « *doit se résoudre à procéder de façon analytique et à passer successivement en revue les (...) cas où cette notion apparaît en droit positif.* »⁴³²

La faute personnelle est caractérisée notamment :

- lorsque l'acte se détache matériellement ou temporellement de la fonction, par exemple à l'occasion d'une activité privée en dehors du temps de travail et/ou hors du lieu de travail ;
- lorsque l'acte se détache de la fonction par le caractère inexcusable du comportement de l'agent au regard des règles déontologiques⁴³³ ; ou par l'intention qui l'anime (actes incompatibles avec le service public, même s'ils sont commis pendant le service), révélant l'homme à titre privé ; par exemple, un crime, même commis sur le lieu de travail, est toujours un acte détachable⁴³⁴
- lorsque l'acte est commis pour la satisfaction d'un intérêt personnel matériel ou psychologique, par exemple un détournement de fonds ou la délivrance d'attestations de complaisance⁴³⁵ ;
- lorsqu'il constitue une faute caractérisée, par exemple le fait, pour un agent d'un centre de secours, dans l'exercice de ses fonctions, d'emprunter et de conduire un véhicule privé, sous l'empire d'un état alcoolique, pour transporter un malade⁴³⁶.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits que ces juridictions s'inscrivent toujours dans la voie dégagée par LAFERRIERE dans ses conclusions précitées :

« La responsabilité civile ne s'ajoute à la responsabilité administrative que si l'irrégularité commise par le fonctionnaire constitue en même temps une faute lourde, excédant les risques ordinaires de la fonction, ou si elle révèle une intention mauvaise : « malitii non est indulgendum » ».

⁴³¹ Sous TC 5 mai 1877 Rec. 437

⁴³² J. Moreau Juris-Cl. adm. Fasc. 806 n° 38

⁴³³ CE, Valette, 28 décembre 2001, précité

⁴³⁴ CE, 12 mars 1975, Pothier, Rec. p.190

⁴³⁵ CE, 18 juin 1953, Caisse nationale des marchés de l'Etat

⁴³⁶ CE, 9 octobre 1974, Commune de Lusignan, req. n° 90999

La faute personnelle peut être retenue, d'une part, si l'agent a agi avec une intention malveillante ou pour satisfaire un intérêt étranger au service public.

La faute personnelle pourra ressortir, également, d'un manquement volontaire et inexcusable aux obligations professionnelles ou déontologiques de l'agent.

Enfin, il faut également ajouter l'hypothèse où la faute est commise par l'agent dans le strict cadre de sa vie privée, sans aucun lien avec le service. Il s'agit de la faute purement personnelle dépourvue de tout lien avec le service.

Il y a lieu de distinguer deux catégories : la faute commise en dehors de l'exercice des fonctions, mais non dépourvue de tout lien avec celles-ci, et la faute commise dans l'exercice même des fonctions mais qui peut en être détachée.

Dans la première catégorie, on distingue la faute qui, matériellement détachable des fonctions, est commise à l'occasion de l'accomplissement de celles-ci, et la faute commise en dehors de l'accomplissement des fonctions, mais grâce aux moyens mis à la disposition de l'agent dans le cadre de ses fonctions.

Concernant la deuxième catégorie, la faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions doit être intentionnelle ou particulièrement grave pour être considérée comme détachable des fonctions. C'est le cas des manquements au devoir de probité qui constituent également des fautes pénales. Dans cette hypothèse, la garantie contre les condamnations civiles ne s'applique pas.

B – L'INAPPLICATION DE LA GARANTIE CONTRE LES CONDAMNATIONS CIVILES

- 322.** Le deuxième alinéa de l'article 11 dispose que « *lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.* »

La garantie contre les condamnations civiles résultant de la faute de service vise essentiellement à éviter que l'agent ne supporte la charge définitive d'éventuelles condamnations civiles prononcées à son encontre par une juridiction judiciaire (pénale ou civile), pour des faits exclusifs de toute faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions.

En conséquence, cette garantie est inapplicable en cas de faute personnelle engageant la responsabilité civile de l'agent.

Cependant, les enseignants bénéficient d'un dispositif de protection particulier lorsque leur responsabilité civile est mise en cause dans le cadre des dispositions de l'article L.911-4 du Code de l'éducation qui dispose que *« dans tous les cas où la responsabilité des membres de l'enseignement public se trouve engagée à la suite ou à l'occasion d'un fait dommageable commis, soit par les élèves ou les étudiants qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit au détriment de ces élèves ou de ces étudiants dans les mêmes conditions, la responsabilité de l'Etat est substituée à celle desdits membres de l'enseignement qui ne peuvent jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants »*.

Pour la mise en œuvre de la garantie contre les condamnations civiles, l'Administration peut obtenir, au moyen d'un déclinatoire de compétence, puis si nécessaire, de l'élévation de conflit de juridiction, le dessaisissement du juge judiciaire au profit du juge administratif.

Le juge administratif est en effet seul compétent pour examiner l'existence d'une faute de service commise par un agent public, sauf dans les hypothèses où une loi spéciale en attribue compétence au juge judiciaire (opérations de police judiciaire, atteintes à la liberté individuelle, responsabilité des membres de l'enseignement public notamment).

Afin que cette procédure puisse être mise en œuvre, il revient à l'agent d'informer son administration de toute citation ou assignation qui lui serait délivrée pour des faits survenus en cours ou à l'occasion du service. Au vu de cette information, l'administration gestionnaire de l'agent demande au préfet, seul compétent, de présenter un déclinatoire de compétence à la juridiction judiciaire. Si la juridiction judiciaire accueille le déclinatoire, l'affaire est examinée par le juge administratif. Si elle le rejette et s'estime compétente, le préfet peut prendre un arrêté de conflit qui a pour effet de saisir le Tribunal des conflits.

Cette procédure peut être utilisée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, en première instance ou en appel. Devant les juridictions répressives, elle ne peut porter que sur l'action civile.

Dans l'hypothèse où l'agent a été condamné par une juridiction judiciaire pour une faute de service, l'Administration doit régler en lieu et place de l'agent les sommes résultant des condamnations civiles prononcées à son encontre.

Si l'agent informe son administration de sa situation en cours de procès, celle-ci saisit l'agent judiciaire du trésor afin qu'il intervienne à l'instance et se substitue à l'agent pour régler, le cas échéant, le montant des condamnations.

Si l'agent informe son administration à l'issue du procès, l'Administration lui rembourse ou règle le montant des condamnations.

En toute hypothèse, il est préférable que l'agent informe son administration dès qu'il a connaissance d'une instance civile déclenchée à son encontre, afin de permettre à son administration de saisir l'agent judiciaire du Trésor, seul compétent pour intervenir à l'instance.

Paragraphe II : La responsabilité financière

323. Issues des principes de responsabilité financière et comptable et des observations des chambres régionales des comptes, les règles relatives à la manipulation des fonds publics s'appliquent aux fonctionnaires chargés de la gestion financière des collectivités ou d'organismes publics.

Afin de répondre à l'obligation de probité qui s'impose aux agents de la fonction publique, ces derniers doivent en premier lieu se conformer aux règles du droit pénal qui s'imposent également aux comptables privés. Ils ne peuvent exiger une somme qui n'est pas due (infraction de concussion) ; ils ne peuvent solliciter ou accepter des cadeaux, des promesses ou des dons pour accomplir ou obtenir un acte (corruption passive et trafic d'influence) ; et ne peuvent avoir un intérêt dans une opération dont ils ont en charge la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (prise illégale d'intérêts).

D'autres infractions concernent plus particulièrement les collectivités comme le favoritisme dans les marchés publics et les délégations de service public ou le détournement de biens remis à un agent public.

De même, la gestion de fait, qui consiste pour une personne à s'ingérer dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public, peut aussi faire l'objet de poursuites pénales.

Deux catégories de mise en cause financière des agents publics peuvent être distinguées : la condamnation pour faute de gestion ou celle pour gestion de fait.

A – FAUTE DE GESTION OU GESTION DE FAIT

324. Le Code des juridictions financières énumère des infractions aux règles de la comptabilité publique, dites fautes de gestion, sanctionnées par la Cour de Discipline Budgétaire et Financière (C.D.B.F.).

Celles qui sont susceptibles d'être commises par les fonctionnaires territoriaux naissent non seulement d'infractions aux règles d'exécution du budget, mais aussi, de ce que l'agent n'a pas fait ou qu'il aurait dû faire, même quand aucun texte ne prescrivait explicitement la conduite à tenir (défaut de surveillance ou d'organisation, dissimulation...) ;

L' élu local, quant à lui, peut être traduit devant cette Cour, en tant qu'ordonnateur, dans des cas précis : la non-exécution de décisions de justice entraînant le paiement d'une somme d'argent

et, en cas de réquisition du comptable public, l'octroi d'avantages injustifiés à autrui au préjudice de la collectivité.

La gestion de fait quant à elle, vise à sanctionner l'ingérence dans le recouvrement des recettes affectées ou destinées à un organisme public, par tout agent public qui n'a pas la qualité de comptable public, ou qui n'agit pas sous son contrôle et pour son compte. Il peut, en ce cas, être déclaré comptable de fait et accusé de gestion de fait par la Chambre régionale des comptes, qui enquête sur les fonds irrégulièrement détenus ou maniés.

B – CONSÉQUENCES

325. Les Chambres régionales des comptes ont posé d'autres obligations qui s'imposent aux comptables publics. Ces derniers doivent tout en premier lieu respecter les principes du droit budgétaire tels que la sincérité, la prudence, mais aussi l'annualité, l'antériorité, l'unité ou l'universalité du budget.

En second lieu, les collectivités doivent respecter les règles de forme et de procédure, garantes de l'équilibre financier, en matière de dépense publique et de comptabilité d'engagement et de mandatement.

Enfin, des pratiques rigoureuses et maîtrisées concernant les investissements ou en matière d'achats publics, une sobriété dans l'emploi des fonds publics et la transparence dans les décisions sont aussi recommandées.

Certains écarts en la matière peuvent conduire à une saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière qui peut prononcer des amendes.

Afin d'éviter les irrégularités en matière financière, les Chambres régionales des comptes recommandent la mise en place à la fois de contrôles internes, mais aussi de services publics conventionnés ou délégués.

Les collectivités sont également incitées à procéder à l'évaluation de leurs politiques, notamment dans leur aspect financier.

La Cour des comptes juge les comptes et la Cour de Discipline Budgétaire et Financière (C.D.B.F.) peut condamner les ordonnateurs à une sanction financière.

Les séances de la CDBF sont publiques⁴³⁷.

⁴³⁷ CE, sect., 30 oct. 1998, Lorenzi, Lebon, p. 374

Si les ministres, comme ordonnateurs échappent à la juridiction de la CDBF, ils peuvent en revanche être déclarés comptables de fait par la Cour des comptes⁴³⁸.

Qu'elles soient le fait de l'ordonnateur ou du comptable, les irrégularités organisées ou simplement tolérées jettent le doute sur l'ensemble du service et doivent être interrompues au plus tôt et, si nécessaire, sanctionnées justement.

La Cour de Discipline Budgétaire et Financière (C.D.B.F.), modernisée par le décret du 17 juin 2005, sanctionne les irrégularités propres de l'ordonnateur, qu'il s'agisse de la violation des règles d'exécution des dépenses notamment par l'octroi de rémunérations irrégulières⁴³⁹, de l'irrégularité dans l'exécution des marchés publics⁴⁴⁰, comme l'absence de mise en concurrence pour le choix du concepteur d'un film publicitaire pour un ministre⁴⁴¹, du refus d'exécuter une décision de justice⁴⁴².

Les amendes décidées par la CDBF sanctionnent les fautes des ordonnateurs. La loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995 a introduit la faute de gestion parmi les infractions sanctionnées par la CDBF.

Les conséquences attendues n'ont pas tardé puisque la jurisprudence de la CDBF inflige une amende d'un montant historique pour des fautes de gestion dans le secteur public⁴⁴³. La CDBF sanctionne ces fautes de gestion quand, non seulement les règles mais aussi, les usages de la profession ont été méconnus.

Selon l'article 60-IV de la loi du 23 février 1963, la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics prévue à l'article 60-I de la même loi se trouve engagée dès lors notamment qu'une dépense a été irrégulièrement payée.

⁴³⁸ CE, sect., 6 janv. 1995, Nucci, Lebon, p. 6

⁴³⁹ CDBF, 4 avr. 2001, MM. A et OPHLM de Creil, Lebon, p. 765

⁴⁴⁰ CDBF, 16 juin 1999, M. L et carrefour international de la communication, Lebon, p. 775

⁴⁴¹ CDBF, 29 sept. 1999, M. A et a. min. Int., Lebon, p. 775

⁴⁴² CDBF, 20 déc. 2001, Mme M., Conseil régional de la Guadeloupe, Lebon, p. 775

⁴⁴³ CDBF, 24 févr. 2006, Sté Altus Finance, AJDA 2006, p. 1249, à propos de la gestion du Crédit lyonnais au début des années 1990 – D. n° 2005-677 17 juin 2005, modifiant le livre III du Code des juridictions financières, JO 18 juin, p. 10367

CONCLUSION

Nous assistons à une pénalisation de la fonction publique et du droit administratif de sorte que le juge pénal apparaît comme le nouveau juge de la responsabilité des agents publics. En conséquence, la fonction d'administrer devient un risque pénal en puissance avec lequel les agents publics doivent composer lorsqu'ils sont amenés à prendre des décisions dans l'exercice de leurs fonctions.

L'attitude des administrés a joué un rôle non négligeable dans l'évolution de ce risque pénal, car les victimes ont tendance à multiplier les recours pour demander la condamnation pénale et civile d'agents publics.

Par ailleurs, les récentes affaires relatives à des manquements au devoir de probité commis par des hommes politiques, ont mis en exergue la nécessité de légiférer en la matière tant pour la transparence de la vie publique que pour le renforcement de la répression.

En effet, renforcer l'efficacité de la lutte contre les atteintes à la probité est un enjeu de souveraineté et de redressement des comptes publics.

Le renforcement marqué du régime répressif permet d'apporter des réponses fortes afin de moraliser la vie publique.

La lutte contre la fraude fiscale a également été l'occasion d'aggraver les peines encourues en matière d'atteintes à la probité et d'améliorer les règles de procédure et de recherche de preuve.

En effet, la lutte contre la fraude fiscale est une condition essentielle pour faire respecter le principe d'égalité devant l'impôt, la fraude fiscale portant atteinte, d'une part à la solidarité nationale en faisant reposer l'impôt sur les seuls contribuables qui respectent leurs obligations fiscales et, d'autre part, aux conditions d'une concurrence loyale entre les entreprises.

Les associations de lutte contre la corruption peuvent désormais se constituer partie civile auprès des juridictions compétentes.

Ce renforcement de la répression est également marqué par la création de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, le Procureur de la République financier à compétence nationale et l'Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales créé au sein de la direction centrale de la police judiciaire.

Cependant, force est de constater que la lutte contre les atteintes à la probité ne pourra être efficace et effective, qu'après la prise en compte de toutes les atteintes à la probité, dans le champ de l'incrimination.

En effet, de nombreuses atteintes à la probité ne sont pas sanctionnées au titre des manquements au devoir de probité, de sorte que certains délinquants coupables de non-respect du devoir de probité, échappent à la répression .

Il convient donc de compléter cette liste non exhaustive des manquements au devoir de probité établie par le législateur afin de prendre en compte toutes les situations dans lesquelles la personne exerçant une fonction publique ne respecte pas le devoir de probité inhérent à ses fonctions et pose des actes qui remettent en cause la crédibilité de l'Administration.

Cette crédibilité sera garantie par la moralisation et la transparence de la vie publique.

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est parue au Journal officiel du 21 avril 2016.

« Cette loi réaffirme les principes déontologiques que les agents publics doivent appliquer : impartialité, intégrité et probité, neutralité, respect du principe de laïcité.

La loi vise également à renforcer la lutte et la prévention des conflits d'intérêts en prévoyant la conduite à adopter par les fonctionnaires qui estiment se trouver dans une telle situation selon qu'ils sont placés dans une position hiérarchique, qu'ils ont reçu une délégation de signature, qu'ils exercent des fonctions juridictionnelles, etc.

Les fonctionnaires pourront consulter un référent déontologue, chargé de leur apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques. Les modalités et critères de désignation de ces référents seront fixés par décret.

Les fonctionnaires nommés sur certains emplois devront transmettre à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) une déclaration exhaustive de leur situation patrimoniale puis à nouveau dans les deux mois qui suivent la cessation de leurs fonctions. Les emplois concernés seront fixés par décret.

Une commission de déontologie de la fonction publique, chargée d'apprécier le respect des principes déontologiques inhérents à l'exercice d'une fonction publique, sera placée auprès du Premier ministre.

La loi réaffirme le principe de non cumul d'activités des fonctionnaires et l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Des dérogations sont toutefois prévues.

La protection fonctionnelle, selon laquelle l'administration est obligée d'assister ses agents victimes d'une infraction à l'occasion ou en raison de leurs fonctions, est étendue à leur famille.

La loi prolonge également le dispositif de titularisation mis en place par la loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique (loi Sauvadet) jusqu'au 12 mars 2018 au lieu du 12 mars 2016 prévu initialement »⁴⁴⁴.

Par Ailleurs, Michel SAPIN, ministre des Finances et des Comptes publics, a présenté le mercredi 30 mars 2016 en Conseil des ministres le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Celui-ci "*permettra de mettre la France au niveau des meilleurs standards internationaux dans le domaine de la transparence, et de la lutte contre la corruption*", a-t-il expliqué. Il prévoit notamment la création de l'Agence nationale de lutte contre la corruption ; la création du registre national des représentants d'intérêts ; le financement de la protection juridique des lanceurs d'alerte et leur protection dans le secteur financier ; interdiction de la publicité pour les sites de trading...

C'est un texte qui prévoit également la création du livret de développement durable et solidaire et la réforme de l'organisation financière des régimes de retraite professionnelle pour financer les entreprises. Il vise enfin à déverrouiller l'économie, en réformant des qualifications professionnelles, en facilitant le passage d'un statut entrepreneurial à un autre, ainsi qu'en lissant les seuils de l'auto entrepreneuriat.

En somme, « *Sur les vingt dernières années, la France a beaucoup agi pour éradiquer la corruption des élus, des entreprises ou des fonctionnaires. Ainsi, la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques de 1993 a renforcé la transparence dans le champ de la politique et des marchés publics. Plus récemment, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, et celle du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ont porté des dispositions allant dans le sens de la transparence et de la lutte contre la corruption, par exemple sur la transparence du patrimoine et des intérêts des responsables publics et sur les lanceurs d'alerte qui peuvent agir dans le domaine des atteintes à la probité. A travers ce projet de loi le Gouvernement veut agir pour rendre plus transparente encore la démocratie française, et renforcer le lien de confiance entre les citoyens et les acteurs*

⁴⁴⁴ Site Officiel de l'Administration française, Service – Public.fr, *Actualités, Fonction publique*

publics et économiques en renforçant la transparence des procédures de décisions publiques ; réprimant la corruption plus rapidement et sévèrement ; modernisant de la vie économique, pour mieux protéger producteurs, consommateurs et épargnants »⁴⁴⁵.

Ces différents textes relatifs à la transparence de la vie publique et à la répression des atteintes à la probité témoignent de la volonté de l'Etat de gagner la confiance du public ; espérons que ces textes tiennent leur promesse.

⁴⁴⁵ Site Officiel du Gouvernement, Gouvernement.fr, Les mots du Porte-parole

BIBLIOGRAPHIE

A- *OUVRAGES GÉNÉRAUX*

- Emmanuel AUBIN, *Droit de la fonction publique*, Gualino Lextenso éditions, 4^{ème} édition
- Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 19^e édition
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., 2001, Montchrestien
- Frédéric DEBOVE, François FALLETTI et Thomas JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Puf, mars 2010
- Hélène DESCOUT et Walter SALAMAND, *Le droit pénal des marchés publics*, Dossier d'Experts, octobre 2005
- J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 16^{ème} éd., Dalloz, coll. « précis », 2008
- Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey université, 12^{ème} édition
- FAUSTIN HELIE, *Théorie du code pénal*, t. 2, 5^e éd., 1872, LGDJ
- R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3, 3^e éd., 1922, Sirey
- Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. II, 8^e éd., 2001, Economica
- W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., 2000, Dalloz
- R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t.III : Cujas

- R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9 éd., 2000, Montchrestien
- Jacques-Henri ROBERT et Haritini MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal*, Puf Droit, mars 2004
- Christian VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Praxis Dalloz, octobre 2006
- R. VOUIN et M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} édition, 1988

B- OUVRAGES SPÉCIAUX

- C. AMBROISE-CASTEROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, 2008, Gualino
- Jean BENOIT, Responsabilité pénale des élus : favoritisme et prise illégale d'intérêts, Encyclopédie des collectivités locales, chapitre VII
- P. BOURDIEU, *La raison pratique*, 1994
- Philippe BRODA, *Les coulisses de la triche économique*, Eyrolles, 2012
- J. CAILLOSS.E, *Politiques et management public*, 1993
- J. CAILLOSSE, « *Sous le droit administratif, quelle(s) administration(s) ?* » in *Mélanges à Gustave Peiser*, PU Grenoble, 1995, p.71
- J. CHEVALIER, *Eléments d'analyse politique*, PUF, 1985, avec un chap. sur l'idéologie de l'intérêt général
- Jean-Christophe CROCQ, *Le Guide des Infractions*, Guides Dalloz, 2011, 12^{ème} édition
- J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la Sécurité sociale*, 16^e éd., Dalloz, coll. « précis », 2008
- Etienne PICARD, *La notion de Police administrative*, coll. « Bibliothèque de droit public », t. CXLVI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984

- Catherine PRESBISSEY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 223
- S. SALON, *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, JGDJ, 1969
- *Corruption dans les marchés publics, Méthodes, Acteurs et Contre-Mesures*, Editions OCDE, 2007
- Encyclopédie, Répertoire Dalloz Droit pénal et procédure pénale
- Juris Classeur Pénal, Article 432-10 à 432-17
- Lexique des termes juridiques 2011, Dalloz, 18^{ème} édition
- Lamy Droit pénal des affaires, Editions Lamy
- Etudes du Conseil d'Etat, La documentation française, 1996

C- THÈSES ET MONOGRAPHIES

- Charlotte ARNAUD, Le cumul des poursuites et des sanctions : divergences constitutionnelles et européennes, *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2015, n° 5, p. 1019-1029
- BAILLET, *Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires – Etat des risques – Moyens de les prévenir*, *Gaz. Pal.* 2006.1. Doctr. 776
- BARRAU, *Un instrument de lutte contre la corruption : le SCP*, DOSSIER, *AJ pénal* 2006 p. 202
- BENHAMOU, « *Pantouflage* » des juges : un danger pour l'impartialité de l'Etat ? *D.* 2001, Point de vue n° 10

- J. BENOIT, *Rép. Collectivités locales*, fasc. 12200-5
- BERTREL, *Corruption dans les transactions commerciales internationales et nationales Droit et patrimoine*, 2000, n° 86, p. 24
- Bertrand BISSUEL, « *Fonction publique : vers un système de dénonciation des conflits d'intérêts* », *Le Monde*, 21 mai 2013
- Antoine BOTTON, *Droit pénal des affaires – Délit d'initié – cumul des sanctions administratives et pénales*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2015, n° 2, p. 367-370
- Bernard BOULOC, *L'abus de pouvoir ou de fonctions en droit pénal*, *Trav. Asso. H. Capitant Journées grecques 1977*, *Economica*, 1980, p. 350
- BRAMERET, *encadrement de la rémunération des élus locaux dirigeants de sociétés commerciales*, *Gaz. Pal.* 2012. 2. Dossier 3118
- Jean-Marie BRIGANT, *Contribution à l'étude de la probité*, Thèse Université Paris 1, 2009
- BRIGANT, *Affaires, conflits d'intérêts, probité...Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir* *Dr. Pénal* 2012. Etude 3.
- L. BRUNET, « *La responsabilité pénale du fonctionnaire territorial : rémission passagère ou décrue durable ?* », *CFP*, sept. 2005
- BURGELIN ET GULPHE, *Corruption et marchés internationaux*, *Gaz. Pal.* 1998. 1. Doctr. 682
- G. CANIVET, « *La responsabilité des juges en France* », *Commentaires*, n° 103, automne 2003
- CASSUTO, *Pour une approche étendue des systèmes corruptifs*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, *D.* 2008, Dossier, p. 1197
- CHARTIER, *Les collectivités territoriales et la corruption RFFP* 2000, p. 61

- CHOPIN, in « Le nouveau code pénal dix ans après », *La place actuelle de la répression de la corruption dans les politiques pénales et législatives française*, éd. Pedone, 2005, p. 159s
- J. CONRAD, NOSTROMO, GALLIMARD, « Folio classique », Paris, 1992, p. 205
- CONTE, *Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ?* Dr. Pénal 2008, Etude 1
- CONTE, *Le délit d'ingérence, spécialement par un maire ou par un conseiller municipal*, Gaz. Pal. 1992.1. Doctr. 70
- CUTAJAR, *la France et la lutte contre la corruption d'agents publics : un rapport accablant ! A propos du rapport de l'OCDE du 23 oct. 2012*, JCP 2012, n° 1190
- CUTAJAR, *La lutte contre la corruption*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1067 s
- CUTAJAR, *Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1081
- DASSA-LE DEIST, *Les difficultés de la défense en matière de prise illégale d'intérêts*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1212
- Olivier DECIMA, *Le fantôme de ne bis in idem*, Recueil Dalloz, 23 avril 2015, n° 15, 874-875
- DEKEUWER A., *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, p. 310
- A. DEKEUWER, *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998
- Francis DELPEREE, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, LGDJ, 1969, t.LXXXV, coll. Bibl. dr. Public

- DEZEUZE, *Le passage du public au privé à l'épreuve du droit pénal. Brefs éclairages sur la prise illégale d'intérêts par les anciens fonctionnaires*, p.1208
- DIEU, *Sanction par le juge d'un acte administratif constitutif d'une prise illégale d'intérêts*, RLCT 2007/20, n° 573
- DOBKINE, *La corruption* D. 1997, Flash n° 26
- DREYER, *Focus les manquements au devoir de probité*, Gaz. Pal. 2012. 1, p. 1197 s
- DUCOULOUX-FAVARD, *Deux types de criminalité organisée : mafia et corruption, leurs points de rencontre*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1097
- DUCOULOUX-FAVARD, *fausses factures*, D. 1996. Chron. 352
- DUFAU, *Le pantouflage et le droit*, Gaz. ,Pal. 1997. 2. Doctr. 1563
- Olivia DUFOUR, *C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat*, Les Petites Affiches, 24 mars 2015, n° 59, 4-7
- DUPIC, *Prise illégale d'intérêts ou le mélange des genres*, JCP G 2009, n° 26, 44, p. 26
- L. FAVOREU, *La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du Président de la République*, D. 2001, chron. 3365
- FEUGERE, *Conflits d'intérêts et droit pénal : l'exemple de la corruption*, Gaz. Pal. 2011. 2. 3749
- FLEURY, *au-delà des Arcana rerum publicarum. Le conflit d'intérêts, réponse à l'exigence de déontologie en politique ?* JCP G 2011, n° 198, p. 364
- Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Délits financiers : le virage juridique français*, Les Echos.fr, 20 mars 2015
- Martin HIRSCH, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Stock, 2010

- Pascale IDOUX, L'inconstitutionnalité du cumul des répressions administrative et pénale en matière financière, *Droit administratif*, juillet 2015, n° 7, p. 19-20
- Pascale IDOUX, L'inconstitutionnalité de la double répression des abus de marché, *Revue Lamy de la Concurrence*, juillet-septembre 2015, n° 44, p. 95-96
- JEANDIDIER, *Du délit de corruption et des faux qui l'affectent*, JCP 2002. I. 166
- D. JEAN-PIERRE, *Corruption des fonctionnaires et agents publics : dernières conventions internationales ratifiées par la France*, D. 2000, Chron. 307
- JEAN-PIERRE, *Des fonctionnaires banquiers*, JCP 2009. Actu. 155
- KESSLER M.-C., « *Fonction publique et secteur concurrentiel* », AJDA 1994, p. 436
- LARGUIER, « *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique* », Dr. Pén. 2005, étude 14
- Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : impacts et adaptations envisageables, *Actualité juridique. Pénal*, avril 2015, n° 4, p. 182-184
- LAVAL, *L'état du droit concernant la prise illégale d'intérêts*, Dr. Adm. 2003, Chron. 10
- C. LEBIGOT, *Une obligation de désintérêt renforcée pour les fonctionnaires détachés*, *Petites affiches* 1998
- P. LEGLISE, « *Responsabilité civile et pénale des fonctionnaires : évolutions* », *Cah. Hosp.*, nov. 2005, p. 20
- LELIEUR, *la prescription des infractions de corruption*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1076
- J. LELIEUR, « *La prescription des infractions de corruption* », *Dalloz* 2008, n° 16

- LELIEUR ET PIETH, *Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1086
- LEMOINE, *Les aspects policiers de la lutte contre la corruption*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1215
- MAJERROWICZ, *Rémunération des élus, dirigeants de sociétés d'économie mixte*, JCP 1994. I. 3808
- Haritini MATSOPOULOU, *La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, Revue des sociétés, Journal des sociétés, juin 2015, n° 6, p. 380-386,
- Jean-Roch MAUZY, *La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : un raisonnement d'initié ?* Les Petites Affiches, 30 juillet 2015, n° 151, p. 4-21,
- MAYAUD, *responsabilité pénale des élus locaux à l'heure des remises en cause*, RLCT 2012/75, n° 2083
- Y. MAYAUD, *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal*, D. 2000, Chron. 603
- MAZARDS, *Gestion publique locale et devoir de probité. Un point de vue sur les délits de prise illégale d'intérêts et de favoritisme*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1200
- M. Jacques MEZARD, « *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales* », Rapport d'information n° 300 (2011-2012) fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales 25 janvier 2012, Documentation française
- MIRABEL, *L'enquête de police en matière de corruption*, DOSSIER, AJ pénal 2006 p. 197.
- MOLFESSIS, *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts*, JCP G 2011, supplément au n° 52
- Joël MORET-BAILLY, *Définir les conflits d'intérêts*, Recueil Dalloz, 2011

- Jean-Marc MOULIN, Le cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? La Gazette du Palais, 8 au 12 mai 2015, n° 128-132, 7-13
- MULLER, *droit pénal des conflits d'intérêts*, Dr. Pénal 2012. Etude 1
- Sylvain NIQUEGE, « *Juge administratif et droit pénal* », Pau 2007
- Virginie PELTIER, Une limitation constitutionnelle du cumul des peines, Droit pénal, mai 2015, n° 5, 45-46
- Virginie PELTIER, Non-cumul des sanctions – Principe non bis in idem, Revue pénitentiaire et de droit pénal, avril-juin 2015, n° 2, p. 419-425
- Thomas PERROUD, *Sanction administrative et pénale*, Droit administratif, juin 2015, n° 6, 30-31
- PHILIPPE, *la lutte contre la corruption, le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs d'enquêtes*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1093
- Jean PRADEL, *Ne bis in idem : principe touché, non coulé*, Recueil Dalloz, 10 septembre 2015, n° 30, p. 1750
- P.-H. PRELOT, *Le perdreau mort*, D. 2001, Chron. 949
- QUEMENER, *vers une refonte globale de la justice économique et financière*, AJ pénal 2013. 244
- Bruno QUENTIN, Le Club des Juristes, Publications, Ministère public. *Lutte contre la corruption : vers une privatisation de l'action publique ?* 5 mai 2014
- Evan RASCHEL, *Censure constitutionnelle de la double répression des abus de marché*, La Gazette du Palais, 13 au 16 mai 2015, n° 133-136, 16-19
- Jacques-Henri ROBERT *Cons. Const., 18 mars 2015, décisions n° 2015-453/454 et n° 2015-462 QPC*, Revue pénitentiaire et de droit pénal, janvier-mars 2015, n° 1, 150-152

- Jacques-Henri ROBERT, *Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, La semaine juridique. Edition générale, 30 mars 2015, n° 13, 369
- André ROGER, *La notion d'avantage injustifié*, JCP G. 1998, n°3. I. 102
- SALOMON, *rigueur du droit pénal de la probité publique*, Dr. Pénal 2012. Etude 2
- Dominique SCHMIDT, *La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel*, Recueil Dalloz, 23 avril 2015, n° 15, 894-898, Fur Anne-Valérie
- SCHMIDT, *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, D. 2013, Chron. 446
- D. SEBAN ET I. GUTTADAURO, « *Une mise en cause accrue des personnes morales de droit public* », Gaz. Cnes, 19 déc. 2005, p. 48
- SEGONDS, *A propos de la onzième réécriture des délits de corruption*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1068
- SEGONDS, *Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12)*, loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, D. 2008, Dossier, p. 1204
- SEGONDS, *L'internationalisation de l'incrimination de la corruption*, Dr. Pénal 2006. Et. 12
- SEGONDS, *La lutte contre la corruption : (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption*, DOSSIER, AJ pénal 2006 p.193 s
- Jean-Ludovic SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La Documentation française, avril 2008
- Daniel SOULEZ-LARIVIERE, « *Les élus et les fonctionnaires face au nouveau Code pénal* », Petites affiches 1995, n° 110, p. 26
- Frédéric STASIAK, *La bulle constitutionnelle est-elle en passe d'éclater ?*, Revue Lamy droit des affaires, juin 2015, n° 105, p. 20-23

- Frédéric STASIAK, *Cumul de poursuites pénales et administratives*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, avril-juin 2015, n° 2, p. 374-378
- STASIAK, *à propos de la loi relative à la lutte contre la corruption. L. N 2007-1598 du 13 nov. 2007*, JCP 2007, Aperçu rapide, n° 568
- Frédéric SUDRE, *Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel*, La Semaine juridique. Edition générale, 30 mars 2015, n° 13, 605-609
- TERRAY, *Transparence International : coaliser les volontaires*, DOSSIER, AJ pénal 2006 p. 204
- VERON, *manquements au devoir de probité entre la morale et l'argent*, Gaz. Pal. 2007. 1. Doctr. 954
- M. WAGNER, *Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance* : Rev. Sc. crim. 2011, p. 37
- *Propositions pour mieux lutter contre la corruption*, Regards sur l'actualité n° 207, janvier 1995
- Dossier sur « les secrétaires généraux », CFP juill. 2006, p. 4 s
- « *Propositions pour mieux lutter contre la corruption* », Regards sur l'actualité n° 207, janv. 1995, p. 21
- « *Les repentis face à la justice pénale* », les documents de travail du Sénat, série législation comparée, juin 2003
- Rapport 2010 du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), La Documentation française
- Rapport 2011 du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), La Documentation française

- Rapport 2012 du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), La Documentation française
- Rapport 2013 du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), La Documentation française
- Rapport 2014 du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), La Documentation française
- Rapport du Groupe de travail sur « *La dépénalisation de la vie des affaires* », janvier 2008
- Rapport de la Commission Sauvé pour « *La prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique* », 26/01/2011
- Rapport JOSPIN sur « *La rénovation et la déontologie de la vie publique* », 09/11/2012
- Rapport annuel 2010 de la Cour des comptes
- GAFI, « Rapport d'évaluation mutuelle – synthèse du rapport – lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », France, 25 février 2011

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

A

abus d'autorité, 27, 28, 113, 161, 167, 171, 172, 174, 254
abus de biens sociaux, 152, 153, 154, 162, 163, 180, 182, 209, 213, 279, 319
abus de fonctions, 114, 134
action civile, 211, 217, 222, 223, 224, 225, 255, 290, 306, 329
action publique, 249
administration publique., 12, 39
agent public, 7, 10, 14, 16, 19, 29, 33, 52, 58, 67, 72, 74, 80, 87, 93, 96, 104, 115, 118, 123, 127, 129, 139, 140, 141, 142, 143, 148, 154, 194, 245, 253, 266, 278, 289, 293, 294, 297, 303, 305, 307
autorité de la chose jugée, 249, 250
autorité publique, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 27, 28, 30, 34, 40, 42, 49, 60, 63, 121, 127, 142, 145, 156, 157, 158, 159, 160, 166, 167, 171, 172, 173, 174
avantage injustifié, 8, 40, 41, 42, 115, 121, 122, 123, 130, 132, 138, 163, 182, 196, 318

B

Brigade de Répression de la Délinquance Financière, 182

C

circonstances aggravantes, 125, 158, 176, 209, 277
coalition de fonctionnaires, 172
commande publique, 41, 42, 44, 148, 149, 203, 204, 213, 247
commission de déontologie, 65, 71, 78, 79, 80
concussion, 7, 18, 27, 28, 46, 98, 115, 127, 129, 132, 135, 139, 140, 141, 142, 165, 166, 167, 171, 184, 196, 201, 209, 214, 250, 263, 264, 306
condamnation pénale, 205, 253, 255, 264, 265, 266, 267, 310
condamnations civiles, 280, 283, 284, 289, 299, 305, 306
conflits d'intérêts, 8, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 69, 72, 73, 74, 75, 77, 81, 86, 88, 89, 90, 92, 95, 97, 100, 101, 147, 167, 168, 192, 194, 211, 314, 315, 316, 319, 320
conflits de qualifications, 145, 162, 165, 328
constitution de partie civile, 197, 204, 211, 216, 218, 219, 221, 222, 223, 225, 227, 228, 230, 240, 280
contribuable, 250
contrôle, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 38, 39, 41, 42, 43, 51, 59, 62, 64, 65, 68, 70, 72, 74, 79, 80, 82, 84, 85, 89, 92, 100, 101, 103, 104, 108, 109, 120, 122, 158, 179, 181, 185, 186, 188, 198, 211, 212, 215, 217, 224, 256, 257, 263, 264, 266, 279, 288, 295, 307
coopération internationale, 186, 233
correctionnalisation, 140, 194
corruption passive, 164
crédibilité de l'administration, 99, 100, 105, 174
culpabilité, 250
cumul de fautes, 299, 300, 301
cumul des poursuites, 169, 251, 269, 270, 272, 273, 274, 275
cumul réel d'infractions, 162

D

déclaration d'intérêt, 64, 87, 88, 92, 95, 188
déclaration de patrimoine, 89, 90, 104, 188, 189
délégation de pouvoir, 18, 32, 253, 292
délégation de signature, 32, 43, 64, 66, 292

délégations de service public, 41, 121, 138, 181
délibération, 30, 33, 34, 36, 37, 130, 139, 190, 197, 227, 228, 250, 319
délinquance économique et financière, 70, 97, 175, 179, 196, 199, 201, 208, 211, 216, 231, 235, 240
délit d'initié, 147, 168, 169, 170, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275
délits boursiers, 170, 179, 234, 236, 240
délits de faux et d'usage de faux, 155
déontologie, 79
dépenalisation, 49, 50, 203, 328
dépenses publiques, 28, 32, 105, 106
détournement de pouvoir, 23
devoir de probité, 55, 59, 311
Direction Centrale de la Police Judiciaire, 179, 180

E

entente anticoncurrentielle, 149
escroquerie, 55, 142, 144, 163, 165
exemplarité, 8, 59, 174, 176, 211, 231, 243, 244

F

faute de gestion, 294, 307, 309
faute de service, 253, 255, 256, 278, 280, 283, 285, 286, 287, 289, 290, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306
faute pénale, 246, 253, 254, 255, 267
faute personnelle, 253, 255, 256, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305
favoritisme, 28, 41, 42, 43, 46, 121, 122, 125, 127, 129, 130, 131, 138, 163, 164, 168, 182, 205, 209, 226, 228, 229, 234, 247, 248, 279, 307, 313, 317
financement de la vie politique, 100, 190, 191, 237
fonction publique, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 20, 28, 39, 45, 46, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 71, 74, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 98, 102, 113, 114, 132, 134, 135, 142, 143, 159, 166, 167, 168, 174, 178, 184, 190, 196, 197, 202, 203, 243, 244, 252, 253, 257, 264, 266, 281, 282, 287, 290, 306, 310, 311, 312, 314
fonctionnaires, 7, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 23, 25, 27, 35, 38, 39, 45, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 78, 79, 81, 84, 89, 92, 96, 114, 138, 155, 158, 159, 160, 165, 167, 172, 173, 184, 193, 194, 195, 243, 244, 245, 246, 251, 252, 253, 254, 256, 263, 269, 274, 276, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 287, 288, 289, 290, 292, 294, 296, 298, 306, 307, 310, 317, 319, 320
fonctions d'autorité, 10, 18, 21, 53
fonctions de gestion., 10, 18
forfaiture, 167, 172, 173
fraude fiscale, 70, 97, 98, 127, 146, 175, 179, 180, 183, 196, 199, 201, 208, 209, 217, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 310

G

gestion de fait, 215, 307

H

Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, 78, 85, 86, 90, 94, 98, 178, 187, 189, 211, 235, 236, 310

I

impartialité, 93
imputabilité, 254
incompatibilité, 67, 80, 82, 83, 86, 178
inéligibilité, 83, 86, 90, 164, 203
information privilégiée, 122, 168, 169
infractions connexes, 234, 240
infractions intentionnelles, 8, 113, 155
infractions non intentionnelles, 113
ingérence, 29, 30, 34, 36, 63, 119, 167, 307, 318
intention coupable, 8, 53, 124, 128, 131, 132, 156

intérêt général, 8, 9, 15, 17, 21, 22, 23, 25, 34, 57, 59, 70, 74, 76, 77, 81, 86, 91, 95, 96, 100, 139, 160, 164, 168, 178, 206, 216, 225, 243, 313

intérêt personnel, 9, 22, 23, 34, 76, 81, 89, 119, 168, 278, 286

J

juge administratif, 10, 34, 59, 160, 204, 205, 225, 228, 229, 230, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 256, 257, 263, 265, 266, 267, 268, 273, 279, 289, 290, 293, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 305, 306

juge pénal, 247, 248, 249, 250

juridictions financières, 121, 122, 184, 196, 211, 212, 215, 307

juridictions interrégionales spécialisées, 179, 236

L

lanceurs d'alerte, 192, 193, 208

lobbying, 74, 99, 100, 101, 102, 103

M

manquements au devoir de probité, 46

marchés publics, 7, 35, 41, 43, 44, 45, 98, 100, 104, 118, 121, 122, 128, 131, 132, 133, 135, 138, 139, 145, 147, 148, 149, 150, 152, 154, 163, 167, 177, 178, 182, 184, 185, 197, 201, 204, 214, 263, 264, 287, 307, 308, 312, 313, 314

mesures préventives et répressives, 177

ministère public, 127, 128, 210, 216, 217, 220, 221, 224, 225, 231, 232, 233

moralisation de la vie publique, 59, 95, 96, 105, 129, 174

N

non cumul des fonctions, 56

O

obligation de désintéressement, 56, 114, 167

Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales, 179

ordre public, 16, 17, 19, 53, 54, 124, 125, 192, 216, 271

P

pantouflage, 39, 63, 102, 197, 234, 319

partie civile, 41, 97, 208, 210, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 240, 290, 310

peines complémentaires, 49, 152, 153, 196, 201

peines principales, 195, 196, 201

pénalisation, 14, 122, 252, 310, 314

perception induue, 28, 115, 116, 117, 118, 120, 140

personne chargée d'une mission de service public, 7, 15, 16, 21, 24, 27, 46

personne dépositaire de l'autorité publique, 7, 9, 12, 15, 16, 17, 18, 27, 29, 31, 35, 40, 44, 46, 47, 69, 115, 119, 135, 136, 137, 142, 156, 158, 159, 161, 172, 174, 202

personne investie d'un mandat électif public, 8, 15, 16, 20, 27, 29, 46, 69, 119, 174, 201

pouvoir de décision, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 34, 135, 164, 253

pouvoir disciplinaire, 253, 256, 257, 268

préjudice, 34, 69, 120, 121, 125, 126, 129, 155, 156, 196, 197, 203, 211, 215, 218, 221, 222, 223, 224, 225, 228, 229, 238, 246, 255, 280, 283, 285, 289, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 307

prérogatives, 7, 11, 14, 23, 25, 28, 50, 59, 78, 91, 96, 105, 114, 136, 167, 184, 216, 230, 276

prescription, 117, 131, 206, 212, 213, 214, 215, 227, 230, 254, 268, 316, 320

prise illégale d'intérêts, 7, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 45, 46, 63, 69, 70, 77, 80, 119, 120, 128, 130, 133, 137, 139, 163, 164, 184, 196, 201, 214, 228, 230, 250, 313, 316, 317, 318, 319

probité, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 21, 23, 25, 26, 28, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 72, 76, 81, 86, 87, 93, 96, 98, 100, 112, 113, 114, 115, 124, 125, 127, 129, 130, 132, 133, 134, 136, 137, 139, 145, 163, 167, 168, 171, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 187, 188, 192, 196, 197, 198, 199, 201, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 211, 212, 215, 225, 230, 231, 233, 234, 237, 242, 245, 246, 247, 252, 254, 257, 262, 263, 268, 274, 302, 305, 306, 310, 311, 314, 315, 316, 317

procureur de la République financier, 97, 98, 175, 179, 208, 211, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242

protection fonctionnelle, 244, 253, 276, 277, 278, 279, 281, 285, 329
puissance publique, 8, 10, 11, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 25, 34, 50, 59, 61, 84, 96, 105, 114, 184, 289, 293, 297, 301

R

radiation, 252, 257, 259, 262, 264, 266
recel d'abus de biens sociaux, 154, 213
recommandations, 74, 78, 88, 182, 187, 193, 210, 213, 230
recours administratif préalable obligatoire, 281, 282
réhabilitation, 50, 205, 206, 207
relèvement judiciaire, 203
répression, 8, 14, 20, 27, 28, 41, 43, 44, 59, 70, 81, 97, 98, 100, 104, 125, 129, 130, 138, 150, 156, 162, 166, 170, 175, 177, 179, 180, 182, 187, 197, 199, 202, 203, 208, 230, 233, 237, 242, 246, 247, 253, 257, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 310, 311, 314, 318
réserve parlementaire, 190, 191
responsabilité administrative, 289, 291, 292, 293, 295, 304, 330
responsabilité disciplinaire, 253, 257
responsabilité pénale, 48, 49, 50, 63, 113, 246, 250, 253, 254, 255, 268, 283, 315, 320
responsabilité pénale des personnes morales, 48, 49
révocation, 39, 252, 263, 264, 274

S

sanctions disciplinaires, 246, 252, 256, 262, 263, 265, 266, 271, 273
secret professionnel, 155, 158, 159, 160, 161
secret-défense, 160, 192
Service Central de Prévention de la Corruption, 36, 61, 62, 63, 75, 178, 183, 314, 315
service public, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 32, 35, 38, 40, 41, 44, 46, 47, 49, 50, 52, 53, 56, 58, 64, 69, 73, 82, 88, 98, 115, 119, 121, 122, 127, 128, 131, 133, 135, 136, 138, 142, 143, 156, 157, 158, 159, 171, 181, 185, 197, 201, 202, 214, 228, 243, 264, 276, 286, 291, 293, 296, 297, 300, 302, 304, 307
soustraction et le détournement de biens, 40, 121
surveillance, 9, 14, 29, 30, 32, 33, 34, 38, 39, 70, 81, 82, 97, 119, 120, 137, 180, 210, 295, 298, 306, 307

T

trafic d'influence, 7, 28, 44, 45, 46, 116, 117, 118, 123, 132, 135, 136, 139, 142, 143, 144, 163, 164, 165, 167, 184, 195, 201, 202, 209, 210, 213, 214, 250, 263, 264, 279, 281, 306, 318

V

valeurs fondamentales, 57, 58, 244

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE.....	4
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION.....	10
PARTIE 1 : LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS REQUIS PAR LE LÉGISLATEUR	14
<i>TITRE 1 : LES EXIGENCES QUANT AUX PERSONNES</i>	<i>16</i>
CHAPITRE 1 :	
LA QUALITÉ DE L'AUTEUR REQUISE PAR LE LÉGISLATEUR	17
SECTION I : LES EXPRESSIONS GÉNÉRIQUES RETENUES PAR LE LÉGISLATEUR	20
Paragraphe I : Personne dépositaire de l'autorité publique ou investie d'un mandat électif public.....	21
A- LA DÉLÉGATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.....	22
B - LE POUVOIR DE DÉCISION ET DE CONTRAINTE	23
Paragraphe II : Personne chargée d'une mission de service public	27
A – LA NÉCESSITÉ DE LA SATISFACTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL	27
B – LA NÉCESSITÉ DU CONTRÔLE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE	30
SECTION II : LES INSUFFISANCES DE L'EFFORT D'UNIFORMISATION DU LÉGISLATEUR.....	33
Paragraphe I : En raison des spécificités de ces incriminations	33
A – LA PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES PROPRES À CHAQUE INCRIMINATION.....	34
B – L'ADJONCTION D'AUTRES PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE POURSUIVIES.....	55
Paragraphe II : En raison de la situation irrégulière de la personne poursuivie.....	60
A – LES IRRÉGULARITÉS POSSIBLES	65
B – LES CONSÉQUENCES POSSIBLES	66
CHAPITRE 2 :	
LA PROTECTION PÉNALE DU DEVOIR DE PROBITÉ	68
SECTION I : POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS.....	71
Paragraphe I : L'élaboration d'un dispositif global de prévention des conflits d'intérêts	77
A –LES INCOMPATIBILITÉS DE PRÉCAUTION	79
B – LES DÉCLARATIONS D'INTÉRÊTS	85
Paragraphe II : Le traitement des conflits d'intérêts	94

A – LES DÉLITS DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS	95
B – L'ACTUALISATION DU STATUT GÉNÉRAL DE LA FONCTION PUBLIQUE	97
SECTION II : POUR LA MORALISATION DE LA VIE PUBLIQUE	102
Paragraphe I : Pour la confiance du public à l'égard des organes administratifs	104
A – LA NÉCESSAIRE CRÉDIBILITÉ DE L'ADMINISTRATION	105
B – LA NÉCESSAIRE QUALITÉ DE SERVICE DANS L'ADMINISTRATION	110
Paragraphe II : Pour la sauvegarde des intérêts patrimoniaux de l'État	113
A – LE RENFORCEMENT DE LA RENTABILITÉ DES ENTREPRISES ET DU TISSU ÉCONOMIQUE	114
B – LA MODERNISATION DES OUTILS D'INTERVENTION DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE	116
TITRE 2 : LES EXIGENCES QUANT AUX COMPORTEMENTS	118
CHAPITRE 1 :	
LES COMPORTEMENTS INCRIMINÉS PAR LE LÉGISLATEUR	119
SECTION I : LES COMPOSANTES DE CES INFRACTIONS	120
Paragraphe I : La matérialisation de ces infractions	120
A – LA PERCEPTION INDUE	120
B – L'OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ	126
Paragraphe II : L'élément intentionnel de ces infractions	129
A – LA NÉCESSITÉ D'UNE INTENTION COUPABLE	129
B – LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES	135
SECTION II : LES PARTICULARITÉS DE CES INFRACTIONS	139
Paragraphe I : Les similitudes	139
A – L'ABUS DE FONCTION	139
B – LE LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE L'ACTE ET LES FONCTIONS	141
Paragraphe II : Les éléments distinctifs	143
A – DISTINCTION DES DÉLITS DE CONCUSSION ET DE CORRUPTION	143
B – DISTINCTION DES DÉLITS DE TRAFIC D'INFLUENCE ET DE CORRUPTION PASSIVE	145
CHAPITRE 2 :	
L'INTERFÉRENCE DE CERTAINES INFRACTIONS VOISINES	148
SECTION I : LES INFRACTIONS VOISINES	148
Paragraphe I : Les autres délits applicables aux marchés publics	148
A – LE DÉLIT DE PARTICIPATION PERSONNELLE À UNE ENTENTE	151
B – LES DÉLITS D'ABUS DE BIENS SOCIAUX ET DE FAUX	153
Paragraphe II : La qualité de fonctionnaire ou dépositaire de l'autorité publique, une circonstance aggravante	158
A – POUR LES DÉLITS DE FAUX ET INFRACTIONS VOISINES	158

B – LA PROBLÉMATIQUE DES ATTEINTES AU SECRET PROFESSIONNEL.....	161
SECTION II : LES CONSÉQUENCES DE L’INTERFÉRENCE DE CES INFRACTIONS	164
Paragraphe I : Le cumul d’infractions et les conflits de qualifications	165
L’interférence des infractions voisines conduit dans certains cas à des cumuls d’infractions et à des conflits de qualifications.	165
A – LE CUMUL D’INFRACTIONS	165
B – LES CONFLITS DE QUALIFICATIONS	167
Paragraphe II : Une liste non exhaustive des atteintes à la probité	171
A – L’ADJONCTION D’AUTRES ABUS DE FONCTION À LA LISTE DES ATTEINTES À LA PROBITÉ.....	172
B – L’ADJONCTION DE CERTAINS ABUS D’AUTORITÉ À LA LISTE DES ATTEINTES À LA PROBITÉ	175
PARTIE 2 : L’ARSENAL RÉPRESSIF REQUIS PAR LE LÉGISLATEUR.....	179
TITRE 1 : LES MODALITÉS DE LA RÉPRESSION.....	180
CHAPITRE 1 :	
LES DISPOSITIFS DE PRÉVENTION ET DE SANCTION.....	181
SECTION I : LA MISE EN PLACE DE MESURES PRÉVENTIVES ET RÉPRESSIVES	182
Paragraphe I : Les nécessaires institutions et procédures spécifiques	182
A – LA PRÉSENTATION DES DIVERSES INSTITUTIONS ET PROCÉDURES	182
B – LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DU DROIT À L’INFORMATION	192
Paragraphe II : La mise en place de sanctions sévères.....	198
A - L’IMPÉRATIF DE QUALITÉ DE LA LOI ET D’EFFICACITÉ DES SANCTIONS ..	200
B - LA NÉCESSITE D’UNE APPROCHE ÉQUILIBRÉE DANS LA RÉPRESSION	202
SECTION II : LES SANCTIONS APPLICABLES	204
Paragraphe I : Les peines applicables	204
A – LES PEINES PRINCIPALES	204
B – LES PEINES COMPLÉMENTAIRES	205
Paragraphe II : La dépénalisation applicable	207
A – VERS UNE DÉPÉNALISATION DU CONTENTIEUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?	207
B – INCIDENCE DU RELÈVEMENT JUDICIAIRE	208
CHAPITRE 2 :	
LA POLITIQUE CRIMINELLE MISE EN PLACE	211
SECTION I : LES RÈGLES DE PROCÉDURE	213
Paragraphe I : L’action publique.....	215
A – LA PRESCRIPTION DE L’ACTION PUBLIQUE.....	216
B – LA FIN DU MONOPOLE DU MINISTÈRE PUBLIC	219
Paragraphe II : L’action civile.....	222

A – LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE	223
B – L’AUTORISATION PRÉALABLE DU JUGE ADMINISTRATIF	229
SECTION II : LES RÈGLES DE RECHERCHE DE PREUVE	235
Paragraphe I : L’institution du Procureur de la République financier	236
A – LE CHAMP DE COMPÉTENCE DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE FINANCIER.....	237
B – DES SERVICES D’ENQUÊTE SPÉCIALISÉS.....	239
Paragraphe II : Les juridictions compétentes	242
A – LA SUPPRESSION DES PÔLES ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS ET LA MODIFICATION DU CRITÈRE DE COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS INTER-RÉGIONALES SPECIALISÉES (JIRS)	242
B – LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE COMPÉTENCE	245
TITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA RÉPRESSION	247
CHAPITRE 1 :	
LES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE DE L’AGENT PUBLIC.....	250
SECTION I : LE CUMUL DES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE	255
Paragraphe I : La nécessité de l’existence d’une faute.....	257
A - LA FAUTE PÉNALE	257
B - LA FAUTE DISCIPLINAIRE	259
Paragraphe II : L’indépendance des procédures pénale et disciplinaire	261
A – INTERACTIONS ET AUTONOMIE.....	264
B - L’INDIFFÉRENCE DE LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU 18 MARS 2015.....	267
SECTION II : LA « PROTECTION FONCTIONNELLE » DE L’AGENT PUBLIC	274
Paragraphe I : Les principes généraux de la « protection fonctionnelle »	277
A - L’OBLIGATION DE PROTECTION	281
B - L’AUTONOMIE DU DROIT DE LA PROTECTION AU REGARD DU DROIT DISCIPLINAIRE	283
Paragraphe II : Protection de l’agent pénalement mis en cause	284
A – LES CONDITIONS D’OCTROI DE LA PROTECTION.....	284
B – LA SITUATION STATUTAIRE DE L’AGENT FAISANT L’OBJET DE POURSUITES PÉNALES	285
CHAPITRE 2 :	
LES AUTRES RESPONSABILITÉS ENCOURUES	288
SECTION I : LA RESPONSABILITÉ DE L’ADMINISTRATION	290
Paragraphe I : Les fondements de la responsabilité administrative	293
A - LA FAUTE DE SERVICE	294
B – LES ACTIONS RÉCURSOIRES.....	295
Paragraphe II : Les théories du cumul.....	300

A – CUMUL DE FAUTES	300
B – CUMUL DE RESPONSABILITÉS	301
SECTION II : LES RESPONSABILITÉS CIVILE ET FINANCIÈRE DE L'AGENT PUBLIC.....	303
Paragraphe I : La responsabilité civile	303
A – ÉLÉMENTS DE DÉFINITION DE LA FAUTE PERSONNELLE.....	303
B – L'INAPPLICATION DE LA GARANTIE CONTRE LES CONDAMNATIONS CIVILES.....	305
Paragraphe II : La responsabilité financière.....	308
A – FAUTE DE GESTION OU GESTION DE FAIT.....	308
B – CONSÉQUENCES.....	309
CONCLUSION.....	311
BIBLIOGRAPHIE.....	315
INDEX.....	327
TABLE DES MATIERES	331
RESUMÉ.....	336
SUMMARY.....	336

RESUMÉ

La probité relative aux devoirs envers autrui et aux devoirs de la vie civile, a pour synonyme le mot « *intégrité* » auquel s'attache l'idée particulière d'une pureté qui ne se laisse entamer ni corrompre. En ce qui concerne les atteintes à la probité, il convient d'appréhender la probité comme un devoir dont le manquement est pénalement sanctionné.

En effet, le droit pénal français punit les manquements au devoir de probité qui sont généralement le fait de personnes exerçant des fonctions publiques. Ces incriminations se distinguent les unes des autres par leurs éléments constitutifs, leurs modalités d'accomplissement ou leurs finalités.

Les atteintes à la probité méritent d'être étudiées compte tenu de la qualité singulière de leurs auteurs qui ne sont pas des délinquants ordinaires mais des représentants de la puissance publique.

A travers cette étude des atteintes à la probité, nous tenterons de mettre en exergue l'importance considérable de ces infractions qui touchent à la puissance publique et la nécessité d'une répression accentuée destinée à sauvegarder les intérêts fondamentaux de la Nation, à prévenir les conflits d'intérêts, à moraliser la vie publique et à rappeler à l'ordre les personnes exerçant une fonction publique et soumises à l'exigence d'exemplarité.

Mots clefs : probité, atteinte, manquement, devoir, concussion, corruption, favoritisme, trafic d'influence, conflit d'intérêts, détournement, soustraction, fonction publique, fonctionnaire, administration, service public, intérêt général, responsabilité, faute, agent public, ingérence, prise illégale d'intérêt, deniers publics, avantage injustifié, perception induue, répression, puissance publique, autorité publique, incompatibilité, déclaration d'intérêt, inéligibilité, exemplarité, lobbying, prérogatives.

INFRINGEMENTS ON THE RIGHTEOUSNESS

SUMMARY

The righteousness relative to the duties to others and to the duties of the civil life, has for synonym the word "integrity" to which becomes attached the particular idea of a purity which is allowed affect nor corrupt. As regards infringements on the righteousness, it is advisable to arrest the righteousness as a duty the breach of which is penally punished.

Indeed, the French criminal law punishes the breaches in the duty of righteousness which are generally the fact of people holding public functions. These incriminations distinguish themselves some of the others by their constituent elements, their modalities of fulfillment or their ends.

Infringements on the righteousness deserve to be studied considering the singular quality of their authors who are not ordinary delinquents but representatives of the public authorities.

Through this study of infringements on the righteousness, we shall try to highlight the considerable importance of these breaches which affect the public authorities and the necessity of a stressed repression intended to protect the fundamental interests of the Nation, to prevent conflicts of interests, to moralize the public life and to call in to order the holding people a public function and subjected to the requirement of exemplary nature.

Keywords : Righteousness, infringement, breach, duty, misappropriation of public funds, corruption, favoritism, trading of favours, conflict of interests, misappropriation(diversion), subtraction, public service, state employee, administration, public service, general interest, responsibility, fault, civil servant, intervention, illegal grip of interest, public money, inequitable advantage, inconvenient perception, repression, public authorities, public authority, incompatibility, declaration of interest, ineligibility, exemplary nature, lobbying, privileges.