

**Sécuriser l'action des autorités publiques dans le respect de la
légalité et des principes du droit**

*Mission confiée à Christian Vigouroux, président de section honoraire au
Conseil d'Etat*

Rapporteur général : Florian Roussel, maître des requêtes au Conseil d'Etat

*Avec le concours de Didier Guérin, président de chambre honoraire à la Cour de
cassation*

*Et avec la participation de Pascal Girault, inspecteur général de l'administration,
et de Charles Duchaine, inspecteur général de la justice*

Introduction _____ **7**

1^{ère} partie : Un risque pénal fortement ressenti par les décideurs publics et qui appelle une réponse adaptée du législateur et de l'autorité administrative _____ **15**

1.1. Des mises en cause pénales perturbantes pour l'activité administrative et source de doutes pour les décideurs publics _____ **15**

1.1.1. Un insécurité pénale accrue ressentie par les décideurs	15
1.1.1.1. Une forte préoccupation évoquée depuis une trentaine d'années	15
a) L'affaire de l'incendie du « 5-7 » : polémique et interrogations	15
b) Des préoccupations de nouveau attisées dans les années 1990	17
c) Une inquiétude maintes fois exprimée ces dernières années	17
1.1.1.2. Une inquiétude qui s'étend à de nouveaux types d'infractions	18
1.1.1.3. Une tendance perçue par l'ensemble des catégories de décideurs publics	20
1.1.1.4. Un phénomène aux origines diverses	21
1.1.2. Des mises en cause pénales relativement peu nombreuses mais souvent longues et à l'issue très variable	23
1.1.2.1. Difficultés et précautions méthodologiques	23
1.1.2.2. Un phénomène assez limité en valeur absolue	25
1.1.2.3. Des différences substantielles avec la population générale en ce qui concerne l'origine des poursuites et les suites qui leur sont réservées	26
1.1.2.4. Des évolutions concernant le nombre de mises en cause et de condamnations plus marquées sur le long-terme et concernant les collectivités territoriales	26
1.1.2.5. Les tendances constatées en ce qui concerne la nature des infractions commises	27
1.1.3. Un phénomène déstabilisant pour les décideurs comme pour l'administration	31
1.1.3.1. Une nécessaire réponse dans l'intérêt public	31
1.1.3.2. Une nécessaire réponse pour le bon exercice de leurs fonctions par les décideurs publics	32

1.2. L'intérêt de nouvelles réponses de la part du législateur et de l'employeur public _____ **34**

1.2.1. Des réponses qui n'ont encore été que très partielles	34
1.2.2. Les difficultés d'une réforme	35
1.2.3. Des obstacles qui peuvent être surmontés	36
1.2.3.1. La nécessaire évolution de certaines règles pénales de fond	36
1.2.3.2. Une approche qui se doit d'être équilibrée	37
1.2.3.3. Une approche élargie à la procédure pénale, à la prévention et à l'accompagnement	38

2^{ème} partie : Mieux proportionner la réponse pénale à la nature et à la gravité des faits et aux contraintes des autorités publiques _____ **39**

2.1. Une réforme qui doit être mise en œuvre dans le respect du principe d'égalité devant la loi pénale _____ **39**

2.1.1. Un cadre constitutionnel qui permet d'adapter la loi pénale aux contraintes inhérentes aux missions des élus et agents publics	39
2.1.2. Une exonération de responsabilité pénale insusceptible de s'appliquer à tous les actes des décideurs publics non détachables du service	43

2.2. Revoir les éléments constitutifs de certaines infractions spécifiques aux élus et aux agents publics _____ **44**

2.2.1 Les principes suivis par la mission	45
2.2.1.1 Des propositions sous le sceau de l'équilibre entre moralisation et sécurisation des autorités publiques	45
2.2.1.2 L'orientation générale de la mission : mieux distinguer la légalité et la répression pénale	46

2.2.2. Au plan de la légalité administrative, mieux cibler l'interdiction des conflits d'intérêts	48
2.2.2.1. Les modifications déjà opérées au plan de la légalité pour assouplir les contraintes	49
2.2.2.2. De nouveaux assouplissements du cadre d'intervention des représentants des collectivités territoriales au sein de certains organismes	50
2.2.2.3. De nouveaux assouplissements du cadre d'intervention des représentants de l'Etat au sein de certains organismes au titre de leurs activités de tutelle et de contrôle	53
2.2.3 Au plan pénal, mieux cibler le délit de prise illégale d'intérêts	53
2.2.3.1. Une infraction aux contours qui interrogent	53
a) Un champ d'application particulièrement étendu	54
b) Une infraction formelle, qui ne prend pas suffisamment en compte l'intention de l'auteur des faits	56
c) Des dispositions de droit pénal qui s'articulent difficilement avec les textes non pénaux prohibant les conflits d'intérêts	57
d) Des évolutions législatives récentes : une tension historique entre rigueur et exemplarité et le souci de préserver la décision de l'aléa et insécurité juridique	59
e) Des propositions récurrentes tendant à une réforme de plus grande ampleur de la législation pénale ou administrative en cas d'interférence entre deux intérêts publics	60
2.2.3.2. Resserer les éléments constitutifs de la prise illégale d'intérêts	61
2.2.3.2.1. Les propositions	62
a) Revenir sur la répression pénale des situations d'interférences entre des intérêts publics	62
b) Exclure du champ de l'infraction l'acte accompli en vue de répondre à une nécessité impérieuse	64
c) Mieux affirmer l'effectivité de l'atteinte à l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité	65
d) Mieux articuler les différents textes applicables et clarifier leur rédaction	65
2.2.3.2.2 Les réflexions ouvertes : mieux affirmer l'élément intentionnel de l'infraction	66
2.2.3.2.3. Les propositions non retenues	68
2.2.4. Revoir les éléments constitutifs du délit de favoritisme	73
2.2.4.1. Une infraction qui se déduit aujourd'hui de la seule méconnaissance du droit de la commande publique	73
2.2.4.2. L'opportunité d'une réforme	74
2.2.4.3. Prévoir un motif d'exonération de responsabilité pénale lorsque l' élu ou l'agent agit uniquement en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux	75
2.2.4.4. Piste de réflexion : faire de l'intention délibérée de favoriser un candidat un élément constitutif du délit	76
2.3. Mieux sécuriser les décideurs publics qui prennent des risques dans l'action	77
2.3.1. L'hypothèse d'une réforme de portée générale : une nécessité qui n'apparaît pas	78
2.3.1.1. La loi « Fauchon - Guigou » 24 ans après : un bilan global satisfaisant en dépit de controverses ponctuelles	78
2.3.1.2. L'inopportunité d'évolutions de portée générale	81
a) Les trois options évoquées	81
b) Les motifs qui conduisent à écarter ces options	83
2.3.2. Limiter plus strictement les mises en cause pénale à raison d'activités de prévention d'un danger majeur pour l'intégrité des personnes	85
2.3.2.1. Objet de l'exonération proposée	85
2.3.2.2. La différence par rapport à l'exonération actuelle sur l'état de nécessité : un champ plus limité mais une protection accrue pour les intéressés	86
2.3.2.3. Une piste de réflexion complémentaire : limiter la mise en cause pénale en cas de carence à prendre une mesure nécessaire à la prévention d'un danger majeur pour l'intégrité des personnes	89
2.4. Mieux sécuriser les décideurs publics qui se méprennent sur le droit applicable	90
2.4.1. L'opportunité d'une réforme de portée générale	90
2.4.1.1. Etendre le champ d'application du motif d'exonération de responsabilité pénale relatif à l'erreur de droit (article 122-3 du code pénal)	90

a)	Un motif d'exonération de responsabilité pénale à la portée extrêmement circonscrite	91
b)	Des assouplissements souhaitables	91
c)	Une piste écartée : faire référence au caractère difficilement surmontable de l'erreur	92
d)	Option proposée : faire référence à une prise de position de l'administration compétente pour interpréter le texte	92
2.4.1.2.	Exonérer le décideur en cas d'autorisation donnée par l'autorité légitime (article 122-4 du code pénal)	94
2.4.2.	La possibilité d'une mesure spécifique concernant le droit de dérogation des préfets	95
2.5.	Pas de recommandations spécifiques pour les infractions pénales en matière d'environnement, d'urbanisme et d'atteinte aux libertés publiques	98
3^{ème} partie :	Aménager certaines règles de procédure pénale	99
3.1.	Des conditions d'engagement des poursuites pénales à l'encontre des élus et des agents publics qui doivent continuer à relever, pour l'essentiel, du droit commun	99
3.1.1.	Des garanties procédurales spécifiques désormais circonscrites aux militaires	99
3.1.2.	La réintroduction de « verrous » procéduraux : une piste à exclure	100
3.2.	Veiller à la célérité du traitement des procédures pénales engagées contre les décideurs publics	101
3.2.1.	Inciter les procureurs à faire usage de leurs prérogatives en vue d'un prompt traitement des affaires	101
3.2.2.	Renforcer les compétences de la police judiciaire et des unités spécialisées sur les infractions difficiles à caractériser	103
3.3.	Assurer la sérénité des procédures pénales par un dépaysement dans le ressort d'une autre cour d'appel en cas de mise en cause d'un décideur public	104
3.4.	Prévenir la stigmatisation des personnes mises en cause par un recours plus encadré à la mise en examen	105
3.4.1.	Un statut de mis en examen devenu de plus en plus stigmatisant	105
3.4.2.	Un recours toujours excessif à la mise en examen en dépit des évolutions législatives récentes	106
3.4.2.1.	Des évolutions législatives récentes qui privilégient le statut de témoin assisté sur celui de mis en examen	106
3.4.2.2.	Un recours toujours excessif à la mise en examen	108
3.4.3.	Limiter la mise en examen au cas où une mesure coercitive est décidée ou préalablement au renvoi devant une juridiction de jugement	109
4^{ème} partie :	Accompagner et protéger plus efficacement les élus et les agents publics face au « risque pénal »	111
4.1.	Mieux prévenir le « risque pénal »	111
4.1.1.	Cartographier les risques	111
4.1.2.	Développer l'offre de formation	112
4.1.3.	Encourager les décideurs à solliciter l'avis des organismes spécialisés lorsqu'ils identifient un risque pénal	113
4.1.4.	Mettre en place un « droit de tirage » au bénéfice de certaines administrations pour recourir à des avocats	115
4.1.5.	Elargir et rendre plus effective la procédure de demande d'avis à la HATVP sur des questions déontologiques	116
4.1.6.	Diversifier et généraliser le dispositif des référents déontologues	117
4.1.6.1.	Renforcer le dispositif applicable aux fonctionnaires	117
a)	L'organisation actuelle du dispositif	117
b)	L'intérêt d'un tandem de référents	118

4.1.6.2. Généraliser et adapter le nouveau dispositif des référents applicable aux élus locaux	119
a) Un dispositif récemment étendu aux élus locaux, selon des modalités particulières	119
b) Des élus qui doivent tous avoir accès à un référent	119
c) Permettre la désignation de plein droit de centres de gestion comme référents des élus	120
d) L'inopportunité d'une réforme de plus grande ampleur	120
4.2. Renforcer l'accompagnement des élus et agents publics mis en cause	121
4.2.1. Renforcer la protection fonctionnelle	121
4.2.1.1. Des conditions d'octroi étroitement encadrées par la loi	121
4.2.1.2. Ne pas remettre en cause le caractère inconditionnel de la protection fonctionnelle	122
4.2.1.3. Harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux fonctionnaires et aux élus et consacrer son bénéfice en cas d'audition libre	123
a) Un champ d'application qui diffère aujourd'hui selon les agents et les élus	123
b) Consacrer le droit des fonctionnaires au bénéfice de la protection fonctionnelle en cas d'audition libre	124
c) Harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux agents publics	125
d) Harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux autres élus locaux	125
4.2.1.5. Permettre, dans certaines hypothèses, l'octroi de la protection fonctionnelle avant l'engagement des poursuites pénales	126
4.2.1.6. Autoriser, dans certaines circonstances, l'octroi de la protection fonctionnelle pour certaines infractions qualifiées de manquements à la probité	128
4.2.1.7. Octroyer la protection fonctionnelle en cas de mise en cause de la responsabilité financière du décideur public ?	129
4.2.2. Promouvoir la constitution d'archives et en faciliter l'accès aux personnes mises en cause	130
4.3. Mieux protéger la présomption d'innocence	132
4.3.1. Les moyens d'action actuels pour protéger la présomption d'innocence	132
4.3.1.1. Les décideurs publics, victimes régulières d'atteintes à la présomption d'innocence sur les réseaux sociaux	132
4.3.1.2. Les limites du cadre juridique actuel destiné à protéger la présomption d'innocence	132
4.3.2. Etendre le champ d'application de l'action en protection de la présomption d'innocence devant le juge civil	134
4.3.3. Permettre à l'employeur public (Etat ou collectivité territoriale) d'exercer l'action en protection de la présomption d'innocence	135
4.4. Mieux informer les autorités de poursuite sur les éléments de contexte des collectivités et des services	135
5^{ème} partie : Les alternatives éventuelles à la voie pénale	137
5.1. Une option non retenue : l'extension du champ de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public	137
5.2. Une option à examiner ultérieurement en fonction des résultats de la réforme de 2022 : le transfert de la sanction de certaines atteintes à la probité du pénal au financier	139
5.2.1. La priorité : mettre en œuvre de façon progressive la réforme de 2022 sur la responsabilité financière des décideurs	139
5.2.2. D'éventuelles réformes qui ne concourraient pas à la sécurisation des décideurs	142
5.2.3. Une réflexion possible sur un meilleur accompagnement des agents mis en cause	143
5.3. Les options proposées ou à approfondir	145
5.3.1. Veiller à l'effectivité de la réponse administrative et disciplinaire	145

5.3.2. Reconnaître à la HATVP d'un pouvoir de sanction en cas de non-remise d'une déclaration, en lieu et place de l'actuel délit _____	145
5.3.3. Orienter les victimes vers la réparation plutôt que vers la punition _____	147
5.3.3.1. Une incidence possible sur la pénalisation de la vie publique _____	147
5.3.3.2. Orienter les victimes vers la réparation devant le juge civil _____	147
5.3.3.3. Renforcer les pouvoirs d'investigation du juge administratif _____	149
Conclusion _____	151
Annexes _____	153
Lettre de mission _____	154
Composition de la mission _____	156
Liste des personnes auditionnées _____	157
Liste des personnes ayant remis des contributions écrites _____	161
Liste des propositions _____	162
Liste des propositions (tableau tricolore) _____	166
Etude statistique réalisée par la DACG sur les infractions commises par les décideurs publics	184
Enquête diligentée à la demande de la mission par la DACG auprès de quatre parquets généraux _____	197

Introduction

La mission a pour objet de favoriser un nouvel élan à l'action publique en clarifiant et encadrant autant que nécessaire les sanctions, notamment pénales, contre les décideurs publics. Ainsi que l'indique la lettre de mission du Premier ministre en date du 11 mars 2024, il s'agit de mieux tenir compte de « *missions, des compétences et des moyens* » de ces décideurs publics avant de les pénaliser. Il est d'intérêt public d'éviter l'inertie et le renoncement.

La mission a en mémoire la longue histoire de ce sujet.

Dans ses *Etudes administratives* parues 1845¹, Vivien avait mis en garde : « *que l'autorité judiciaire soit appelée à prononcer sur des questions [administratives], l'administration tout entière passera entre ses mains ; elle en pourra citer les agents à sa barre, et les frapper d'interdit. Le principe de la séparation des pouvoirs disparaîtrait dans cette fonctions (...) les agents sous la menace perpétuelle de poursuites judiciaires tomberaient dans le découragement et pourraient, à toute heure, être arrachés à leurs fonctions : double danger pour le service public. La sagesse des magistrats ne suffirait point à le conjurer (...) Louables dans leur rigorisme, quand elles s'appliquent aux questions privées, les habitudes d'esprit des magistrats ne se prêtent point à des appréciations qui comportent toujours quelque chose de discrétionnaire* ».

Depuis un siècle et demi, la Terre a tourné et, avec elle, la justice pénale a progressivement conquis son indépendance et son impartialité. L'important est que, dans l'exercice de leurs différentes responsabilités, les juges et les administrateurs trouvent leur juste place respective.

Le premier devoir du décideur public est le respect et le service de la loi. Nous recherchons donc un équilibre pour que le décideur soit non pas paralysé mais dynamisé dans sa mission.

Il ne saurait être question de retomber dans le « *privilège du fonctionnaire* ».

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII, selon lequel toute poursuite contre les fonctionnaires devait être précédée d'une *autorisation* du Conseil d'Etat, a été abrogé par le décret-loi du 13 septembre 1870. Puis est venue, en 1993², la suppression des « *privilèges de juridiction* » de l'article 681 du code de procédure pénale qui, pour nombre de décideurs à mission sensible (maires, membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, de la préfectorale) poursuivis pour des crimes ou des délits dans l'exercice de leurs fonctions, obligeait le procureur saisi à transmettre l'affaire au procureur général de la Cour de cassation pour désignation d'une chambre de l'instruction.

Aujourd'hui, ces procédures spéciales ont disparu. Le temps des privilèges est révolu. Doit venir le temps d'une administration active, protégée du précautionnisme paralysant. Comme le statut de la fonction publique et le statut de l' élu ne sont pas conçus comme un privilège mais comme un outil de travail au service des usagers, une responsabilité pénale

¹ Ed. Guillaumin, p.169

² 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 » dite « loi Sapin.

mieux définie, et le moins aléatoire possible, est nécessaire face aux défis auxquels est confronté notre pays.

La mission a également raisonné à partir des nombreux travaux sur ce thème de la responsabilité des décideurs et notamment :

- Rapport du Groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics (dit « rapport Massot »), remis au Garde des sceaux le 16 décembre 1999, en vue de la préparation de la loi « Fauchon – Guigou » ;
- Rapport public du Conseil d'Etat de 2005 : « *Responsabilité et socialisation du risque* » ;
- Etude du Conseil d'Etat intitulée : « *La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse* », adoptée par l'assemblée générale plénière le 26 avril 2018 (dit « rapport Silicani »).

Le présent rapport poursuit cinq objectifs et a retenu cinq champs d'investigations.

Les objectifs

1°) Il s'agit de promouvoir et de défendre, si besoin, l'Etat de droit, en précisant le droit de l'Etat et de la « puissance publique », pour que celle-ci demeure une *puissance*, capable d'agir et non seulement de commenter, de porter les réformes, et qu'elle veille à son caractère *public* au service de tous.

La Déclaration de 1789 proclame deux principes qui ont une grande portée pour la question de la responsabilité des décideurs publics :

- D'une part, le devoir pour « tout agent public » de rendre compte de son administration (article 15) ;
- D'autre part, le besoin pour la République d'une « force publique » – c'est-à-dire d'une administration ayant pour mission de défendre les libertés (article 12). Cette administration doit être exemplaire, tant vis-à-vis des citoyens que vis-à-vis d'elle-même (hiérarchie, agents).

L'Etat de droit suppose au préalable le respect de la justice, judiciaire comme administrative, au civil comme au pénal, quelle que soit la personne concernée ou mise en cause.

2°) Il s'agit, avant de sanctionner, d'encourager et d'inciter à la qualité du service public.

La mission recherche le renforcement de la qualité de l'action publique, dont nous avons plus besoin que jamais. Face à la guerre, face aux épidémies, face aux fractures de la société, le service public doit viser l'efficacité par la volonté, l'initiative et l'innovation. Pour satisfaire à ces exigences auxquelles correspond le principe de mutabilité, le service public doit savoir prendre des risques plutôt que de camper dans la « sécurité » du renoncement ou de l'abstention.

L'administration se doit d'être mue par l'esprit de réforme et de susciter les initiatives et les transformations indispensables du service public.

L'administration doit savoir manier la sanction mais aussi, et d'abord, la formation, l'évaluation, la promotion et la récompense.

3°) Il s'agit de punir sans faiblesse ce qui doit être puni. Le présent rapport n'est pas une machine à exonérer ce qui doit être sanctionné.

Il faut se souvenir des mots de Pascal, rappelés par Marc Bloch : « *Le zèle est étrange qui s'irrite contre ceux qui accusent des fautes publiques, et non pas contre ceux qui les commettent* ».

Ainsi, la corruption, le détournement de fonds publics volontaire, les atteintes aux libertés, les différentes formes de harcèlement sont délibérément hors de notre propos : ils doivent être combattus avec constance et volonté, conformément aux textes nationaux et internationaux (cf. rapport du Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO - du Conseil de l'Europe ou conventions des Nations unies et la « stratégie nationale pour la probité et contre la corruption » annoncée par le Garde des sceaux en décembre 2024 dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée).

La mission est aux côtés de tous ceux qui soutiennent activement « le plan national pluriannuel de lutte contre la corruption » (2024-2027), dont plusieurs des axes rejoignent ses propositions, et en particulier :

- l'axe 2 - « renforcer la maîtrise des risques d'atteintes à la probité dans la sphère publique » ;
- l'axe 4 - « mieux détecter et réprimer les atteintes à la probité ».

La France doit tenir son rang dans le concert international de lutte contre la corruption. De même, l'atteinte à la liberté individuelle doit, à l'évidence, rester punie, conformément au code pénal.

4°) Il s'agit de « sécuriser » moins les personnes que la capacité d'action au service de tous, pour favoriser l'efficacité de l'action d'intérêt général.

L'emploi fréquent de la notion de « risque pénal » montre que l'administrateur n'est jamais certain d'échapper totalement à une mise en cause pénale. Et cette sourde inquiétude ne favorise pas les innovations et les prises de risque.

Il ne s'agit pas d'une question de morale, comme l'évoquait, devant le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Chardeau dans ses conclusions sur une décision Société CRACCO du 25 janvier 1957³. Dans ce litige où était en cause un marché de travaux dont l'adjudicataire était le deuxième adjoint du maire, il concluait à la légalité de l'entorse aux principes des marchés publics, en récusant un éventuel « *principe supérieur de moralité administrative* », qui aurait impliqué que la moindre entorse à la loi soit nécessairement sanctionnée. Selon lui, en effet, ce principe était « *séduisant certes mais assez arbitraire car il ne résulte nullement des textes* ».

Le Conseil ne l'a cependant pas suivi, en refusant la souplesse proposée. Cette jurisprudence ancienne, avec désaccord entre le commissaire du gouvernement et le juge, montre bien l'insécurité juridique dans laquelle se trouve l'élu local face à une question de conflit d'intérêts.

Il ne s'agit pas d'exonérer telle ou telle catégorie de décideurs publics. Si l'article 122-4-1 du code pénal, issu de la loi « post Bataclan »⁴ du 3 juin 2016, prévoyait que « *n'est pas pénalement responsable* » le fonctionnaire de la police nationale ou le militaire de la gendarmerie nationale qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de

³ Conclusions contraires au Recueil Lebon, p. 56.

⁴ n° 2016-73

son arme »⁵, cette formule a été abrogée par l'article 1^{er} de la loi⁶ du 28 février 2017 relative à la sécurité publique. Le nouvel article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure⁷ ne reprend plus cette référence, même encadrée, à l'irresponsabilité pénale.

Il s'agit seulement de prendre pleinement en compte les caractéristiques de l'action publique. La nature de la mission du décideur public le confronte continuellement à une tension ou même à une contradiction de finalités.

Méconnaître les règles des marchés publics peut résulter de motivations différentes, dans certains cas en lien avec un intérêt public éminent, dans d'autres cas au seul service d'intérêts personnels.

Ainsi, Jean-Marc Sauvé exposait en 2013 : *« Je n'ai pas davantage accédé, dans des fonctions de directeur à la Chancellerie, bien avant que ne soit institué en 1991 le délit de favoritisme, aux pressantes recommandations d'un proche collaborateur du Président de la République tendant à ce que j'attribue sans mise en compétition et donc sans concours, à un architecte connu la maîtrise d'œuvre d'équipements pénitentiaires. Au demeurant, de telles recommandations, incompatibles avec les règles applicables et l'intérêt public, n'émanaient pas d'une autorité compétente pour me donner des instructions »*.

Dans le même ministère de la justice, à une autre période, le fait de rajouter deux étages à un palais de justice en construction et de confier ce supplément de travaux au prestataire choisi pour les étages précédents, sans repasser un nouveau marché pour ce motif, méconnaissait les règles de la commande publique. Mais l'opération correspondait au double intérêt public d'achever le palais de justice dans les temps et d'économiser de l'argent public. Le prestataire n'avait pas à démonter ses échafaudages et ses matériels pour que son éventuel successeur les remonte aussitôt afin de terminer le palais reconfiguré.

La finalité de l'opération au service de l'intérêt public ne doit ainsi jamais être perdue de vue.

5°) Il s'agit de respecter l'esprit de l'unité de l'institution, dont l'agent ou l'élu n'est que le mandataire ou le représentant.

Un décideur mis en cause renvoie à l'institution qui est, de ce fait, directement ou indirectement mise en cause elle-même. Elle ne peut et ne doit se désintéresser du sort de son agent ou de son responsable lequel engage la réputation de l'institution.

La mission entend renforcer l'action d'accompagnement du décideur mis en cause sous réserve que les différentes formes de protection ou de conseil respectent l'exception de « faute personnelle » qui exclut le soutien public.

Les cinq champs d'investigation :

⁵ « dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme »

⁶ n° 2017-258

⁷ « Dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité, les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent (...) faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée (...) ».

1°) Le champ d'expertise de la mission est nettement circonscrit :

a) En ce qui concerne les personnes

Son champ d'investigation porte principalement sur les responsables des collectivités territoriales (exécutifs, élus locaux, directeurs généraux des services) ou des administrations de l'Etat au plan local (préfets, directeurs de services, ARS, recteurs). Elle peut aussi s'étendre ponctuellement, et par voie de conséquence, à l'échelon national, qu'il s'agisse des ministres ou des autorités indépendantes.

Ainsi, les personnes concernées par les propositions du rapport peuvent dépasser le strict cadre des « décideurs », chefs de service ou directeurs.

Nous nous référons à la définition donnée aux articles 432-3 et 12 du code pénal : « *Personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou personne investie d'un mandat électif public* ».

Ainsi trois catégories de propositions se distinguent

- Celles qui ne visent spécifiquement qu'une catégorie de décideurs comme les préfets (proposition n° 14), les représentants de l'Etat (proposition n° 4) ou les élus locaux (propositions n°s 3, 22, 24, 25 ou 28) ;
- Celles qui visent l'ensemble des personnes chargées d'une mission de service public au sens des articles 432-3 et 12 précités (propositions n°s 5, 6, 10, 13, 18, 20 ou 27 à 30) ;
- Celles qui, du fait de l'égalité devant la loi pénale, s'appliqueraient à tous les citoyens, au-delà des décideurs et des personnes chargées d'une mission de service public (proposition n° 12).

b) En ce qui concerne les infractions

La mission se concentre, d'une part, sur les infractions non intentionnelles (loi « Fauchon - Guigou ») et, d'autre part, sur certaines infractions qualifiées par le code pénal d'atteintes au devoir de probité, dont le caractère trop automatique peut poser question : prise illégale d'intérêts et favoritisme.

L'objet de la mission n'est, en aucun cas, de traiter de la corruption ou d'autres infractions, révélant l'intention de leur auteur de procurer un avantage injustifié pour lui-même ou pour autrui, qui doivent être sanctionnées le plus efficacement possible. En particulier, la mission ne traite ni de la corruption passive ou active, ni du trafic d'influence, ni de l'abus de confiance ni du détournement de fonds publics volontaire.

2°) Il s'agit de choisir, pour chaque cas, la juste *nature* des sanctions à appliquer.

Le manquement, la faute, la carence ou l'erreur de jugement sont sanctionnés de différentes façons.

La palette des sanctions de nature différente est mentionnée dans le code pénal⁸. Au juge pénal, la sanction par la société pour la violation de ses règles fondamentales.

⁸ cf. par exemple l'article 216-10

A l'autorité disciplinaire, l'institution qui défend sa réputation et la dignité de ses fonctions contre les manquements de ses agents.

Au juge financier, la flétrissure de l'agent public qui mésuse des crédits que la collectivité lui a confiés.

Au juge administratif de la légalité, la suppression de la décision ou de la norme qui méconnaît la hiérarchie des textes depuis la Constitution.

Une action peut être illégale, et doit, comme telle, être bloquée, annulée ou suspendue, sans que la sanction pénale n'ait à compléter le dispositif.

La décision du Conseil d'Etat *Société Lambda* du 6 décembre 1996 illustre bien la distinction du droit pénal et de la légalité en droit administratif. Le juge administratif utilise le droit pénal mais « *le Conseil d'Etat a statué non en juge pénal mais en juge administratif. Il n'a pas sanctionné une personne, il a annulé un acte. Il n'a pas condamné l'intéressé pour un délit, il a seulement censuré sa nomination pour excès de pouvoir* ». La légalité administrative comprend aussi le droit pénal.

3°) Il s'agit de préciser les conditions d'exonération et de modulation éventuelle de la sanction pénale par la prise en compte de la cause et des circonstances de l'acte ou de l'abstention qui fondent la demande de sanction.

Ces circonstances peuvent être aggravantes (répétition, absence de prise en compte des alertes), ou atténuantes (urgence, conflits sociaux, absence d'alerte de l'autorité supérieure).

Selon les fautes et infractions, la mission s'est interrogée sur les circonstances susceptibles d'atténuer la responsabilité des décideurs :

➤ La finalité poursuivie et la prépondérance de l'intérêt public (par ex. en droit de l'urbanisme, lorsqu'est élaboré un « projet d'intérêt général », ou encore dans le cas des militaires en opération)

➤ L'urgence impérieuse

➤ L'absence de fins ou d'enrichissement personnels

Ainsi, par exemple, faut-il prendre en compte la circonstance que l'auteur des faits n'a retiré aucun profit personnel d'une situation dans laquelle il n'y avait aucune contradiction entre l'intérêt particulier et l'intérêt général ? Dans une décision de refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité⁹, la Cour de cassation n'a pas tenu compte d'une telle absence de recherche de satisfaction d'intérêts personnels en matière de prise illégale d'intérêts.

➤ Le défaut de préjudice ou de « grave » préjudice à la collectivité publique (V. par ex. l'ordonnance du 23 mars 2022¹⁰ sur la juridiction financière) ;

➤ Le faible degré d'intensité de l'erreur¹¹ (par ex. notion de violation « caractérisée » ou « manifeste » d'une règle ou de manquement « grave » ou de violation d'une règle impérieuse de sécurité).

⁹ Cass Crim 22 octobre 2008 n°08-82068

¹⁰ n° 2022-408

¹¹ Cf. Le bien commun, 2020, p.148 - Alexandre Lallet et Jean Lessi distinguent élus locaux moins exposés que ministres et parlementaires nationaux

Pour évaluer la gravité du manquement éventuel, il est possible de retenir quatre degrés :

- La négation de la probité par violation de la mission au profit d'un intérêt personnel et au mépris de l'intérêt général ;
- Le manquement frontal, inadmissible, contraire aux principes ;
- L'erreur de jugement dans le choix des options ;
- La prise de risque consciente en vue d'obtenir un résultat d'intérêt général.

➤ L'absence de compétences et de moyens affectés

Le code pénal sait intégrer cette donnée. Ainsi, l'article 121-3 du code pénal, consacré aux délits non intentionnels, considère chez l'auteur « *la nature de ses missions, ou de ses fonctions, ses compétences ainsi que le pouvoir et des moyens dont il dispose* ».

Cette circonstance peut et doit être prise en considération au moment de la sanction. Le rapport de Boris Ravignon sur le « *coût du millefeuille administratif* »¹² relevait, à cet égard, que « *la confusion entre les responsabilités...fait obstacle au développement d'une véritable redevabilité* ».

Ainsi, par exemple, une infirmière pénitentiaire ne saurait être sanctionnée pour avoir refusé de sauver un détenu dangereux de maison centrale atteint d'un malaise quand l'administration lui avait refusé, pour son intervention, tout accompagnement de sécurité pour son intervention¹³.

➤ L'absence de marge d'initiative personnelle

Tel est le cas lorsque l'agent agit :

- En application d'instructions hiérarchiques (V. par ex. la pratique des « lettres de commandement » et l'article 122-4 du code pénal relatif à « *l'acte commandé par l'autorité légitime* ») ;
- En exécution de la loi ou du règlement (V. par ex., l'article 174 du décret « gendarmerie » du 20 mai 1903 : pour un tir mortel d'un gendarme sur un véhicule fuyard, « *la cause d'irresponsabilité pénale prévue par le texte (...) s'étend aux fautes involontaires commises aux cours de l'exécution de l'acte prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement* »¹⁴).

➤ Le défaut d'alerte ou d'avertissement préalable à l'attention de l'agent ou de l' élu mis en cause

➤ L'erreur de droit commise de bonne foi

4°) Peut-on, au regard du principe constitutionnel d'égalité, faire un sort particulier, en procédure pénale et en droit pénal, à une catégorie de justiciables ?

En 1999, le rapport « Massot »¹⁵ avait renoncé, du fait de cette question, à placer auprès de chaque procureur général une commission mixte de juges administratifs et financiers donnant un avis sur l'opportunité de la mise en cause d'un élu ou d'un fonctionnaire. Il s'agissait de rester dans le strict respect de l'égalité constitutionnelle.

¹² Rapport remis aux ministres des finances le 29 mai 2024

¹³ CE 15 mars 1999, Devic, n° 183545

¹⁴ Selon Cass. Crim., 5 janvier 2000, n° 98-85.700

¹⁵ p. 65

La mission entend veiller à la légalité des décisions prises par les décideurs publics, sans favoriser les uns par rapport aux autres et sans favoriser les décideurs publics par rapport aux citoyens et usagers. En même temps, un pays ne tient que par la force et la qualité de ses institutions.

Le code pénal consacre un chapitre spécifique à des infractions propres aux décideurs publics¹⁶. La mission formulera à la fois des propositions propres aux décideurs publics et des propositions générales.

Pour chaque proposition, il sera vérifié l'absence d'atteinte au principe d'égalité entre les fonctionnaires et les particuliers, ainsi que le juste partage des responsabilités entre chefs et exécutants (si le médecin est absent et l'opération se passe mal, l'interne et l'infirmière doivent-ils être condamnés ?).

5°) Le droit des victimes devra être respecté.

Le droit pénal a renforcé leurs initiatives et leurs droits¹⁷. Il en sera tenu compte. Et il conviendra de se souvenir que, pour les mesures générales (type loi « Fauchon – Guigou »), les effets des propositions doivent être vérifiés sur les contentieux des accidents du travail et de la route.

Au terme de ses investigations, la mission distinguera trois catégories de propositions :

- **En premier lieu, les « propositions » assumées et recommandées aux autorités commanditaires du rapport ;**
- **En deuxième lieu, les « pistes de réflexion ». Elles ne sont pas directement proposées par la mission, mais simplement présentées aux autorités à toutes fins utiles ;**
- **En troisième lieu, les options de réforme que la mission, après examen, écarte de ses conclusions.**

Pour chacune des propositions est jointe une esquisse de rédaction de texte législatif, sans qu'il soit prétendu que cet exercice de rédaction puisse être compris comme achevé et, a fortiori, comme définitif.

¹⁶ Chapitre II du titre 3 du livre IV : « des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique »

¹⁷ Cf. dans le titre préliminaire du code de procédure pénale, le sous-titre « des droits des victimes » (art 10-2 à 10-6) avec dans ce dernier article, les devoirs des administrations dans la gestion des catastrophes.

1^{ère} partie : Un risque pénal fortement ressenti par les décideurs publics et qui appelle une réponse adaptée du législateur et de l'autorité administrative

1.1. Des mises en cause pénales perturbantes pour l'activité administrative et source de doutes pour les décideurs publics

Le phénomène de pénalisation de la gestion publique décrit l'augmentation des mises en cause de décideurs publics devant le juge pénal à raison de faits accomplis dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, sans lien avec la recherche d'un avantage personnel ou une intention de nuire à autrui.

Déjà évoqué au milieu des années 1990, il est aujourd'hui fréquemment déploré par nombre d'élus et d'agents publics. Si les statistiques disponibles permettent difficilement de l'objectiver, le risque pénal ressenti n'en préjudicie pas moins à l'intérêt public, en dissuadant certains responsables de prendre des décisions qu'ils estimeraient opportunes mais qui pourraient donner lieu à contestation devant le juge pénal et en démotivant un certain nombre d'entre eux. Les procédures pénales engagées, qui peuvent parfois se prolonger plusieurs années, affectent en outre profondément les intéressés, tant dans leur parcours professionnel que sur un plan personnel.

1.1.1. Un insécurité pénale accrue ressentie par les décideurs

1.1.1.1. Une forte préoccupation évoquée depuis une trentaine d'années

a) L'affaire de l'incendie du « 5-7 » : polémique et interrogations

▪ Ces inquiétudes s'expriment de longue date, en particulier en ce qui concerne les élus locaux. On en trouve une illustration dans l'affaire de l'incendie du « 5-7 », à Saint-Laurent-du-Pont, au début des années 1970.

Poursuivi pour homicide involontaire, à raison de négligences dans la délivrance du permis de construire, le maire de la commune se défend en invoquant le manque de moyens à sa disposition, les pratiques administratives d'alors (de fait, beaucoup moins rigoureuses qu'elles ne le sont devenues à la suite de ce sinistre) ainsi que les compétences des services préfectoraux, qui étaient, à l'époque, étendues en matière de sécurité incendie.

Il reçoit un soutien appuyé de la part des autres maires du département, mais également du président du Sénat et président de l'Association des maires de France, Alain Poher : « *Une douloureuse affaire nous a appris qu'il était bien facile de désigner à l'opinion publique le maire comme le principal ou le seul responsable des événements malheureux qui sont susceptibles de se produire dans sa commune* »¹⁸.

¹⁸ Déclaration du 14 juin 1974 à l'occasion du cinquante-septième congrès de l'Association des maires de France

Mais ce soutien indigné les associations de victimes et déclenche en retour une vaste polémique. Jugé devant le tribunal correctionnel, le maire, entre-temps réélu (il le sera jusque 1983), est condamné à six mois de prison avec sursis. La sanction est confirmée devant la cour d'appel, à l'issue d'un procès qui illustre le fossé susceptible d'exister alors entre élus et magistrats.

Le dialogue suivant entre le président et l' élu, inimaginable aujourd'hui de la part d'un magistrat, mérite d'être reproduit :

Le président : « À aucun moment, entre le début de la construction du " 5-7 " et son ouverture, vous ne vous êtes rendu sur le chantier. Vous n'êtes vraiment pas curieux ».

Le maire : « Comment voulez-vous qu'un maire puisse suivre l'évolution de toutes les constructions ? Comment envisager d'ailleurs les possibilités d'un drame comme celui qui a eu lieu, alors que laissait faire l'administration qui avait la charge de surveiller habituellement l'évolution des constructions ? ».

Le président : « Il n'est pas question, ici, du préfet ou de quiconque d'autre que vous. Vous êtes, comme maire, l'auxiliaire du préfet et du procureur de la République. Votre rôle n'est pas de prendre des décisions en tous domaines, mais quand elles ne sont pas prises, vous devez les signaler ».

Le maire : « Si on était obligé de tout faire... ».

Le président l'interrompt : « Alors, vous n'aviez qu'à ne pas vous faire élire (...) Vous n'avez pas seulement des services à rendre, mais aussi des devoirs à remplir ».

Le maire : « Un préfet a les mêmes devoirs et il a les moyens de les remplir. Mais celui-là on le laisse tranquille ».

Le président : « Ne mettez pas en cause l'administration préfectorale. Ce n'est pas à nous d'examiner cela ».

Peu après, les maires de l'Isère réaffirmeront leur soutien à l' élu condamné (la peine sera ensuite confirmée par la Cour de cassation¹⁹)²⁰.

Leur déclaration, qui n'a rien perdu de son actualité, mérite également d'être citée : « *La jurisprudence de la cour de Lyon menace directement une forme de démocratie qui nous est chère. Elle interdit pratiquement la fonction de maire à des élus de bonne volonté. En effet, l'alourdissement incessant des charges infligées aux magistrats municipaux, aggravant à l'infini leurs pouvoirs théoriques sans améliorer leurs moyens et donc leurs pouvoirs pratiques,*

¹⁹ Cass. Crim., 14 mars 1974, n° 73-92.507, publié au bulletin.

Cette décision approuve l'arrêt de condamnation, qui avait déclaré le maire coupable d'homicide et de blessures involontaires en déduisant des circonstances de fait de la cause que le prévenu n'avait pas accompli les obligations résultant pour lui, tant d'un arrêté préfectoral dont il était chargé d'assurer l'exécution, prescrivant l'observation des prescriptions formelles destinées à assurer la sécurité des personnes et concernant notamment la disposition des issues et les moyens de défense contre l'incendie, que du décret du 13 août 1954 conférant au maire des attributions spéciales relatives à la protection contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public, ces fautes ayant été l'une des causes qui ont entraîné la mort et les blessures de nombreuses victimes.

²⁰ Déclaration du 26 septembre 1973

la transformation par les tribunaux de Lyon des pouvoirs en devoirs impérieux, dont le moindre manquement entraîne la responsabilité pénale, la séparation ahurissante des responsabilités du maire et de l'administration préfectorale, qui laisse, dans tous les cas, au magistrat municipal la totalité de la culpabilité en cas de faute, créent une nouvelle situation rendant impossible désormais l'exercice de cette fonction à des citoyens ne disposant pas d'une formation juridique et administrative spéciale et dégagés de toute autre préoccupation.

« C'est donc la transformation du maire bénévole élu en fonctionnaire à plein temps, nécessitant une rémunération importante au vu des responsabilités encourues et des capacités exigées. C'est donc la suppression du dernier rempart des citoyens contre l'envahissement de l'administration anonyme. A ce stade, la jurisprudence du procès de Saint-Laurent-du-Pont n'est plus un problème de droit, de défense d'une fonction, mais un problème politique national qui passe au premier plan et doit devenir le souci majeur de tous, élus ou simples citoyens ».

A la suite de cette polémique, le Parlement adopta la loi du 18 juillet 1974²¹, qui étendait, au bénéfice des élus, la procédure de dépaysement déjà en vigueur pour les préfets et les magistrats : en cas de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, ils ne pourraient, désormais, être poursuivis que devant une juridiction différente de celle dans le ressort de laquelle ils exerçaient leur mandat²².

b) Des préoccupations de nouveau attisées dans les années 1990

A peine retombée, la controverse sur la responsabilité pénale des responsables publics à raison d'infractions non intentionnelles a été relancée au milieu des années 1990.

Un rapport de la commission des lois du Sénat de 1995²³ évoquait ainsi déjà une « inflation » de ce type de poursuites et la description du phénomène de « pénalisation » de la vie publique se retrouve dans le rapport remis en décembre 1999 par le groupe d'étude présidé par le président Massot²⁴.

Ces différents travaux soulignent notamment que les poursuites pénales ainsi engagées font naître un « sentiment d'insécurité » pour les décideurs publics, qu'elles aboutissent ou non à des condamnations. Le « risque pénal » qui en est à l'origine serait, en effet, souvent difficile à maîtriser, au regard de la complexité des réglementations à mettre en œuvre et des différents enjeux des politiques publiques à prendre en compte.

c) Une inquiétude maintes fois exprimée ces dernières années

■ Depuis le début des années 2000, cette inquiétude des décideurs publics face au risque de mise en cause pénale s'est exprimée à de multiples reprises. Nombre d'études, s'appuyant sur des témoignages d'élus et de fonctionnaires d'Etat ou des collectivités suggèrent ainsi que

²¹ Loi n° 74-646 du 10 juillet 1974 relative à la mise en cause pénale des maires et modifiant les articles 681 et suivants du code de procédure pénale ».

²² Ce « privilège de juridiction » a été abandonné lors de la réforme du code de procédure pénale opérée par la loi du 4 janvier 1993.

²³ « L'inflation du contentieux pénal relatif à la gestion locale : un risque pour la démocratie locale ? » Rapport du Sénat n° 328, groupe de travail de la commission des lois sur la responsabilité pénale des élus locaux, Pierre Fauchon, rapporteur

²⁴ Groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics – rapport au Garde des sceaux, 16 décembre 1999. Ce rapport relève que, même si elle reste numériquement très marginale par rapport à l'effectif des décideurs publics concernés, la pénalisation ne s'en est pas moins fortement accrue au cours des deux dernières décennies.

cette tendance générale s'est encore accentuée ces toute dernières années²⁵. Différentes personnalités auditionnées par la mission ont confirmé cette perception²⁶.

Un tel ressenti a pu être parfois alimenté par les poursuites, très médiatisées, engagées à l'encontre de décideurs publics à la suite de faits dramatiques, d'origine aussi diverse que la tempête Xynthia, l'attentat de Nice ou la récente pandémie.

Mais il l'est surtout par des affaires de moindre ampleur, n'ayant, au plus, donné lieu qu'à quelques mentions dans la presse locale, mais dont les échos, plus ou moins précis, sont ensuite largement relayés entre les élus et professionnels concernés. Ceux-ci s'émeuvent alors, le plus souvent, de la décision de mise en examen (ils s'identifient alors à leur collègue poursuivi, en se disant qu'ils auraient pu l'être de la même façon) mais aussi, parfois, de la sévérité de la condamnation pénale prononcée.

Il peut encore arriver que leur incompréhension porte uniquement sur certains motifs du jugement ou même de la décision de renvoi devant le tribunal.

Il en est ainsi d'un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 11 juin 2003 condamnant le maire d'une commune de 800 habitants à la suite d'un accident mortel survenu au cours d'une soirée organisée par le comité des fêtes de la commune. Un jeune homme s'était électrocuté du fait du défaut d'isolation du matériel de sonorisation ainsi que du défaut de la mise à la terre des éléments conducteurs.

Selon la cour, l' élu avait commis une faute caractérisée en s'abstenant de faire procéder à une vérification de l'installation électrique et de se préoccuper de sa mise en conformité.

Mais surtout, à l'appui de sa motivation, elle relève que le devoir de vigilance du maire était d'autant plus important que sa commune était petite²⁷.

C'est ce dernier passage, plus que la condamnation elle-même, qui a suscité l'incompréhension de nombre d'élus locaux.

Ainsi, comme le relevait notamment le sénateur François Grosdidier à l'occasion d'une table ronde en 2018²⁸, c'est la multiplication des petites affaires qui crée le sentiment d'insécurité pour les élus. Il citait ainsi l'exemple d'un adjoint au maire chargé des sports, condamné pénalement parce qu'il avait fait voter par le conseil municipal une subvention au club de judo dont sa fille avait été la présidente par intérim du fait de la démission du président.

Cette inquiétude des décideurs publics est ainsi particulièrement préoccupante en ce qu'elle révèle, comme l'observait une jeune magistrate auditionnée par la mission²⁹, un manque de confiance de leur part dans l'institution judiciaire.

1.1.1.2. Une inquiétude qui s'étend à de nouveaux types d'infractions

²⁵ Rapport Sénat 29 mars 2022

²⁶ V. par ex. audition de Marc GUILLAUME, Préfet de région d'Île-de-France, Préfet de Paris, le 25/07/2024

²⁷ Confirmé en cassation : Crim, 11 juin 2003, n° 02.82-622 (affaire dite de la « soirée mousse » : un jeune homme s'était électrocuté en raison d'un défaut d'installation du prestataire).

²⁸ Table ronde au Sénat sur la « responsabilité pénale des élus et déontologie », le 5 avril 2018, sous la présidence de J-M. Bockel

²⁹ Audition de Manon ILLY, juge placée, exerçant les fonctions de juge des enfants à Aix-en-Provence, le 17 septembre 2024

▪ Dans le courant des années 1990, ce phénomène de pénalisation de la gestion publique a été essentiellement abordé au travers des poursuites pénales engagées à l'encontre de décideurs publics à raison d'atteintes involontaires à l'intégrité corporelle (par exemple, l'affaire de l'écroulement de la tribune du stade de Furiani, en mai 1992, celle des « thermes de Barbotan », en juin 1991, ou encore les exemples de mise en cause en raison de diverses installations de sport scolaire).

▪ La loi « Fauchon - Guigou » du 10 juillet 2000³⁰ a certes permis d'enrayer ce type de mise en cause (cf. *infra*), sans toutefois apaiser totalement les inquiétudes des intéressés.

Et surtout, cette perception d'une pénalisation excessive de la vie publique est désormais essentiellement nourrie, en particulier en ce qui concerne les élus locaux, par certaines des poursuites qui ont pu être engagées à raison des infractions que le code pénal qualifie d'« atteintes au devoir de probité » (parmi lesquelles la prise illégale d'intérêts et le favoritisme).

Il en est ainsi des affaires dans lesquelles les intéressés ne sont pas poursuivis pour avoir octroyé un avantage injustifié à eux-mêmes ou à un proche, mais uniquement en raison d'une négligence ou d'une mauvaise compréhension de la loi. C'est-à-dire celles, qualifiées par la doctrine de « formelles », dans lesquelles leur « probité » n'est pas en cause.

Le rapport Massot relevait déjà que la frontière entre les infractions intentionnelles et celles qui ne le sont pas n'est pas toujours aisée à tracer : « *Un délit tel que celui de l'article 432-14, flétri couramment sous le nom de favoritisme et placé dans une section du code consacrée aux manquements au devoir de probité, peut souvent être constitué par un manquement involontaire à une règle complexe et mal comprise du Code des marchés. Et que dire des innombrables délits d'atteinte à l'environnement dont le principe est très généralement approuvé jusqu'au jour où il se trouve constitué par des conséquences imprévisibles d'une décision, en elle-même opportune, voire indispensable pour sauvegarder d'autres intérêts ?* »

Citons, par exemple les poursuites engagées :

- à l'encontre d'un élu ayant assisté, sans prendre part au vote, à une réunion attribuant une subvention à une association organisant des épreuves cyclistes nationales ;
- ou à l'encontre d'un adjoint au maire, viticulteur de profession, qui avait livré du vin à prix coûtant à la maison de retraite municipale, sans, là encore, en avoir retiré un bénéfice personnel.

▪ La pénalisation de la vie publique a également été évoquée, ces dernières années, en lien avec des infractions relatives à la méconnaissance de la législation sur l'environnement ou sur l'urbanisme. Là encore, des élus locaux, des fonctionnaires territoriaux ou des agents de l'Etat sont susceptibles d'être mis en cause à raison de l'édiction de décisions illégales, sans que la constitution de l'infraction soit subordonnée à la démonstration d'une méconnaissance délibérée de la règle de droit.

Les condamnations pénales sont, en particulier, susceptibles d'intervenir sur le fondement de l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme, qui sanctionne l'exécution de travaux non autorisés, et de l'article L. 415-3 du code de l'environnement, qui punit de trois ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende l'atteinte aux espèces animales et végétales protégées et aux habitats.

³⁰ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

Les décideurs peuvent être condamnés soit lorsqu'ils commandent eux-mêmes de tels travaux soit, pour complicité, lorsqu'ils les autorisent.

L'inquiétude que ces dispositions peuvent susciter pour les décideurs de bonne foi est d'autant plus vive qu'une faute d'imprudence ou une négligence suffit à caractériser l'élément moral du délit³¹.

Ainsi, l'ONF a été condamné, sur le fondement de l'art L. 415-3 du code de l'environnement, à la suite de deux interventions³² :

- Une opération de coupe et broyage de végétation basse, menée de manière urgente pour des raisons de sécurité le long d'une route départementale. L'établissement affirmait ne pas avoir connaissance de la présence d'espèces protégées ;
- Une coupe de chablis, réalisée en exécution d'un arrêté préfectoral imposant l'évacuation, dans les délais les plus brefs, de bois infestés de scolytes.

▪ Enfin, pour en rester à l'objet d'étude de la mission, qui exclut notamment les violences volontaires, les faits de harcèlement moral ou sexuel ainsi que les incriminations en lien avec le droit de la presse³³, des décideurs publics, généralement des représentants de l'Etat, ont pu être mis en cause pour des faits qualifiés d'abus d'autorité ou d'atteintes aux libertés individuelles³⁴.

Tel est, par exemple, le cas de préfets poursuivis au pénal pour avoir interdit une manifestation en raison de risques de troubles à l'ordre public ou de ceux qui l'ont été à raison des conditions de placement en rétention d'étrangers en situation irrégulière. Ces mises en cause ont également pu contribuer à alimenter les inquiétudes des intéressés face à l'éventualité d'une mise en cause devant les juridictions pénales.

1.1.1.3. Une tendance perçue par l'ensemble des catégories de décideurs publics

▪ Ce phénomène concerne toutes les catégories de décideurs publics, à des degrés divers.

La plupart des études soulignent qu'il est très douloureusement ressenti par les **élus locaux**³⁵, en particulier les maires, qui se sentent souvent en situation de grande vulnérabilité³⁶ face à la perspective d'une telle mise en cause et exposés en outre aux retombées de celles-ci au plan politique comme dans leur vie personnelle, en raison de la médiatisation fréquente de telles poursuites.

³¹ Cass. crim., 18 octobre 2022, n° 21-86.965, publié au Bulletin

³² Eléments communiqués par la direction des affaires juridiques du ministère de l'agriculture

³³ cf. *supra*, Introduction

³⁴ Cass. crim 24 mai 2016, n° 15-80.848 : condamnation sur le fondement de l'article 432-4 du code pénal d'un commandant de gendarmerie qui avait bloqué plusieurs heures à la gendarmerie un syndicaliste pendant une visite du président de la République (Semaine juridique 6 juillet 2016)

³⁵ Audition de David LISNARD, Président, Association des maires de France, le 03/07/2024 - Constat repris par les représentants de la DGCL auditionnés

³⁶ Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat : « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », déposé par F. GROSDIDIER et A. RICHARD, enregistré à la présidence du Sénat le 5 juillet 2018

Depuis les élections municipales de juin 2020 jusqu'à novembre 2024, « 2 400 maires ont démissionné et 57 000 sièges de conseillers municipaux sont vacants » notait, le 18 novembre 2024, la ministre chargée des collectivités territoriales³⁷.

Parmi d'autres exemples, la maire de Pibrac depuis 2020, conseillère métropolitaine de Toulouse, annonce sa démission de ses mandats en octobre 2024, en citant notamment « *les menaces de poursuites judiciaires que subissent les élus* ».

Par extension, les cadres de la **fonction publique territoriale**, en particulier les directeurs généraux des services et les directeurs juridiques, sont également concernés par cette tendance, quoique dans une moindre mesure. Mais, constatant l'existence de leur propre responsabilité pénale sur le fondement de la délégation de signature reçue des élus, ils demandent que leur autonomie décisionnelle soit élargie à l'échelle de leurs responsabilités pénales³⁸.

Mais la pénalisation affecte également certains agents de l'Etat :

- D'abord, ses représentants au plan local ainsi que leurs principaux collaborateurs. Ainsi qu'il ressort des témoignages recueillis par la mission, le phénomène est particulièrement ressenti par les préfets, les directeurs d'agences régionales de santé ou encore les dirigeants d'établissements scolaires³⁹ et d'établissements hospitaliers et les chefs d'établissements pénitentiaires⁴⁰ ;
- Mais aussi, à des degrés divers, certains responsables d'administration centrale et d'établissements publics nationaux, notamment ceux en charge de la gestion des risques ;
- Enfin, il a été signalé à la mission que certains responsables nouvellement affectés avaient tendance à craindre d'être mis en cause à raison des agissements de leur prédécesseur et, notamment, de contrats dont la régularité est douteuse et qui continuent de produire leurs effets. Ils dénonceront par précaution et systématiquement tous les actes de leurs prédécesseurs, au risque de ralentir voire de compromettre la bonne marche du service.

1.1.1.4. Un phénomène aux origines diverses

- Cette tendance à la pénalisation est en partie le fait du législateur lui-même. Celui-ci a, en effet, cherché, à différentes reprises, à renforcer la répression pénale à l'encontre des décideurs publics, généralement en réaction à certaines « affaires » au fort retentissement médiatique mettant en cause la probité d'élus.

Ainsi, au début des années 1990, le souci de moralisation de la vie publique a notamment conduit à créer le délit de favoritisme⁴¹. De même, sur le plan procédural, le choix a alors été fait d'aligner les conditions de poursuites des décideurs sur le droit commun, notamment en abrogeant l'article 681 du code de procédure pénale qui consacrait un privilège de juridiction au bénéfice de certains décideurs publics mis en cause pour des crimes ou délits dans l'exercice de leurs fonctions. De façon générale, l'engagement des poursuites a aussi été facilité par l'augmentation du nombre d'associations autorisées à se constituer parties civiles.

³⁷ Cf *Le Monde*, 21 novembre 2024 : « crainte d'un crash démocratique dans les mairies ».

³⁸ Voir la proposition de rédaction commune AMF/SNDGCT sur les fonctions de directeur général des services du 2 juillet 2019.

³⁹ Audition de Guillaume ODINET, Directeur des affaires juridiques, le 11/06/2024

⁴⁰ Auditions de Laurent RIDEL, Inspecteur général de la justice, le 01/07/2024, et de Sébastien CAUWEL, Directeur de l'administration pénitentiaire, le 10/07/2024P

⁴¹ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Cet état d'esprit s'est retrouvé, dans un contexte analogue, lors du vote de la loi⁴² du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, qui a notamment introduit la notion de « conflits d'intérêts public – public ».

De façon plus générale, la profusion des textes dont le non-respect est assorti de sanctions pénales alimente encore la crainte du risque pénal⁴³.

- Cependant, cette tendance à la pénalisation découle également d'un phénomène plus général, celui de judiciarisation au sein de la société, dont il constitue la manifestation la plus perceptible.

Lors de son intervention à un colloque en 2006 sur les suites de la loi « Fauchon »⁴⁴, le président du Sénat, Christian Poncelet, relevait ainsi que « *la voie pénale est souvent considérée comme la voie royale : elle est réputée plus rapide, moins onéreuse et surtout ajoute la vengeance à la réparation* ».

Tel est le cas, en particulier, lorsque sont en cause des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne. En dépit des recours indemnitaires qui leur sont généralement ouverts devant les juridictions civiles et administratives, parfois même dans le cadre de régime de responsabilité sans faute ou d'indemnisation au titre de la solidarité nationale, les victimes et les associations qui les représentent tentent de faire sanctionner des responsables. Avec l'idée qu'un tel drame n'aurait pu arriver sans que des fautes graves, pénalement répréhensibles, aient été commises.

Les poursuites pénales engagées dans le cadre de « l'attentat de Nice » et, surtout, celles qui l'ont été en raison de la gestion de la crise sanitaire l'ont encore illustré ces dernières années.

Un rapport de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat, remis en juillet 2018⁴⁵, évoque, à cet égard, le besoin des victimes « *de réparation symbolique impliquant la stigmatisation des responsables, que seul le juge pénal est en mesure d'effectuer avec la force désirée* ». Les victimes sont ainsi « *rarement disposées à délaisser la voie pénale, qui leur promet de telles satisfactions, au profit exclusif de voies civiles ne débouchant que sur des réparations matérielles* ».

Dans le même sens, un rapport au nom de la mission d'information du Sénat, remis en mars 2022⁴⁶, fait état de « *l'affaiblissement des médiations sociales traditionnelles et [d'] un refus de l'imprévisibilité qui conduit à vouloir désigner un coupable lorsqu'un événement grave survient* ».

- Au-delà de cette aspiration de victimes durement affectées, il peut également arriver que certains individus ou associations instrumentalisent les poursuites pénales contre des décideurs

⁴² n° 2013-907

⁴³ V. rapport du Conseil d'Etat sur « *La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse* », adopté par l'assemblée générale plénière le 26 avril 2018. Ce rapport recense environ 14 700 infractions, dont 3 200 seulement, soit 20 %, font effectivement l'objet de poursuites

⁴⁴ « *Les délits non intentionnels, la loi Fauchon cinq ans après* »

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ « *La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ?* », rapport enregistré à la présidence du Sénat le 29 mars 2022, confié à C. CUKIERMAN, présidente, et P. BONNECARRÈRE, rapporteur

afin de mieux se faire entendre. Quand ce n'est pas même parfois aux seules fins de déstabiliser les personnes mises en cause à des fins d'ordre privé ou politique.

▪ La simplicité accrue de telles mises en cause alimente encore le phénomène. A notamment été observé le recours à des plaintes en ligne, qui s'apparentent parfois moins à de véritables actes de poursuites qu'à des pétitions⁴⁷. Ainsi de celles dont le juge pénal a été saisi dans le cadre de la crise sanitaire, à partir de modèles-types disponibles sur internet.

Comme le résume le rapport sénatorial précité de 2022, « *la plainte semble constituer un prolongement de la prise de parole et de la contestation, comme si la procédure pénale avait vocation à fournir une nouvelle caisse de résonance à des prises de position politiques. C'est d'abord l'accusation publique qui est recherchée, la plainte pénale offrant à la recherche des responsabilités une dimension intuitu personae absente du contentieux administratif, qui porte sur les actes* ».

1.1.2. Des mises en cause pénales relativement peu nombreuses mais souvent longues et à l'issue très variable

La mission s'est efforcée d'objectiver ce phénomène de pénalisation de la vie publique, ainsi durement ressenti aujourd'hui par les décideurs publics. Au vu des éléments recueillis, elle en est arrivée aux quatre constats suivants :

1°) Si le nombre de mises en cause a effectivement augmenté au cours des dix dernières années, cet accroissement n'apparaît pas significatif et il résulte davantage de fautes individuelles détachables du service (corruption, détournement de fonds publics, agressions sexuelles...) que d'une exposition particulière aux risques inhérents aux fonctions exercées.

2°) La durée moyenne des procédures visant les agents publics et les élus, généralement très supérieure à la durée moyenne observée toutes populations et tous contentieux confondus, accentue l'appréhension du risque pénal, de même que leur médiatisation⁴⁸.

3°) Le nombre de mises en cause dont ils font l'objet reste très supérieur au nombre des condamnations – constat qui n'est pas de nature à les rassurer, le seul engagement de poursuites étant susceptible de porter atteinte à leur légitimité.

4°) Le délit de prise illégale d'intérêts constitue de loin l'infraction qui fait le plus souvent l'objet de poursuites et de condamnations à l'encontre des décideurs publics (40 % du total). En revanche, les mises en cause pour les infractions involontaires restent rares et celles en matière d'urbanisme et d'environnement exceptionnelles.

1.1.2.1. Difficultés et précautions méthodologiques

⁴⁷ A. Garapon cité dans le rapport sénatorial de 2022 : « *la plainte en ligne confère une dimension pétitionnaire à l'accusation* ».

⁴⁸ Cf. Annexe - Enquête diligentée à la demande de la mission par la DACG auprès de quatre parquets généraux.

▪ Le constat a été fait à de nombreuses reprises, ces dernières années, que les données disponibles permettent difficilement de porter sur le risque pénal une appréciation suffisamment documentée et approfondie⁴⁹.

La mission s'est néanmoins efforcée d'objectiver la pénalisation de la vie publique. Son analyse est centrée sur les infractions pour lesquelles les fonctionnaires et les élus sont susceptibles d'être mis en cause et ce sur une période de dix ans (2014-2023).

▪ Elle s'est d'abord appuyée sur les données dont dispose le pôle d'évaluation des politiques pénales (PEPP) de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du ministère de la justice et qui figurent dans le système d'information décisionnelle de l'applicatif Cassiopée⁵⁰.

Elle a sollicité de cette direction la production d'une étude statistique permettant de retenir six catégories ou groupes d'infractions :

- les atteintes à la probité par élu ou par personne chargée d'une mission de service public (PCMSP) ;
- la discrimination par PCMSP ;
- les abus d'autorité par élu ou PCMSP ;
- les faux et usage de faux par PCMSP ;
- les infractions au code électoral par fonctionnaire ;
- les manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP.

En effet, la qualité de l'auteur constitue, pour ces six catégories, un élément constitutif de l'infraction. Et ce même si l'on ne peut avoir la certitude que l'auteur est un « décideur public », cette notion étant étrangère à la terminologie pénale

Il n'a pas été possible en revanche, dans les autres champs infractionnels, d'isoler les délits imputables aux seuls décideurs publics, ni davantage à des élus ou à des fonctionnaires. Ainsi par exemple, les infractions d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne et de mise en danger de la personne ont dû être écartées de l'analyse, alors qu'elles peuvent fonder une part non négligeable des mises en cause des décideurs publics.

Les données recueillies distinguent :

- l'examen des *personnes « orientées »*, c'est-à-dire de l'ensemble de celles pour lesquelles une décision d'action publique a été prise par l'institution judiciaire⁵¹ et que l'on pourrait assimiler aux personnes « mises en cause »⁵² ;
- l'examen des *condamnations* et des peines prononcées⁵³.

⁴⁹ Rapport de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat remis le 5 juillet 2018, *ibid.*

⁵⁰ Qui enregistre les données à toutes les étapes de la procédure (orientation, poursuite, condamnation) dans les juridictions de première instance compétentes en la matière.

⁵¹ Quelle qu'en soit la nature (poursuites, alternatives aux poursuites ou classement sans suites). Sont cependant exclues des affaires orientées par les parquets, celles enregistrées mais envoyées en enquêtes pour lesquelles aucune décision d'action publique n'a encore été prise.

⁵² Cf. Annexe – Etude statistique réalisée par la DACG sur les infractions commises par les décideurs publics - tableau 1 à 3

⁵³ Même annexe, tableaux 4 et 5

▪ Pour essayer d’approcher au plus près cette réalité des mises en cause, la mission a également examiné les données publiées par l’observatoire de la SMACL Assurances SA, assureur, en 2023, de 15 900 collectivités⁵⁴ et de 12 000 élus locaux. Cette source complémentaire lui a semblé d’autant plus utile que les périmètres d’intervention et les modes de recueil de la DACG et de l’observatoire de la SMACL Assurances SA sont très différents.

La DACG enregistre, en effet, au plan national, la totalité des procédures portées à la connaissance des parquets et ce, quelles que soient les populations concernées, tandis que l’observatoire de la SMACL ne recueille que les mises en cause dont elle a connaissance concernant les fonctionnaires et élus territoriaux.

Enfin, en décembre 2024, l’Agence française anticorruption publie son étude sur 489 affaires de première instance en 2021 et 2022⁵⁵. Cette étude met en valeur plusieurs aspects intéressants :

- Sur les infractions poursuivies, la corruption vient en tête (37 % du total), avant le détournement de fonds publics (22 %), le favoritisme (15 %), et la prise illégale d’intérêts (14,6 %) ;
- Sur le profil des prévenus, 30 % sont des agents publics, 23 % des dirigeants de sociétés, 18 % des particuliers et 11,6 % des élus (ces derniers concentrent les 2/3 des mises en cause pour prise illégale d’intérêts) ;
- Sur les secteurs touchés, les collectivités territoriales concentrent près de la moitié des décisions de justice impliquant le secteur public (41 % pour les communes, 8,6 % pour les départements et 4,4 % pour les régions).

1.1.2.2. Un phénomène assez limité en valeur absolue

Les données recueillies font d’abord apparaître que le nombre de poursuites et de condamnations d’agents publics et d’élus pour des faits en lien avec l’exercice de leurs fonctions demeure assez limité en valeur absolue.

▪ Ainsi, d’après les chiffres de la DACG, 6 764 personnes ont été mises en cause, entre 2014 et 2023, pour au moins une infraction relevant de l’une des six catégories retenues dans l’analyse, soit une moyenne de 676 par an. Ce chiffre était de 684 pour l’année 2023.

Sur la même période, 2 110 condamnations ont été prononcées pour une infraction principale⁵⁶ susceptible d’être commise par un décideur public, soit une moyenne de 211 condamnations par an, dont 1 906 (soit 90,3 %) pour une infraction principale d’atteinte à la probité (cf. tableau ci-dessous).

▪ Selon les données de la SMACL, la barre symbolique des 2 000 élus mis en cause a été franchie au cours de la mandature 2014-2020, ce qui correspondrait à une hausse de 55 % par rapport à la mandature précédente.

⁵⁴ [Rapport annuel de l’Observatoire SMACL 2023 \(calameo.com\)](#)

⁵⁵ « Analyse des décisions de justice rendues en première instance en 2021 et 2022 en matière d’atteinte à la probité »

⁵⁶ L’infraction dite « principale » est celle qui comporte les peines les plus lourdes lorsque la personne est poursuivie pour plusieurs infractions.

Cette information mérite néanmoins d'être nuancée. En effet, ces statistiques recouvrent non seulement les infractions auxquelles les décideurs publics sont, par la nature même de leurs missions, exposés, mais encore l'ensemble des infractions imputées à des élus ou fonctionnaires publics (pas nécessairement décideurs) et qui, pour certaines d'entre elles, ne sont en rien consubstantielles aux fonctions exercées (corruption, violences volontaires, agressions sexuelles...).

Au cours de la mandature 2014-2020, 1 026 fonctionnaires territoriaux ont été poursuivis dans l'exercice de leurs fonctions, soit une moyenne de 171 par an.

1.1.2.3. Des différences substantielles avec la population générale en ce qui concerne l'origine des poursuites et les suites qui leur sont réservées

- Un premier constat qui interpelle porte sur la part importante des procédures ayant pour origine une constitution de partie civile.

Ainsi, pour l'année 2023, celles-ci représentaient, pour les infractions faisant l'objet de la présente étude, plus de 45 % de l'ensemble des ouvertures d'information judiciaire alors que ce taux n'était que de 17,7 %, toutes populations et contentieux confondus⁵⁷.

- Deuxième observation : la différence particulièrement significative entre le nombre de mises en cause pénales et le nombre de condamnations. Un grand nombre de procédures pénales engagées n'aboutissent pas, alors même qu'elles ont pu être très déstabilisantes pour les intéressés.

Ainsi, d'après les données de la DACG, sur les 684 personnes mises en cause en 2023, 109 l'étaient dans des affaires considérées comme « non poursuivables »⁵⁸, en raison de l'absence d'infraction ou de son insuffisante caractérisation.

Parmi les 575 personnes dont l'affaire a été considérée comme « poursuivable », 567 ont reçu une réponse pénale (poursuite ou mesure alternative aux poursuites) et 8 ont bénéficié d'un classement sans suite pour inopportunité des poursuites.

- Enfin, troisième constat : les affaires « poursuivables » ont souvent conduit à l'ouverture d'une information, soit en raison de la complexité des investigations à diligenter soit en raison de plaintes avec constitution de partie civile à l'origine de la poursuite. Ainsi, pour les six groupes d'infractions retenus dans l'analyse, les saisines du juge d'instruction représentent, en 2023, plus de 42 % du total des poursuites, alors que cette part n'est que de 5,4 % toutes populations et contentieux confondus.

1.1.2.4. Des évolutions concernant le nombre de mises en cause et de condamnations plus marquées sur le long-terme et concernant les collectivités territoriales

- Les données recueillies auprès de la DACG ne font pas apparaître d'évolution statistique globale significative au cours de la période de référence. Ainsi, d'après les données de la DACG, pour la seule année 2023, 684 personnes ont été mises en cause contre 537 en 2014

⁵⁷ Cf Annexe – Etude statistique réalisée par la DACG sur les infractions commises par les décideurs publics - tableau n° 3

⁵⁸ Pour des motifs tenant à l'absence d'infraction ou à son insuffisante caractérisation.

(soit + 27 %), ce qui ne traduit pas une augmentation particulièrement significative au cours des dernières années, même si l'on observe des pics en 2021 (776) et 2022 (757).

Evolution globale du nombre de personnes mises en cause (pour les 6 groupes d'infractions retenus dans l'analyse)

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Affaires « orientées »⁵⁹	537	590	728	599	668	754	671	776	757	684
Dont affaires non poursuivables ⁶⁰	56	66	65	95	115	159	125	157	163	109
Dont affaires poursuivables	481	524	663	504	553	595	546	619	594	575
Réponse pénale	479	521	660	502	544	583	541	612	578	567
Dont procédures alternatives	23	43	80	44	66	68	54	59	68	62
Dont poursuites	456	478	580	458	478	515	487	553	510	505
Dont saisines du Juge d'instruction	252	273	291	222	243	255	238	251	234	213

- Les données de la SMACL, qui portent sur une période plus longue et qui sont centrées sur les seuls responsables locaux, nuancent, il est vrai, ce constat.

Elles font ainsi apparaître une augmentation significative du nombre de poursuites pénales entre les mandatures 2008-2014 et 2014-2020 (+ 26 %).

Cette évolution est, par ailleurs, moins marquée en ce qui concerne les fonctionnaires territoriaux qu'elle ne l'est en ce qui concerne les élus locaux (+ 55 %).

1.1.2.5. Les tendances constatées en ce qui concerne la nature des infractions commises

L'analyse des données de la DACG et de la SMACL révèle que ce sont les infractions qualifiées par le code pénal d'atteintes à la probité, et, parmi celles-ci, le délit de prise illégale d'intérêts, qui représentent le plus grand nombre de mises en cause et de condamnations.

Les six infractions d'atteinte au devoir de probité représentent ainsi, en 2023, 70 % de l'ensemble des délits susceptibles d'être imputés à des élus ou fonctionnaires publics.

Parmi celles-ci, le délit de prise illégale d'intérêts a donné lieu à 161 mises en cause, soit une augmentation de 46,4 % entre 2017 et 2023. Il s'agit de l'infraction la plus fréquemment poursuivie, devant le détournement de fonds publics (124, soit -19 % sur la même période) et

⁵⁹ V. définition ci-dessus

⁶⁰ V. définition ci-dessus

le favoritisme (103, soit -28 %). Le détournement de fonds publics par négligence demeure marginal (13).

En ce qui concerne, ensuite, les sanctions, 37,1 % de celles prononcées sur la période de référence pour atteinte au devoir de probité concernent un délit de détournement de fonds publics (volontaire dans 96 % des cas), 26,5 % une infraction de corruption et 19,3 % une infraction de prise illégale d'intérêts.

Pour la seule année 2023, 212 condamnations ont été prononcées pour des infractions qualifiées d'atteinte à la probité. Parmi ces dernières, 85 l'ont été en répression d'une infraction principale de détournement de fonds publics, 39 pour prise illégale d'intérêts, 31 pour corruption passive et 16 pour favoritisme (Cf. tableau ci-dessous).

Evolution des condamnations par infraction mettant plus spécifiquement en cause des PCMSP entre 2014 et 2023

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2014-2023
1° Atteintes à la probité dont :	189	165	209	205	167	170	149	222	218	212	1 906
a) Prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP	32	31	35	46	30	38	25	57	35	39	368
b) Corruption d'un élu ou PCMSP	65	39	43	56	31	57	29	56	67	62	505
<i>Corruption passive d'un élu ou PCMSP</i>	<i>19</i>	<i>16</i>	<i>16</i>	<i>30</i>	<i>15</i>	<i>11</i>	<i>13</i>	<i>20</i>	<i>23</i>	<i>31</i>	<i>194</i>
c) Trafic d'influence d'un élu ou PCMSP	24	16	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	0	17	<i>nc</i>	<i>nc</i>	10	
<i>Trafic d'influence passif d'un élu ou PCMSP</i>	<i>7</i>	<i>7</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	0	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	
d) Concussion par PCMSP	nc	nc	nc	0	nc	0	0	nc	nc	0	
e) Favoritisme	nc	nc	33	nc	30	17	11	33	22	16	
f) Détournement de fonds publics	51	64	86	82	63	58	67	69	82	85	707
<i>Détournement volontaire de fonds publics</i>	<i>51</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	62	<i>nc</i>	73	<i>nc</i>	
2° Abus d'autorité par élu ou PCMSP	15	7	8	11	9	12	nc	10	nc	nc	
3° Faux et usage de faux par PCMSP	nc	7	nc	nc	nc	7	nc	7	14	16	

- De même, d'après les données de la SMACL, le délit de prise illégale d'intérêts constitue à lui seul 40 % des poursuites pour manquement au devoir de probité contre les élus locaux.

Répartition des condamnations d'élus et de fonctionnaires territoriaux par type d'infraction au cours de la mandature 2014-2020

Infraction	Elus	Fonctionnaires
manquements au devoir de probité	37,71 %	42,56 %
atteintes à l'honneur ⁶¹	25,43 %	4,34 %
atteintes à la dignité ⁶²	16,30 %	14,22 %
atteintes à la confiance ⁶³	7,30 %	8,4 %
violences involontaires	2,74 %	6,55 %
violences volontaires	3,74 %	7,94 %
atteintes à l'environnement	2,42 %	1,57 %
atteintes aux libertés	2 %	3,23 %
violences sexuelles	2,32 %	11,17 %

- Une autre spécificité des atteintes à la probité porte sur les suites réservées aux procédures engagées, qui révèlent des spécificités encore plus marquées qu'en ce qui concerne les autres infractions faisant l'objet de la présente étude.

Ainsi, l'examen des rapports d'activité de l'Agence française anticorruption pour les années 2017 à 2022 révèle que :

- Les taux de relaxe et d'appel en matière d'atteintes à la probité est de 3 à 4 fois supérieur au taux moyen toutes infractions confondues (hors contentieux routier) ;
- La durée moyenne des procédures est très supérieure, allant de 5,5 années, contre 1,2 en moyenne pour l'ensemble des contentieux, ce qui peut, en partie au moins, s'expliquer par le recours très important à la procédure d'information préalable.

⁶¹ Dénonciation, délit de presse (...)

⁶² Harcèlement moral (...)

⁶³ Infractions de falsification des marques de l'autorité publique, faux document administratif, faux en écriture (publique ou privée), usage de faux, faux témoignage, fraudes électorales, fausse déclaration à la Haute autorité de la transparence de la vie publique.

1.1.3. Un phénomène déstabilisant pour les décideurs comme pour l'administration

Même si les données statistiques ainsi recueillies font apparaître des résultats nuancés, le ressenti des décideurs d'une pénalisation de la vie publique, alimenté par certains exemples précis, ne peut être laissé sans réponse.

1.1.3.1. Une nécessaire réponse dans l'intérêt public

La crainte du risque pénal peut entraîner des conséquences préjudiciables à l'intérêt public, indépendamment même du nombre effectif de poursuites engagées. Il ressort ainsi de l'ensemble des témoignages recueillis par la mission, ainsi que des précédentes études qui y sont consacrées, que la pénalisation a des répercussions sur les conditions d'exercice par les intéressés de leurs fonctions.

- D'une part, la pénalisation constitue, pour eux, une ***source importante de démotivation***.

S'appuyant sur une consultation réalisée à la fin de l'année 2017, un rapport sénatorial de 2018 évoque ainsi le lien entre la pénalisation de la vie publique et la crise des vocations⁶⁴ des élus locaux⁶⁵. Au risque de dissuader les personnalités les plus qualifiées ou les plus compétentes de s'engager ou de continuer à le faire.

De même, un récent rapport de l'Association des maires de France de novembre 2023⁶⁶ mentionne, au nombre des causes de démission des élus locaux, le sentiment d'insécurité et de surexposition face aux comportements des administrés. Insécurité notamment alimentée non seulement par les agressions physiques et verbales mais aussi par des mises en cause perçues comme calomnieuses.

Un article du *Monde* du 9 octobre dernier⁶⁷ s'en faisait encore l'écho, en relatant le témoignage de la maire de la petite commune de Gourlizon, dans le Finistère :

« Les maires, particulièrement des petites communes, œuvrent dans une insécurité permanente. Nos missions sont de plus en plus complexes dans un contexte de manque de moyens et de soutien général. Je sentais le risque juridique se rapprocher alors j'ai préféré arrêter avant de me retrouver devant un tribunal. »

Et l'auteur de l'article d'ajouter : *« Epaulée par seulement un agent technique et deux administratifs, l'élue décrit ses années à « bidouiller » notamment lors de la rédaction de dossiers d'urbanisme ou de marchés publics, toujours plus techniques à cause d'une « inflation législative ».*

⁶⁴ Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation : « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juillet 2018 - MM. François Grosdidier et Alain Richard.

⁶⁵ Audition de Cécile RAQUIN, Directrice générale des collectivités locales, le 22/05/2024

⁶⁶ 5^{ème} enquête de l'Observatoire de la démocratie de proximité AMF-CEVIPOF/SciencesPo Novembre 2023 « Des maires engagés mais empêchés »

⁶⁷ [« Je suis épuisée. Il était temps que je pense à moi et me protège » : en Bretagne, l'amertume des maires démissionnaires](#)

- D'autre part, selon nombre de témoignages recueillis par la mission, qui corroborent, là encore, les constats dressés dans de précédents rapports⁶⁸, la crainte d'éventuelles poursuites pénales pourra également influencer sur certains choix du décideur public, en le dissuadant de prendre des décisions qu'il estimerait opportunes mais qui pourraient donner lieu à contestation devant le juge pénal.

Le rapport Massot relevait déjà, à cet égard, que « *la conséquence [du sentiment d'insécurité en lien avec le risque de mise en cause pénale] peut être, chez les plus courageux, une prise de risque permanente, chez les plus prudents, un refus croissant des responsabilités liées à certaines activités (...). Dans tous les cas, cette situation ne peut durer sans risques majeurs pour le bon fonctionnement de la démocratie et de l'appareil judiciaire lui-même* »⁶⁹.

Ainsi, tel décideur pourra être réticent à recourir à une procédure innovante, récemment introduite en droit de la commande publique, de crainte qu'une éventuelle erreur ne l'expose à des poursuites pour favoritisme⁷⁰.

De même, la difficulté à appréhender précisément le champ de l'interdiction des conflits d'intérêts peut, dans certaines collectivités, inciter les élus à se déporter au moindre doute, afin de prévenir tout risque de mise en cause pour cette infraction, au risque de perturber le fonctionnement de l'organe délibérant.

Le risque de mise en cause pénale inciterait ainsi les décideurs à ne pas assumer toutes leurs responsabilités, en s'abstenant de se saisir des problèmes les plus difficiles⁷¹. Et ce en contradiction, en ce qui concerne les représentants de l'Etat, avec les messages qui leur sont par ailleurs adressés sur le droit à l'erreur et avec l'évaluation, dont ils font l'objet, sur l'aptitude à la prise de risque⁷².

Enfin, s'il est vrai que nombre de décideurs assument, au contraire, ce risque de mise en cause lorsqu'ils estiment agir dans la légalité, cette éventualité n'en constitue pas moins pour eux une source d'anxiété et peut être déstabilisatrice.

1.1.3.2. Une nécessaire réponse pour le bon exercice de leurs fonctions par les décideurs publics

- Pour le décideur public dont la seule finalité doit être, et le plus souvent est, l'intérêt général, la mise en cause pénale marque une rupture en négation de tout ce qu'est sa fonction.

⁶⁸ V. étude du Conseil d'Etat adoptée le 26 avril 2018 (« *La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse* ») : « *il est dans l'intérêt général que ce « risque pénal » ne conduise pas les décideurs publics à adopter une attitude de prudence excessive pouvant nuire à l'efficacité de l'action* »

⁶⁹ Ou encore, plus récemment, le rapport sénatorial précité, remis le 29 mars 2022 : « *la gouvernance dynamique des collectivités suppose que les élus puissent exercer leurs responsabilités sans que soit suspendue sur eux à un fil trop fragile l'épée de Damoclès du procès pénal* ».

⁷⁰ Etude du Conseil d'Etat de 2018 précitée : « *L'état du droit dissuade souvent les décideurs publics appelés à passer des contrats de commande publique, par peur du risque pénal, à utiliser toutes les marges d'innovation que leur offre pourtant la réglementation applicable, au profit de méthodes plus classiques* ».

⁷¹ Rapport sénatorial remis le 29 mars 2022, ibid.

⁷² Audition de Michèle KIRRY, Présidente du Conseil supérieur de l'appui territorial et de l'évaluation, le 15/05/2024

Plusieurs témoignages recueillis font état du caractère infamant de la mise en cause, du traumatisme qu'elle représente ainsi que des répercussions diverses sur le plan personnel. La menace d'une « épée de Damoclès »⁷³ est ainsi fréquemment évoquée.

Les représentants du ministère de l'Education nationale ont, par exemple, rapporté des cas de congés maladie ou de demandes de mutation en lien avec de telles mises en cause⁷⁴.

- La situation est encore exacerbée par la durée de la procédure engagée, qui est généralement longue au regard de la nature des infractions poursuivies, et ce même en l'absence de renvoi devant la juridiction pénale.

En particulier, les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique pour des faits d'imprudence ou de négligence donnent presque toujours lieu à l'ouverture d'une enquête par le parquet et les victimes prennent elles-mêmes souvent l'initiative des poursuites. En outre, les mises en cause peuvent intervenir parfois très tardivement et s'inscrivent dans des procédures s'étendant sur plusieurs années⁷⁵.

Il sera observé que pour certaines infractions, en particulier celles qualifiées d'atteintes au devoir de probité, la durée de la procédure peut notamment être mise en relation avec le manque de moyens à disposition des services d'enquête.

- Cette mise en cause, même injustifiée, peut, en outre, affecter le décideur dans le cadre de l'exercice de ses fonctions ou de son mandat.

Ainsi, l'élu mis en cause à la suite d'une campagne de dénigrement, laissant planer à tort le doute sur son intégrité personnelle, pourra voir sa carrière politique injustement affectée.

La loi du 22 décembre 2018⁷⁶ relative à la lutte contre la manipulation de l'information s'est d'ailleurs déjà efforcée d'y apporter une réponse en organisant la saisine du juge des référés aux fins de faire cesser « *la diffusion d'allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne* ».

De même, le représentant de l'Etat pourra également subir un préjudice professionnel conséquent lorsque son nom est associé, pendant de longues années, avec des faits infamants, et ce alors même qu'il n'aurait pas été poursuivi. Une simple recherche du nom sur un moteur de recherche comme Google suffit, en effet, généralement à stigmatiser durablement l'intéressé. Le maintien dans ses fonctions actuelles pourra alors être compromis, et sa mutation dans un autre poste pourra également être rendue plus délicate.

Le constat, dressé par le récent rapport du groupe de travail sur la présomption d'innocence présidé par Elisabeth Guigou⁷⁷, d'atteintes de plus en plus fréquentes au principe de présomption d'innocence vaut ainsi tout particulièrement pour les décideurs publics. Plus que les autres, ils sont notamment exposés au risque que leur nom soit associé, y compris dans les grands médias nationaux ou locaux, à la commission d'une infraction « présumée ». Et à ce que

⁷³ Audition de David LISNARD, Président, Association des maires de France, le 01/07/2024

⁷⁴ Audition de Guillaume ODINET, Directeur des affaires juridiques, le 11/06/2024

⁷⁵ Rapport du Comité des Etats généraux de la justice, « Rendre justice aux citoyens » - avril 2022

⁷⁶ Loi n° 2018-1202 – la mesure introduite figure à l'article L. 163-2 du code électoral.

⁷⁷ « La présomption d'innocence : un défi pour l'Etat de droit » - octobre 2021

les rumeurs auxquelles donnent lieu leurs éventuelles mises en cause soient encore amplifiées par les réseaux sociaux.

Même après une décision de non-lieu ou de relaxe, demeurera bien souvent dans l'opinion le poison du doute⁷⁸.

La mise en cause pénale est d'autant plus douloureusement ressentie par les décideurs publics qu'ils n'y sont souvent pas préparés. Les élus et cadres dirigeants publics ont certes généralement conscience d'un tel risque mais selon nombre de témoignages recueillis, ils ne sont pas suffisamment formés pour l'appréhender. A un échelon inférieur, les agents y sont, bien souvent, encore moins préparés. N'étant pas décisionnaires, ils se penseront souvent à tort prémunis contre une telle éventualité. Leur inquiétude n'en sera que plus vive s'ils sont entendus par le juge, ne serait-ce qu'en qualité de témoins⁷⁹.

De même, la qualité de l'accompagnement dont font l'objet les décideurs mis en cause est décrite de façon très variable selon les administrations et responsables concernés. Alors que certains louent le soutien matériel et psychologique qui leur est apporté par la hiérarchie, les services juridiques et les collègues, d'autres évoquent leur isolement ou encore les délais jugés excessifs pour obtenir la protection fonctionnelle.

1.2. L'intérêt de nouvelles réponses de la part du législateur et de l'employeur public

1.2.1. Des réponses qui n'ont encore été que très partielles

- La volonté de parvenir à un meilleur équilibre entre le souci de moraliser la vie publique et celui, tout aussi légitime, de prévenir les mises en cause injustifiées a été maintes fois évoquée ces trente dernières années.

En ce qui concerne les atteintes involontaires à l'intégrité corporelle, il s'est déjà traduit par la loi du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence⁸⁰ puis par la loi « Fauchon - Guigou » du 10 juillet 2000 précitée.

- Par ailleurs, de très nombreuses réflexions ont été engagées en vue de restreindre le champ d'application d'infractions pénales sanctionnant des manquements aux règles de gestion publique (prise illégale d'intérêts, favoritisme...) en raison de leur caractère excessivement formel – le décideur pouvant être puni sans avoir eu conscience de commettre l'illégalité reprochée.

Des pistes concrètes ont notamment pu être évoquées, de façon plus ou moins détaillée, par le rapport de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat du 5 juillet

⁷⁸ BJCL n° 4/2024 (Luc Brunet - SMACL)

⁷⁹ Auditions de Jérôme FOURNEL, Directeur de cabinet du Ministre de l'Économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, le 14/05/2024 et de Maître Samuel DYENS, avocat au barreau de Nîmes, associé gérant, le 27/06/2024

⁸⁰ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996

2018, le rapport précité du Comité des Etats généraux de la justice, ou encore plus récemment, par le rapport « Décentralisation : le temps de la confiance » remis par Eric Woerth⁸¹.

▪ Plusieurs propositions de lois ont également été déposées en ce sens (cf. *infra*). Cependant, si l'on excepte certaines adaptations circonscrites au délit de prise illégale d'intérêts (telle loi « 3 DS » du 21 février 2022⁸²), ces propositions n'ont, pour l'heure, débouché que sur peu de traductions concrètes.

1.2.2. Les difficultés d'une réforme

▪ Cette prudence du législateur s'explique d'abord par le fait que l'opinion publique est peu disposée à admettre des mesures visant à limiter les conditions de mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs. Il en est ainsi, a fortiori, en ce qui concerne des infractions qualifiées d'« atteintes à la probité » et qui présentent, dans l'esprit du plus grand nombre, un caractère infamant, associé à des faits d'enrichissement personnel.

Dans un article paru en 1957⁸³, le doyen Vedel exprimait déjà cette faible empathie de la population pour les cadres supérieurs de la fonction publique (le constat mériterait d'être nuancé pour les élus locaux) : « *Convenablement vêtu et nourri, possédant souvent sa voiture personnelle, descendant quelquefois en vacances dans les mêmes hôtels que son chemisier ou son boucher, le haut fonctionnaire français n'inspire pas la pitié* ».

Mais il ajoutait toutefois : « *Si pourtant il demeure une haute administration - et de qualité - c'est que tout de même il existe une mystique de la fonction publique. (...) Mais on ne peut accepter que l'État, c'est-à-dire la nation, s'en remette pour toujours au dévouement, à l'ascétisme et parfois à l'héroïsme des individus* ».

Le risque d'incompréhension est très fort, sans même parler des procès d'intention à l'encontre des promoteurs de telles réformes. Ceux-ci s'exposent à des raccourcis simplistes, évoquant la contradiction avec les propositions et réformes visant à durcir la répression pénale pour d'autres infractions de droit commun.

▪ Au-delà de cette acceptabilité incertaine par l'opinion publique, toute évolution du droit pénal en la matière se heurte à trois écueils principaux :

- Le risque tenant à la différence de traitement ainsi introduite entre les décideurs publics et les particuliers mis en cause à raison d'une même infraction pénale ;

- Le risque qui consisterait à ménager au décideur public un traitement plus favorable que celui réservé à un agent de moindre niveau hiérarchique, le « lampiste »⁸⁴. Le principe d'égalité devant la loi pénale implique que toute différence de traitement doit pouvoir être objectivement justifiée par la nature des fonctions exercées, le niveau d'information de l'agent et ses compétences techniques ;

⁸¹ Décentralisation : Le temps de la confiance – Rapport au Président de la République – mai 2024

⁸² Loi relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale

⁸³ Le Monde, 13 novembre 1957 : « La valeur des cadres supérieurs de la fonction publique »

⁸⁴ V. Philippe Conte, « Le lampiste et la mort », Droit pénal n° 1, Janvier 2001, chron. 2

- Le risque qui consisterait à créer des « effets de bord », par une dépénalisation trop étendue de certains faits. C'est, par exemple, afin de le prévenir que la loi « Fauchon - Guigou » a introduit une distinction entre causalité directe et indirecte du dommage, de façon à ne pas atténuer la répression pénale des auteurs d'accidents de la circulation ou encore des chefs d'entreprise qui mettent délibérément en danger la sécurité de leurs salariés.

▪ Enfin, de façon plus générale, il convient de ménager un équilibre délicat entre des exigences contradictoires.

D'une part, il est, comme il a été rappelé, souhaitable d'inciter les responsables publics à la « prise de risque », sans les exposer à ce que toute initiative de leur part, même justifiée par un contexte d'urgence ou par l'ambiguïté des textes à appliquer, soit pénalement sanctionnée.

D'autre part, il est également essentiel de conforter, et renforcer si nécessaire, les efforts accomplis ces dernières années en vue de la moralisation de la vie publique et de la meilleure prise en compte des considérations environnementales et de santé publique, et en particulier de la consécration d'un principe de précaution. La prise de risque n'a donc pas systématiquement à être encouragée.

La rigueur de la loi pénale actuelle repose ainsi, pour partie, sur l'idée que la « peur du gendarme » est nécessaire pour faire respecter certaines réglementations, notamment en matière de commande publique, de conflits d'intérêts ou de droit de l'environnement. Dans cette optique, d'éventuelles réformes ne sauraient avoir pour conséquence de rendre plus difficile le respect effectif de certaines règles. Le risque d'une annulation contentieuse ultérieure par le juge administratif ne sera pas toujours perçu comme suffisamment dissuasif.

1.2.3. Des obstacles qui peuvent être surmontés

1.2.3.1. La nécessaire évolution de certaines règles pénales de fond

▪ Faut-il pour autant en rester au statu quo au regard des obstacles juridiques, politiques et administratifs ainsi relevés ? La mission ne le pense pas.

Il convient de rompre avec l'idée, parfois entretenue, selon laquelle seule la crainte paralysante du juge pénal permettrait d'assurer le respect de la réglementation. On ne saurait davantage se résigner à l'idée que l'état actuel du droit serait satisfaisant au seul motif que la règle ne serait que rarement appliquée dans toute sa sévérité. On ne saurait admettre qu'elle frappe, de façon très aléatoire, tel ou tel décideur.

La mission partage ainsi, de façon générale, l'idée régulièrement exprimée ces dernières années, notamment dans les études précitées, selon laquelle des pistes d'évolution sont envisageables sans affecter les exigences de moralisation de la vie publique et d'efficacité de la répression pénale.

▪ L'axe principal d'une éventuelle réforme devrait ainsi porter sur les « infractions formelles », dont la commission se déduit de la seule méconnaissance de certaines dispositions législatives ou réglementaires. Le « droit à l'erreur » ne peut être totalement ignoré du droit pénal.

En dehors de certaines hypothèses particulières, telles les atteintes à l'intégrité corporelle ou les dommages particulièrement graves à l'environnement, la sanction pénale devrait être réservée à des violations délibérées de la règle de droit par le décideur.

Lorsque l'illégalité est difficile à détecter, sa seule sanction par le juge administratif, saisi d'un recours en annulation, constituera une réponse suffisante et adaptée. Même si nul n'est censé ignorer la loi, la responsabilité personnelle du décideur n'a pas, pour autant, nécessairement à être mise en cause.

Enfin, la licéité de certains faits, aujourd'hui pénalement réprimés, pourrait être admise. Nous verrons qu'il devrait en être ainsi, en ce qui concerne le délit de prise illégale d'intérêts, dans certaines hypothèses de conflits entre deux intérêts publics.

▪ Un éventuel assouplissement du régime de responsabilité pénale des décideurs publics pourrait se traduire par deux voies complémentaires :

1°) Une évolution de l'élément matériel de certaines infractions, et en particulier certaines de celles définies au livre IV du code pénal (prise illégale d'intérêts, favoritisme,...).

En l'état actuel du droit, certaines de ces infractions présentent, en effet, un caractère extrêmement formel : la commission se déduit de la seule méconnaissance de la règle de droit, sans égard notamment pour la bonne foi du mis en cause, notamment lorsque la législation à appliquer est particulièrement complexe.

Dans d'autres cas, notamment en cas d'atteinte aux libertés individuelles, la définition de l'élément matériel de l'infraction n'appelle pas d'observation particulière. La mission considère que le régime répressif des atteintes à la protection des libertés individuelles doit demeurer ce qu'il est.

Les peines applicables à certains faits qui relèvent de la seule négligence pourraient, quant à elles, être réinterrogées : s'il apparaît justifié que certains d'entre eux demeurent poursuivis, une amende, voire, à titre complémentaire, une interdiction temporaire d'exercer apparaissent davantage adaptés à la nature du manquement que le prononcé d'une peine d'emprisonnement.

2°) Une adaptation des dispositions générales du code pénal relatives à l'élément moral de l'infraction (article 121-3) et aux causes exonératoires de responsabilité pénale, telles que l'erreur sur le droit applicable ou le commandement par l'autorité légitime (articles 122-1 et suivants).

Une réforme de ces dispositions pourrait bénéficier à toute personne mise en cause, et non pas aux seuls responsables publics. Elle ne s'en justifierait pas moins dans la mesure où ces derniers ne sont pas les seuls confrontés au risque pénal pour des délits qu'ils n'ont pas eu l'intention de commettre. En particulier lorsqu'ils agissent au vu d'indications fournies par une autorité administrative qui s'avèrent erronées.

1.2.3.2. Une approche qui se doit d'être équilibrée

Une approche équilibrée demeure nécessaire, en vue de préserver les autres intérêts publics et privés en cause.

L'incitation à la « prise de risque » ne saurait compromettre le respect effectif de certaines législations, en particulier celles sur la santé publique, l'environnement ou encore le droit de la commande publique. La répression pénale reste nécessaire dans ces matières pour assurer le respect effectif de ces exigences.

Et le resserrement éventuel de l'élément intentionnel de telles infractions ne saurait aller jusqu'à paralyser l'engagement des poursuites : il devra bien souvent être déduit des circonstances de l'espèce, en particulier de la gravité du manquement et de la connaissance que devait normalement avoir l'auteur des faits de l'illégalité commise.

Par ailleurs, en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, le souci des victimes de demander des comptes aux responsables de graves négligences demeure légitime, même si le procès pénal n'a pas pour objet premier la réparation de leur préjudice. On ne saurait imaginer que la loi s'oppose à ce que des scandales sanitaires mettant en lumière des manquements délibérés aux règles de prudence (« affaire du sang contaminé » par exemple) puissent avoir un volet pénal, comme c'est le cas également dans les autres Etats occidentaux.

1.2.3.3. Une approche élargie à la procédure pénale, à la prévention et à l'accompagnement

Ainsi qu'il vient d'être dit, il ne paraît pas envisageable de sécuriser les décideurs publics contre le risque de mise en cause injustifiée sans faire évoluer le régime de responsabilité pénale qui leur est applicable. C'est bien souvent, en effet, la perspective de se trouver mis en examen en raison d'une simple erreur d'appréciation qui perturbe les décideurs et nuit au bon fonctionnement administratif. Cette problématique constitue ainsi l'axe principal du présent rapport.

Pour autant, la présente étude, et notamment les auditions réalisées, ont fait apparaître plusieurs axes complémentaires.

Le premier axe porte sur la ***procédure pénale***. Comme l'a notamment relevé le rapport précité sur la présomption d'innocence remis en octobre 2021 par le groupe de travail présidé par Elisabeth Guigou, celle-ci ne garantit pas suffisamment la présomption d'innocence des mis en cause, tout particulièrement lorsqu'ils exercent des fonctions publiques. Sa durée, souvent longue pour les infractions concernées, perturbe également le fonctionnement administratif et contribue à l'anxiété des décideurs face au risque pénal. Et, par ailleurs, l'employeur public n'a pas toujours la possibilité de faire entendre ses observations, alors que celles-ci seraient bien souvent utiles à la compréhension des faits.

Le deuxième axe de réflexion complémentaire a trait à la ***prévention des mises en cause pénales des décideurs publics***. Les efforts de formation entrepris apparaissent en effet inégaux selon les administrations concernées et ne sont pas toujours à la hauteur des enjeux, ainsi que plusieurs des personnes auditionnées l'ont souligné.

Enfin, le troisième axe porte sur ***l'accompagnement des personnes poursuivies***. Le champ de la protection fonctionnelle suscite maintes interrogations et débats et donne lieu à des pratiques très divergentes. En outre, il se traduit trop souvent par le seul remboursement de tout ou partie des honoraires d'avocat, alors que nombre de décideurs éprouvent également le besoin d'un accompagnement humain par leur administration.

2^{ème} partie : Mieux proportionner la réponse pénale à la nature et à la gravité des faits et aux contraintes des autorités publiques

2.1. Une réforme qui doit être mise en œuvre dans le respect du principe d'égalité devant la loi pénale

Les différentes évolutions législatives envisageables afin de prévenir les mises en cause excessives de décideurs publics à raison de faits commis dans l'exercice de leurs fonctions ne sauraient avoir pour effet de créer des différences de traitement injustifiées avec les particuliers.

En vertu du principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale, les réformes envisagées doivent être justifiées par une différence objective de situation et proportionnées à celle-ci. Plusieurs décisions rendues par le Conseil constitutionnel ces dernières années ont ainsi autorisé des exonérations totales ou partielles de responsabilité pénale en faveur de certaines catégories de personnes, en particulier de certains agents publics. En revanche, sa jurisprudence paraît faire obstacle à des exonérations qui porteraient sur l'ensemble des actes accomplis par les décideurs publics dans le cadre de leurs fonctions ou sur l'ensemble de leurs fautes non détachables du service.

2.1.1. Un cadre constitutionnel qui permet d'adapter la loi pénale aux contraintes inhérentes aux missions des élus et agents publics

- Ainsi qu'elle y était invitée, la mission s'est avant tout interrogée sur les évolutions des dispositions pénales de fond destinées à limiter la pénalisation de la vie publique quand elle ne se justifie pas. L'objet premier du présent rapport n'est pas de mener une réflexion d'ensemble sur le régime de responsabilité en droit pénal.

Cependant, l'introduction de règles dérogatoires qui seraient applicables aux seuls décideurs publics – ou même à l'ensemble des agents publics et des élus – soulève la question de la conformité au principe d'égalité de traitement devant la loi pénale. Ce principe découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « *La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

La difficulté potentielle est d'ordre juridique, mais également en termes d'acceptabilité sociale. Peut-on, par exemple, imaginer que le décideur public mis en cause à la suite d'un accident du travail ou de l'exercice d'une activité ayant causé des dommages à l'environnement, quand il agit dans les mêmes conditions qu'un chef d'entreprise, soit traité de façon plus favorable que ce dernier poursuivi à raison des mêmes faits ? Le statut d'agent public n'apporte, en tant que tel, aucun privilège.

Dès lors qu'une infraction pénale réprime des faits susceptibles d'être commis aussi bien par des agents publics et des élus dans le cadre de leurs fonctions que par des particuliers, toute différence de traitement au bénéfice des premiers doit reposer sur des considérations objectives ou être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant.

- La jurisprudence constitutionnelle est en ce sens.

Ainsi, de façon générale, « le principe d'égalité devant la loi pénale [...], ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente »⁸⁵ ou lorsqu'il existe « une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi »⁸⁶. Une différence de traitement doit ainsi reposer sur des critères objectifs et rationnels en lien avec le but poursuivi par le législateur⁸⁷.

Il en résulte, en particulier, que nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé contraire au principe d'égalité une disposition prévoyant que certaines mesures prises par le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel « ne pouvaient en aucun cas engager [sa] responsabilité personnelle »⁸⁸.

En matière pénale, si le principe d'égalité « ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente », la loi ne saurait « pour des infractions identiques » « dans l'édition des crimes et des délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, instituer au profit de quiconque une exonération de responsabilité à caractère absolu (...) »⁸⁹. Est ainsi censurée l'immunité pénale et civile qui avait été conférée aux parlementaires en ce qui concerne le rapport établi pour rendre compte d'une mission confiée par le Gouvernement, une telle mission ne s'inscrivant pas dans l'exercice de leurs fonctions et n'entrant donc pas dans le champ de l'immunité prévue à l'article 26 de la Constitution.

De même, la nouvelle rédaction de l'article L. 3136-2 du code de la santé publique, issue de la loi du 11 mai 2020 sur la responsabilité pénale non intentionnelle, pensée pour les élus et dirigeants locaux, est validée par le Conseil constitutionnel⁹⁰ parce qu'elle s'applique à tous, même si elle mentionne « notamment » les autorités locales et les employeurs.

Quant à l'immunité reconnue par la loi organique au Défenseur des droits et à ses adjoints, il a été jugé qu'elle était justifiée par leur indépendance, consacrée par la Constitution, et qu'elle ne trouvait à s'appliquer qu'aux opinions qu'ils émettent et aux actes qu'ils accomplissent pour l'exercice de leurs fonctions. Et ce, en outre, sous réserve des sanctions encourues en cas de méconnaissance des règles applicables au respect des secrets protégés par la loi ainsi que de la protection des lieux privés⁹¹.

La loi ne saurait davantage, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi⁹². Ou encore procéder à une distinction géographique⁹³.

⁸⁵ Décision n° 80-125 DC du 19 décembre 1980

⁸⁶ Décision n° 2021-906 QPC du 14 mai 2021

⁸⁷ Décision n° 2019-804 QPC du 27 septembre 2019

⁸⁸ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 - En l'espèce, le CSA enjoint aux directeurs de chaînes de prendre des mesures pour faire cesser le manquement, la loi déferée prévoyait que ces mesures « prises en exécution de ces décisions ne peuvent engager la responsabilité personnelle du président de l'organisme ». Nul ne saurait, en effet, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé.

⁸⁹ Décision n° 89-262 DC du 7 novembre 1989 ; décision n° 2016-544 QPC 3 juin 2016 ; décision n° 2021-906 QPC du 14 mai 2021

⁹⁰ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

⁹¹ Décision n° 2011-626 DC, 29 mars 2011

⁹² Décision n° 2013-328 QPC du 28 juillet 2013

⁹³ V. cons. 10 : Une même infraction ne peut pas être plus sévèrement punie en Polynésie française que dans la législation nationale.

- Les dérogations au droit commun admises jusqu'ici au bénéfice d'agents ou de décideurs publics portent sur des sanctions autres que pénales ou revêtent une portée étroitement circonscrite⁹⁴.

Le Conseil constitutionnel a ainsi, *d'une part*, estimé que le législateur avait pu exonérer, selon les cas en tout ou partie, les membres du Gouvernement et les élus locaux de leur responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière, à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion d'activités accessoires à ces fonctions. Ces autorités sont, en effet, placées « *eu égard à la nature du contrôle [politique] auquel elles sont soumises, dans une situation différente de celle des justiciables [de cette juridiction]* »⁹⁵.

Le commentaire aux Cahiers de cette décision souligne que la solution se justifie notamment par la circonstance que « *cette exemption concerne exclusivement des poursuites de nature disciplinaire relatives à des règles techniques régissant les finances publiques* ».

De la même façon, en marge du pénal, par sa décision n° 2024-1106 QPC du 11 octobre 2024, le Conseil constitutionnel traitant de la protection fonctionnelle, admet que l'absence de protection des élus locaux pendant l'enquête préliminaire, alors que les agents de la fonction publique territoriale en bénéficient, n'est pas contraire à la Constitution. Le juge constitutionnel retient que les fonctionnaires « *ne se trouvent pas dans la même situation que les élus chargés d'administrer la commune, au regard notamment de la nature de leurs missions et des conditions d'exercice de leurs fonctions.* » Le législateur n'était donc pas tenu de les soumettre aux mêmes dispositions. C'est bien reconnaître la spécificité de la situation de certains décideurs publics, en l'occurrence les fonctionnaires territoriaux.

De même, au sein d'une collectivité territoriale, les exécutifs d'une part et les autres élus d'autre part ne sont pas placés dans la même situation et le législateur peut moduler différemment leurs droits à la protection fonctionnelle. Ainsi le principe d'égalité tient-il le plus grand compte des différences de situations.

Et, *d'autre part*, le Conseil a également validé les dispositions de procédure pénale (article 698-2 du code) limitant par rapport au droit commun la possibilité pour les victimes d'engager des poursuites pénales à l'encontre des militaires.

Ces dispositions ont d'abord été jugées conformes à la Constitution en tant qu'elles ne permettent pas à la victime d'un crime ou d'un délit commis sur le territoire de la République par un militaire dans l'exercice du service, à la différence de la victime d'un autre crime ou délit, de saisir la juridiction de jugement par la voie de la citation directe.

Cette restriction était, en effet, justifiée par « *les contraintes inhérentes à l'exercice de leurs missions par les forces armées* », qui justifiaient que soit imposée, en matière délictuelle, une phase d'instruction préparatoire destinée à vérifier si les faits constituent une infraction et la suffisance des charges à l'encontre de la personne poursuivie et à établir les circonstances particulières de la commission des faits. En outre, la victime conserve, en ce cas, la possibilité de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile devant le juge d'instruction ou d'exercer l'action civile pour obtenir réparation du dommage que lui ont personnellement causé les faits à l'origine de la poursuite⁹⁶.

⁹⁴ Pour une validation d'une différence de traitement en dehors du champ des sanctions, V. par ex. la récente décision n° 2023-1060 QPC 14 septembre 2023 : Validation de l'article L. 600-8 du code de l'urbanisme qui restreint les recours contre les autorisations à des fins d'obtention de contrepartie financière ou d'avantage, « *le législateur [ayant] entendu limiter les risques particuliers d'incertitude juridique qui pèsent sur les décisions d'urbanisme et lutter contre les recours abusifs* ». Ce motif est significatif.

⁹⁵ Décision n° 2016-599 QPC du 2 décembre 2016

⁹⁶ Décision n° 2015-461 QPC du 24 avril 2015

La constitutionnalité de l'article 698-2 a ensuite également été admise en tant que ces dispositions confèrent au parquet un monopole pour le déclenchement de l'action publique contre des militaires engagés en opérations extérieures. Le législateur avait pu prendre en compte les « *contraintes inhérentes à l'exercice de leurs missions par les forces armées* », en « *[limitant] le risque de poursuites pénales abusives, de nature à déstabiliser l'action militaire de la France à l'étranger, tout en préservant, là encore, la possibilité des victimes d'agir en réparation du dommage causé par ces infractions* » devant le juge civil ou le juge administratif, ou encore de se constituer partie civile dans le cas où l'action publique a été mise en mouvement par le parquet⁹⁷.

Ces deux dernières décisions retiennent particulièrement l'attention en ce qu'elles font expressément référence aux contraintes inhérentes à certaines missions des agents publics et qu'elles prennent en compte l'objectif consistant à limiter les poursuites abusives susceptibles de les déstabiliser⁹⁸.

▪ Si la jurisprudence constitutionnelle est encore peu étoffée quant à la portée des dérogations ainsi susceptibles d'être admises en ce qui concerne les conditions de mise en cause pénale des élus et des agents publics, il en ressort ainsi qu'elle en admet le principe, sous réserve qu'elles soient suffisamment justifiées et proportionnées.

Cette décision juge également conforme à la Constitution l'article 698-1 en ce qu'il impose au ministère public de solliciter avant tout acte de poursuite, en cas de crime ou de délit visé par les articles 697-1 ou 697-4 du code de procédure pénale, l'avis du ministre chargé de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui.

Selon le Conseil, le législateur avait entendu garantir que puissent, le cas échéant, être portées à la connaissance de l'institution judiciaire les spécificités du contexte militaire des faits à l'origine de la poursuite ou des informations particulières relatives à l'auteur présumé eu égard à son état militaire ou à sa mission ; que, d'autre part, cet avis n'a pas à être demandé en cas de crime ou de délit flagrant.

Ce faisant, il n'avait pas procédé à une discrimination injustifiée et avait procuré à la partie lésée des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense.

⁹⁷ Décision n° 2019-803 QPC du 27 septembre 2019, cons. 8

⁹⁸ La jurisprudence constitutionnelle autorise par ailleurs également certaines dérogations au principe d'égalité pour la défense des fonctionnaires faisant l'objet de menaces pour leur action publique :

- Décision n° 2021-896 QPC 9 avril 2021 - constitutionnalité de l'incrimination de l'outrage à dépositaire de l'autorité publique) ;

- Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021 - concernant le délit de menaces, violences ou actes d'intimidation à l'encontre d'une personne participant à l'exécution d'une mission de service public, afin d'obtenir pour soi-même ou pour autrui une exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement du service.

A l'inverse, cette jurisprudence justifie, dans certaines hypothèses, des sanctions plus sévères à l'encontre des personnes dépositaires de l'autorité publique, des obligations spécifiques mises à leur charge :

- Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013 - Le législateur a ainsi pu, en l'espèce, imposer des déclarations d'intérêts seulement à certaines fonctions publiques ou certains emplois publics ;

- Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, cons 54 - ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité la disposition qui prévoit que les conditions dans lesquelles peuvent être révoqués les représentants de l'Etat sont différentes de celles des autres membres des conseils d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public car cette différence s'applique à des situations elles-mêmes différentes ;

- Décisions n° 82-138 DC du 25 février 1982 et n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 - Le législateur peut ainsi « *délimiter le champ d'application de l'amnistie dès lors que les catégories retenues à savoir les infractions et les personnes auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de l'amnistie sont définies de manière objective* ». Il peut ainsi amnistier « *dans un souci d'apaisement politique ou social* », « *il ne lui est pas interdit à cette fin, de tenir compte des difficultés que présente l'exercice des fonctions de représentant élu du personnel ou de responsabilité syndicale dont la protection découle d'exigences constitutionnelles* ».

2.1.2. Une exonération de responsabilité pénale insusceptible de s'appliquer à tous les actes des décideurs publics non détachables du service

De façon générale, trois types d'évolutions sont susceptibles d'être apportées aux règles pénales de fond applicables aux décideurs publics :

- La dépénalisation, totale ou partielle, de certains faits aujourd'hui réprimés (favoritisme, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics par imprudence...);
- Une exonération générale de responsabilité pénale justifiée par la nature de la faute commise (par exemple, une faute non intentionnelle ou détachable du service);
- Une exonération partielle de responsabilité pénale, dont le champ d'application serait défini en fonction de la qualité de l'auteur des faits et de la nature des missions exercées. Une telle exonération existe déjà, comme on l'a vu, pour les militaires et il pourrait être envisagé d'en introduire de nouvelles au bénéfice des agents publics ou des élus agissant dans le cadre de leurs fonctions.

1°) Dans le cas de la dépénalisation, aucune atteinte n'est, par construction, susceptible d'être portée au principe d'égalité devant la loi pénale. Toutes les personnes sont traitées de la même façon lorsqu'elles commettent les faits en cause.

2°) La jurisprudence précitée paraît, en revanche, exclure une exonération générale de responsabilité pénale au bénéfice des décideurs publics dans l'exercice de leurs fonctions.

En effet, lorsque le décideur public agit « en civil », il ne se trouve pas placé, à raison de ses fonctions, dans une situation réellement différente de celle d'une personne agissant à titre privé. Il en est ainsi en cas d'accident du travail, d'agissements constitutifs de harcèlement moral ou encore, par exemple, d'atteinte à l'environnement ou de non-respect du droit de l'urbanisme (tel le maire qui ordonnerait le déversement de déchets de la commune dans une zone protégée ou qui construirait un bâtiment public sans les autorisations requises).

A défaut d'une différence objective en lien avec la nature des missions exercées, la seule circonstance qu'il exerce ses fonctions pour le compte d'une personne publique ne constitue pas un critère objectif justifiant une différence de traitement, a fortiori de portée aussi générale. Certes, le décideur public peut être exposé à un risque de déstabilisation, mais n'est-ce pas également le cas de son homologue privé ?

Une exonération de responsabilité pénale qui serait élargie à l'ensemble des manquements non intentionnels commis par les décideurs publics – ou, plus largement, à titre alternatif, par l'ensemble des agents publics et des élus – se heurterait vraisemblablement, là encore, au regard de sa portée particulièrement étendue, aux exigences constitutionnelles.

Ainsi, par exemple, un homicide involontaire reproché à un employeur privé n'a pas vocation à être traité différemment sur le plan pénal de celui qui le serait à un décideur public.

En tout état de cause, une telle réforme ne permettrait pas de répondre aux principales préoccupations des décideurs. Les délits de prise illégale d'intérêts ou de favoritisme sont, en effet, qualifiés d'infractions intentionnelles, dès lors que leur auteur a délibérément pris la décision en cause, croyant, à tort, qu'il agissait dans la légalité (cf. *infra*).

De même, une éventuelle dérogation rendue applicable à l'ensemble des fautes non détachables du service (piste également été évoquée au cours de certaines auditions réalisées) ne paraît pas juridiquement envisageable :

- En droit pénal, cette notion n'est pas utilisée pour déterminer l'élément matériel d'une infraction, ou encore pour exonérer les agents publics de leur responsabilité pénale⁹⁹. Sa définition est, en outre, malaisée et donne lieu à des divergences de jurisprudence entre le Conseil d'Etat, qui y inclut notamment certaines fautes intentionnelles, et la Cour de cassation (cf. *infra*) ;

- La portée d'une telle réforme ne répondrait pas aux principales préoccupations de la plupart des décideurs publics, et en particulier des élus locaux. Les infractions spécifiques de prise illégale d'intérêts, de favoritisme ou encore de détournement de fonds publics par négligence, qui les préoccupent plus particulièrement, ne sont, en effet, pas qualifiées de fautes de service par la Cour de cassation¹⁰⁰.

3°) Des exonérations partielles de responsabilité pénale, définies en fonction de la qualité des personnes mises en cause et de la nature de leurs missions, paraissent, en revanche, envisageables, d'autant que le code pénal consacre un chapitre aux « *atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* »¹⁰¹. Ces infractions propres aux décideurs publics peuvent être à la fois confortées et adaptées pour les seuls décideurs publics.

Comme il a été dit, la jurisprudence constitutionnelle précitée impose d'apprécier au cas par cas si la dérogation envisagée au principe d'égalité devant la loi pénale repose ou non sur des critères objectifs et rationnels en lien avec le but poursuivi par le législateur. Il convient de prendre en compte à ce titre tant l'étendue de la dérogation que la gravité des faits susceptibles d'y donner lieu.

Le présent rapport analysera ainsi au regard de ce principe la faisabilité juridique de chaque mesure dérogatoire au droit commun envisagée au bénéfice des décideurs.

2.2. Revoir les éléments constitutifs de certaines infractions spécifiques aux élus et aux agents publics

La mission a d'abord porté son attention sur les infractions de prise illégale d'intérêts et de favoritisme, qui ont pour point commun de constituer des « délits-obstacles », dont la caractérisation se déduit du seul constat de la méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires. Elles relèvent des « *manquements au devoir de probité* » et figurent toutes deux dans le chapitre II du titre III du livre quatrième du code pénal, intitulé « *des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* ».

⁹⁹ En l'état actuel du droit, la distinction entre la faute personnelle et la faute de service, introduite par le Tribunal des conflits dans sa décision Pelletier du 30 juillet 1873, vise principalement à déterminer l'ordre de juridiction compétent pour connaître de demandes d'indemnisation d'une victime d'un agissement d'un dépositaire de l'autorité publique ou d'un agent du service public. Elle est également utilisée pour définir le champ d'octroi de la protection fonctionnelle : seuls peuvent y prétendre les agents n'ayant pas commis de faute personnelle détachable du service.

¹⁰⁰ Cass. crim., 22 févr. 2012, n° 11-81.476 et, plus récemment, Cass. Crim., 8 mars 2023, n° 22-82.229, inédit

¹⁰¹ Articles 432-1 à 432-18

2.2.1 Les principes suivis par la mission

2.2.1.1 Des propositions sous le sceau de l'équilibre entre moralisation et sécurisation des autorités publiques

La garantie d'un haut niveau de transparence paraît nécessaire, eu égard aux enjeux en termes de gestion des deniers publics et de moralisation de la vie publique.

Le législateur est intervenu à plusieurs reprises, ces trente dernières années, afin de moraliser la vie publique, en garantissant l'impartialité de la prise de décision et en veillant à une transparence suffisante dans l'application de la législation de la commande publique. Les différentes réformes adoptées, notamment la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, constituent des garanties essentielles pour la confiance des citoyens envers les responsables publics.

Cette préoccupation rejoint notamment celle du droit électoral dans sa définition des incompatibilités et de l'inéligibilité¹⁰² des agents publics, qui prend en compte la possibilité éventuelle des intéressés d'utiliser leurs prérogatives à des fins personnelles dans le cadre des opérations électorales. Pour la jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁰³, l'adjoint au chef de subdivision territoriale à la direction départementale de l'équipement, mis à disposition du président du conseil général pour l'exercice des compétences du département, qui est chargé de concevoir et d'instruire les dossiers des subventions départementales relatives aux opérations sur la voirie et les réseaux des communes, est inéligible au conseil départemental parce qu'il exerce des fonctions équivalentes à celles d'un « chef de bureau de conseil départemental » pour l'application du 18° de l'article L. 195 du code électoral.

Ces exigences se retrouvent encore dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui impose notamment aux Etats membres de veiller à ce que les justiciables ne puissent nourrir des doutes légitimes sur l'impartialité des tribunaux (« théorie de l'apparence »). Notamment en faisant obstacle à ce qu'un magistrat qui vient de siéger dans un litige déterminé exerce ensuite des fonctions importantes au sein de l'administration qui y était partie¹⁰⁴.

La mission raisonne à partir de ces références essentielles de l'état de droit.

Il ne saurait, par conséquent, être question de dépénaliser l'ensemble des faits ainsi réprimés. Par exemple, la participation active à une délibération attribuant une subvention ou accordant une remise de dette à sa propre entreprise ou à celle de son conjoint révèle, de la part de l'élu, une atteinte grave à la probité, qui appelle une réponse pénale. De même que l'intervention d'un fonctionnaire dans l'attribution de plusieurs marchés de travaux publics au bénéfice d'une société dont il est le gérant.

Il ressort, en outre, des constatations de l'Agence française anti-corruption¹⁰⁵ que le risque de corruption de « basse intensité », portant sur une multitude de petits montants, est

¹⁰² Voir notamment les articles L. 195, L. 207 et L. 237 du code électoral

¹⁰³ CE, 7 janvier 1994, commune de Longny, n° 139296

¹⁰⁴ Affaire Sacilor-Lormines du 9 novembre 2006

¹⁰⁵ https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/12/09/isabelle-jegouzo-directrice-de-l-agence-francaise-anticorruption-la-corruption-est-un-sujet-dont-le-debat-politique-doit-s-emparer_6204797_3224.html

particulièrement élevé en ce qui concerne les associations, qui sont moins contrôlées que les entités publiques et les entreprises.

Ces objectifs de moralisation de la vie publique et de transparence de l'action administrative que poursuit la législation relative à la gestion des conflits d'intérêts et à la répression du favoritisme sont à conserver avec attention.

Dans le respect de ces exigences, il apparaît néanmoins légitime de s'interroger sur les conditions dans lesquelles la sécurisation de l'action publique peut être renforcée.

2.2.1.2 L'orientation générale de la mission : mieux distinguer la légalité et la répression pénale

- La mission relève la confusion, en l'état du droit actuel, entre les questions de légalité administrative et celles de répression pénale.

Toute méconnaissance des différentes législations en matière de conflits d'intérêts et de favoritisme est susceptible d'exposer son auteur à des poursuites pénales. Pourtant, ces manquements peuvent être de nature et de gravité très différentes. Quoi de commun, par exemple, entre le maire, qui, en tant que conseiller départemental, participe au vote d'une délibération relative à des travaux d'équipement au sein de sa commune à celui qui ferait voter une importante subvention au bénéfice de l'entreprise de son conjoint ?

Sur le plan de la légalité administrative, le premier cité aura certes manqué à son obligation de neutralité en faveur de sa commune, mais doit-il, pour autant, être sanctionné par le juge pénal ? L'éventuelle annulation de la délibération par le juge administratif ne constitue-t-elle pas une réponse suffisante ?

De même, quoi de commun entre l' élu qui viole délibérément les dispositions du code des marchés publics afin d'attribuer un contrat à un proche au préjudice financier de la collectivité et celui qui méconnaît une règle particulière de procédure de passation dans le seul souci de prendre en compte des considérations impérieuses d'intérêt public ou qui se méprend involontairement dans l'application d'une réglementation nouvelle particulièrement complexe ?

- Il est ainsi légitime de se demander si les délits de prise illégale d'intérêts et de favoritisme ne devraient pas sanctionner que les seuls manquements du décideur public à son devoir de probité. Pas la seule absence d'objectivité, découlant du seul constat de la mise en évidence d'un autre intérêt de l'intéressé, en lien avec ses autres fonctions ou mandats.

De même, il pourrait être envisagé de limiter la répression pénale aux seuls manquements délibérés à l'interdiction des conflits d'intérêts ou aux règles de la commande publique, et non pas à des négligences administratives.

- Sur le strict plan de la légalité, en revanche, la mission ne propose pas de remettre en cause les grandes lignes du dispositif actuel.

En effet, les réformes récentes, issues notamment de la loi « 3 DS », ont recherché à un équilibre, particulièrement délicat à atteindre, entre l'objectif de transparence des décisions et la sécurité juridique à laquelle peuvent prétendre les administrations et leurs décideurs.

Les propositions parfois émises en vue de remettre en cause les grandes lignes de cet équilibre apparaissent très discutables.

Ainsi, une éventuelle remise en cause de l'illégalité de principe des situations de conflits d'intérêts « public-public » posée par la loi du 11 octobre 2013 et le code général de la fonction publique marquerait un recul quant aux exigences d'objectivité des décideurs et de transparence de l'action publique. Cela reviendrait, ainsi, par exemple, à permettre au maire d'attribuer un marché à la société d'économie mixte qu'il préside ou de faire voter par le conseil municipal une importante subvention en sa faveur, au risque de la favoriser indument par rapport aux autres opérateurs du secteur.

Il paraît de même contestable, au regard de ces mêmes exigences, d'autoriser, tout au moins en l'absence d'un encadrement très strict, les élus locaux à participer au vote de délibérations relatives à des associations dans lesquelles ils siègent, fût-ce en tant que représentants de leur collectivité. La règle administrative doit rester le déport.

Plutôt qu'une refonte complète de la législation, il apparaît ainsi préférable de privilégier des adaptations plus ciblées du cadre juridique actuel, afin de mieux prendre en compte certaines situations spécifiques dans lesquelles les différents intérêts en cause n'apparaissent pas réellement en conflit.

Afin de prévenir une répression pénale injustifiée tout en continuant de juger illégaux les comportements qui doivent l'être dans l'intérêt du bon fonctionnement des services publics, la mission estime que l'on pourrait, dans un double souci de cohérence et de sécurisation de l'action publique, mieux distinguer trois situations :

- **Celles dans lesquelles le conflit d'intérêts n'en est pas un ou ne devrait pas être sanctionné à quelque titre que ce soit.**
- **Celles où l'éventuelle annulation contentieuse par le juge administratif de la décision attaquée constitue une réponse suffisante, sans nécessité de mise en cause de la responsabilité pénale de la personne à l'origine du conflit d'intérêts ;**
- **Celles qui ont vocation à continuer à donner lieu à la fois à une répression pénale et à la sanction par le juge administratif de l'illégalité commise.**

■ Le délit de prise illégale d'intérêts, réprimé à l'article 432-12 du code pénal, a remplacé, lors de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, l'ancien délit d'ingérence réprimé à l'article 175 de l'ancien code.

Dans sa version aujourd'hui en vigueur, son premier alinéa dispose que « *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 de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité 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 d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. (...)* ».

▪ Indépendamment du droit pénal, de nombreuses dispositions législatives, pour la plupart adoptées ces dernières années, interdisent légalement les conflits d'intérêts et visent à prévenir les manquements à cette obligation. Ces différents textes de portée administrative définissent chacun la portée de cette exigence et les conditions nécessaires à son respect. Leur méconnaissance est susceptible d'entacher la légalité des actes concernés, sous le contrôle du juge administratif

Cette exigence constitue ainsi une obligation pour les élus et les agents publics, consacrée à l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique, et désormais reprise aux articles L. 121-4 et 5 du code général de la fonction publique.

Elle s'impose plus spécifiquement aux élus municipaux, en vertu de l'article L. 2131-11 du CGCT¹⁰⁶, qui dispose que « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil [municipal] intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ».

D'autres dispositions éparses organisent les conditions dans lesquelles intervient ce déport, en particulier pour la représentation de la commune en justice et dans les contrats (article L. 2122-26 du CGCT) ou pour la délivrance des autorisations d'urbanisme (article L. 422-7 du code de l'urbanisme).

Le principe d'interdiction des conflits d'intérêts est encore décliné à l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, à l'article L. 1451-4 du code de la santé publique ou à l'article L. 4122-5 du code de la défense.

▪ Le champ de la légalité administrative et celui de la répression pénale ne coïncident pas nécessairement. Dans certaines hypothèses, le délit de prise illégale d'intérêts peut réprimer des faits qui ne sont pas expressément prohibés sur le plan de la légalité administrative. A l'inverse, des pratiques peuvent être prohibées sans nécessairement entrer dans le champ d'application du délit.

▪ La mission a fait le choix de distinguer, en ce qui concerne les conflits d'intérêts, les propositions et pistes de réflexion qui relèvent de la légalité administrative (2.2.2.) et celles qui portent sur la répression pénale (2.2.3.).

2.2.2. Au plan de la légalité administrative, mieux cibler l'interdiction des conflits d'intérêts

La mission formule plusieurs propositions destinées à sécuriser la participation de décideurs publics au sein de certains organismes, en excluant ces situations du champ d'application des conflits d'intérêts. Si elles étaient suivies, ces propositions auraient pour effet de légaliser certaines situations aujourd'hui illégales, et possiblement réprimées par le droit pénal, ou tout au moins de clarifier la législation applicable, en mettant fin à certaines incertitudes. La mission prend en compte les modifications déjà opérées et propose de les compléter.

¹⁰⁶ Ancien article L. 121-35

2.2.2.1. Les modifications déjà opérées au plan de la légalité pour assouplir les contraintes

- Pour les élus, la loi « 3DS » du 21 février 2022 a cherché à sécuriser la représentation des collectivités au sein de leurs organismes satellites.

Ainsi, les représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales désignés pour participer aux organes décisionnels d'une autre personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé en application de la loi ne sont plus considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt lorsque la collectivité, le groupement ou l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire en lien avec la collectivité territoriale ou le groupement représenté (article L. 1111-6 du CGCT).

Il en est de même des élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance (article L. 1524-5 du CGCT).

Toutefois, dans les deux cas, certains actes, que ces dispositions énumèrent, demeurent illégaux, en vertu du II de cet article, lorsque les représentants des collectivités ont pris part à leur édicition :

- Attribution d'un contrat de commande publique, d'une garantie d'emprunt, de certaines aides financières (sauf s'il s'agit d'une dépense obligatoire ou du vote du budget) ;
- Délibération portant sur la désignation des intéressés ou sur leur rémunération au sein de la personne morale concernée.

Seuls sont autorisés à participer à de telles décisions, en application du III du même article, les représentants des collectivités territoriales au sein de l'organe décisionnel d'un groupement de collectivités ou au sein des centres communaux ou intercommunaux d'action sociale ou des caisses des écoles.

La loi « 3 DS » est cependant loin d'avoir envisagé toutes les hypothèses de conflits d'intérêts public-public. Ainsi, elle ne permet pas de légaliser les situations dans lesquelles :

1°) Un élu cumule plusieurs mandats électifs et participe, dans ce cadre, à l'élaboration d'actes portant sur des liens entre les différentes collectivités dont il est le représentant ;

2°) L'élu s'est fait désigner en son nom personnel – et non *ès qualités* - pour siéger au sein de l'organe décisionnel d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé (par exemple, lorsqu'il se fait élire au conseil d'administration d'une association ou qu'il se fait nommer président d'un établissement public) ;

3°) L'élu représente bien sa collectivité au sein de l'autre organisme de droit public ou privé, mais pas « en application de la loi ». Celui qui représente sa collectivité au sein d'associations loi 1901 en application des seuls statuts de celles-ci ne peut donc en bénéficier.

Sa présence *ès qualités* doit être prévue par une disposition législative (ainsi que cela ressort des travaux préparatoires, il ne peut s'agir d'un acte réglementaire ou conventionnel). Ce qui limite la portée de l'adaptation à certains organismes spécifiques. L'exposé des motifs de l'amendement qui est à l'origine de ces dispositions évoque ainsi l'élu qui siège au sein de

régies dotées de l'autonomie financière et de la personnalité morale (article L. 2221-10 du CGCT), des missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes (article L. 5314-1 du code du travail), des maisons de l'emploi (article L. 5313-2 du code du travail), ou des offices publics de l'habitat (article L. 421-6 du CCH).

Outre son caractère restrictif, cette dérogation soulève des incertitudes quant à sa portée précise. Qu'en est-il lorsque la loi ne mentionne pas expressément la présence de représentants de la collectivité au sein des instances décisionnelles de l'organisme mais autorise en revanche la collectivité à y participer ? La question se pose notamment pour les groupements d'intérêt public.

Par deux délibérations rendues en 2022, la HATVP s'est certes efforcée de donner une conception aussi extensive que possible à ces dispositions :

- La participation aux organes dirigeants d'organismes de droit public chargés d'une mission de service public administratif, dont les intérêts ne sauraient en principe être regardés comme divergents de ceux des collectivités territoriales et de leurs groupements, n'est pas de nature à provoquer des risques de conflit d'intérêts – le représentant de la collectivité ne peut donc être regardé comme « intéressé à l'affaire » au sens de l'article L. 1111-6¹⁰⁷ ;
- Un représentant de la collectivité est désigné « en application de la loi » non seulement lorsque la loi a expressément prévu la représentation de la collectivité au sein de l'association mais également lorsque son application l'implique nécessairement¹⁰⁸. Tel est le cas, selon la Haute autorité, pour les SAFER, les SCIC, les agences d'urbanisme ou encore les GIP gérant un service public à caractère industriel et commercial¹⁰⁹ ;
- Même dans le cas où la désignation de l' élu n'est pas intervenue en application de la loi, ce dernier peut participer aux échanges relatifs à la politique générale de l'organisme au sein duquel il siège ou visant à informer et rendre compte aux autres élus de ses activités¹¹⁰.

Pour autant, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de confirmer cette interprétation, de sorte qu'une forme d'insécurité juridique demeure pour les décideurs.

Plusieurs personnes auditionnées par la mission ont émis le souhait que la portée de cet assouplissement à la législation des conflits d'intérêts soit élargie. Déjà, lors des débats parlementaires sur la loi « 3DS », un parlementaire avait déploré l'exclusion des plateformes locales d'e-commerce¹¹¹ ou encore de certains organismes de foncier solidaire (OFS), auxquels les élus locaux participent fréquemment.

2.2.2.2. De nouveaux assouplissements du cadre d'intervention des représentants des collectivités territoriales au sein de certains organismes

- Parfois évoquée, une réforme qui exclurait, de façon générale, toute situation de conflit d'intérêts lorsque le décideur public siège ès qualités au sein de l'organe décisionnel d'une autre personne morale, quelle qu'elle soit, n'apparaît pas opportune.

¹⁰⁷ Délibération n° 2022-465 du 29 novembre 2022

¹⁰⁸ Délibération n° 2022-150 du 3 mai 2022

¹⁰⁹ Délibération n° 2022-465 du 29 novembre 2022

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Plateformes mises en place par certaines communes afin d'aider les commerçants à vendre en ligne leurs produits et mieux faire connaître l'offre commerciale locale, en faisant contrepoids aux géants du commerce en ligne, Leur création a été notamment encouragée par un plan de numérisation du commerce lancé en novembre 2020.

Ainsi, le maire d'une commune représentée au sein d'un GIP ayant une mission industrielle et commerciale ne saurait participer à l'attribution d'un marché à ce même groupement, au risque de fausser la concurrence avec les autres opérateurs.

De même, un élargissement de ces dispositions aux hypothèses dans lesquelles la désignation n'intervient pas « en application de la loi » mais uniquement des statuts de l'organisme apparaît problématique. Il reviendrait, en effet, à supprimer toute forme de conflit d'intérêts lorsque l' élu participe au vote de subventions, ou d'autre type d'aides, à des associations dans lesquelles il exerce des responsabilités.

▪ Pour autant, plusieurs modifications pourraient être apportées à l'article L. 1111-6 du CGCT afin d'assouplir le cadre d'intervention des représentants des collectivités territoriales au sein de certains organismes :

1°) La mission propose d'abord de poser dans la loi le principe d'exclusion de tout conflit d'intérêts en cas de participation ès qualités du représentant d'une collectivité territoriale aux organes décisionnels d'une personne publique chargée d'un service public administratif.

Comme il a été dit, dans sa rédaction actuelle, le II de l'article L. 1111-6 du CGCT légalise uniquement les interférences entre deux intérêts publics lorsque la désignation du représentant de la collectivité ou du groupement de collectivités intervient « *en application de la loi* » au sein d'une autre collectivité ou groupement, d'un centre communal ou intercommunal d'action sociale ou d'une caisse des écoles¹¹².

La modification envisagée consisterait à consacrer la doctrine précitée de la HATVP qui exclut plus généralement tout conflit d'intérêts lorsque l' élu siège en cette qualité au sein des organes décisionnels d'une personne publique chargée d'un service public administratif. Sans avoir donc à s'interroger sur le point de savoir si cette participation résulte de l'application de dispositions législatives. En effet, comme la Haute autorité l'a souligné dans sa délibération du 29 novembre 2022, une telle situation ne saurait faire naître un conflit entre des intérêts antagonistes.

La réforme permettrait ainsi, par exemple, de confirmer que le maire peut prendre part aux délibérations d'un établissement public administratif dans lequel la commune est représentée, alors même qu'elles portent sur le vote d'une subvention à son bénéfice. Il n'y aurait plus notamment à rechercher si la participation de cet élu au sein de cet organisme résulte ou non de l'application de dispositions législatives.

La question pourrait ultérieurement se poser de l'extension d'une telle réforme aux personnes privées chargées d'un service public administratif.

<u>Proposition n° 1 :</u>

¹¹² « Le II du présent article n'est pas applicable :

1° Aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités territoriales ;

2° Aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels des établissements mentionnés aux articles L. 123-4 et L. 123-4-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 212-10 du code de l'éducation ».

Consacrer la possibilité pour le représentant d'une collectivité territoriale de participer en qualité au sein des organes décisionnels d'une personne publique chargée d'un service public administratif

Les dispositions précitées du II de l'article L. 1111-6 du CGCT pourraient être remplacées par le paragraphe suivant : « *Les dispositions [de l'alinéa précédent] ne sont pas applicables aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent en cette qualité au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités territoriales ou d'organismes de droit public chargés d'une mission de service public administratif* ».

2°) Il apparaît également opportun, à des fins de sécurisation juridique, d'étendre la dérogation au principe de l'interdiction légale des conflits d'intérêts à l'hypothèse dans laquelle la participation de l'élu n'est pas expressément prévue par la loi mais en découle néanmoins nécessairement. Ce qui couvrirait notamment les groupements d'intérêt public, les offices de l'habitat et les SAFER. Il s'agirait, là encore, de consacrer l'interprétation que fait la HATVP de ces dispositions.

Combinée avec celle prévue au point précédent, une telle évolution législative aurait pour conséquence :

- d'exclure toute situation de conflit d'intérêts lorsque le représentant de la collectivité siège au sein de ceux des organismes qui gèrent un service public administratif ;
- de limiter les situations de conflit d'intérêts aux seuls cas prévus au II de l'article L. 1111-6 (telle la passation de contrat de commande publique), lorsque ces mêmes organismes ont une activité industrielle et commerciale.

Proposition n° 2 :

Consacrer l'absence de conflits d'intérêts lorsque la désignation d'un représentant de la collectivité au sein d'un organisme découle nécessairement de la loi, alors même que celle-ci ne la prévoit pas expressément.

L'article L. 1111-6 du CGCT serait ainsi modifié aux fins de remplacer les mots « *en application de la loi* » par la précision selon laquelle ces dispositions trouvent à s'appliquer « *Dans l'hypothèse où les dispositions législatives prévoient la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales aux organes décisionnels d'une autre personne morale, ou lorsqu'elles leur permettent d'être membres de tels organismes [lorsqu'elles impliquent nécessairement une telle participation]* ».

3°) Une autre réforme souhaitable, suggérée notamment par le groupe de travail du Sénat sur les institutions dans son rapport remis le 7 mai 2024, consisterait à autoriser un élu, appartenant en application de la loi aux organes décisionnels de deux entités, à participer aux délibérations portant sur sa désignation au sein d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé.

Cette possibilité ne lui est actuellement ouverte que dans les hypothèses prévues au III de la loi (c'est-à-dire lorsque l'autre organisme est une collectivité territoriale ou un groupement, ou encore un centre communal ou intercommunal d'action sociale ou une caisse des écoles). Elle serait étendue à l'ensemble des autres personnes de droit public ou privé lorsque la collectivité y est représentée en application de dispositions législatives.

En effet, dans le cas de ces organismes où la collectivité est représentée ès qualités, l'obligation de déport de l'élu paraît relever d'une conception trop rigide de la notion de conflit d'intérêts. En outre, un tel déport peut être ponctuellement de nature à rompre les équilibres politiques au sein de l'organe délibérant.

Proposition n° 3 :

Autoriser un élu appartenant en même temps à l'organe décisionnel d'une autre entité, à participer aux délibérations portant sur sa désignation au sein d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé.

Le II de l'article L. 1111-6 du CGCT serait ainsi modifié afin de supprimer la référence à la participation de l'élu à une délibération sur sa désignation. L'interdiction de participer aux délibérations sur sa rémunération devrait en revanche être logiquement maintenue.

2.2.2.3. De nouveaux assouplissements du cadre d'intervention des représentants de l'Etat au sein de certains organismes au titre de leurs activités de tutelle et de contrôle

Les dernières évolutions législatives ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation ont fait naître des incertitudes quant à la possibilité pour les représentants de l'Etat de siéger en cette qualité, au titre de leurs activités de tutelle et de contrôle, au sein des organes dirigeants d'organismes de droit public ou de droit privé.

Le droit pourrait, à cet égard, être clarifié afin de préciser, comme l'a fait la loi « 3 DS » à propos des représentants des collectivités territoriales, que ces agents ne peuvent être considérés, de ce seul fait, comme ayant un « intérêt » susceptible de faire naître un conflit. En effet, dès lors que c'est une disposition législative ou réglementaire qui prévoit leur désignation ès qualités dans cet organisme, il apparaît légitime que les intéressés participent à la prise de décisions les concernant tout en siégeant au sein de leurs instances dirigeantes.

Proposition n° 4 :

Confirmer la possibilité pour les représentants de l'Etat de siéger au sein de certains organismes au titre de leur activité de tutelle et de contrôle

L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 pourrait être complétée par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsque la tutelle ou le contrôle qu'exerce l'Etat sur une personne morale de droit public ou privé implique qu'un de ses représentants soit désigné pour siéger au sein des organes décisionnels de cette personne, ce représentant n'est pas considéré, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt au sens du premier alinéa ».

2.2.3 Au plan pénal, mieux cibler le délit de prise illégale d'intérêts

2.2.3.1. Une infraction aux contours qui interrogent

De toutes les infractions pénales susceptibles de sanctionner des décideurs publics, élus comme agents publics, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, le délit de prise illégale d'intérêts constitue celle qui nourrit le plus leur inquiétude à l'égard du risque de mise en cause pénale.

Il s'agit également de celle qui, au cours de la période récente, a suscité le plus de propositions d'évolutions législatives. Comme le résume un rapport de la mission d'information du Sénat remis le 5 juillet 2023 : « *s'il est normal que les élus locaux soient soumis à un standard élevé d'exigences en matière de probité et d'intégrité, une interprétation excessivement large [de l'article 432-12 du code pénal] a pu constituer un obstacle à l'action publique injustifié au regard de la bonne foi des élus concernés* »¹¹³.

a) Un champ d'application particulièrement étendu

- Le champ de cette incrimination apparaît particulièrement étendu :

1° L'intérêt ainsi pris, reçu ou conservé peut l'être non seulement au profit de l'auteur des faits mais également d'un membre de sa famille, y compris, par exemple, un frère ou une sœur¹¹⁴, le gendre¹¹⁵ ou le beau-frère¹¹⁶, ou encore d'une relation amicale ou professionnelle¹¹⁷.

Exemples :

- Délit caractérisé en ce qui concerne le collaborateur du cabinet du maire qui avait participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres, alors qu'il entretenait « une relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant de cette société »¹¹⁸ ;
- Participation de l'élue à une délibération engageant la commune à garantir un emprunt contracté par une société à laquelle elle avait cédé un terrain et supprimant la clause résolutoire du contrat de cession obligeant cette société à consigner une somme destinée à assurer l'achèvement des travaux de démolition et de construction – l'intérêt avait pu se déduire de la conscience qu'avait l'élue de sa relation avec le gérant de la société « *qui était pour elle un ami de longue date après avoir été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf* »¹¹⁹.

2° Il peut s'agir aussi bien d'un intérêt matériel que d'un intérêt moral ou affectif. La Cour de cassation assimile notamment à un tel intérêt la recherche de prestige ou de notoriété politique (Crim, 20 mars 1997, n° 96-81.361).

3° Cet intérêt peut être, comme le prévoit la loi, « indirect », ce qui inclut notamment la participation par le président du conseil général à une décision attribuant un marché public à une société qui avait apporté son soutien à une société dont cet élu était lui-même actionnaire (Cass. crim., 27 nov. 2002, n° 02-81.851)¹²⁰.

4° L'infraction peut être caractérisée alors même que cet intérêt personnel ne serait pas en contradiction avec l'intérêt général (Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-84.288)¹²¹.

¹¹³ Rapport d'information n° 851 (2022-2023) « Avis de tempête sur la démocratie locale : soignons le mal des maires »

¹¹⁴ Cass. crim., 4 mars 2020, n° 19-83.390

¹¹⁵ Cass. crim., 20 février 1995, n° 94-81.186

¹¹⁶ Cass. crim., 29 juin 2005, n° 04-87.294,

¹¹⁷ Cass. crim., 13 janvier 2016, n° 14-88.382

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Cass. crim., 5 avril 2018, n° 17-81.912

¹²⁰ De même d'un maire, président du SEMH, confiant des travaux à une SARL dont son épouse est gérante (Cass. crim., 25 novembre 1997, n° 96-86.446).

¹²¹ « *alors qu'enfin la prise illégale d'intérêts résulte d'un acte accompli dans un intérêt personnel distinct de l'intérêt de la collectivité que représente le décideur public ; qu'en ne recherchant pas si l'opération envisagée*

Il en est ainsi, par exemple, de l' élu municipal qui participe au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'il préside, sans en retirer un quelconque profit (Cass. crim., 22 octobre 2008, n° 08-82.068¹²²).

Sont parfois évoquées, à titre d'exemples, les poursuites engagées à l'encontre d'un élu ayant assisté, sans prendre part au vote, à une réunion attribuant une subvention à une association, dont il était membre, en vue de l'organisation des épreuves cyclistes nationales ou à l'encontre d'un adjoint au maire, viticulteur de profession, qui avait livré du vin à prix coûtant à la maison de retraite municipale, sans, là encore, en avoir retiré un bénéfice personnel.

5° L'intérêt pris, reçu ou conservé peut même être un intérêt public.

Plusieurs lois adoptées ces dernières années ont conforté le principe de prohibition des conflits d'intérêts public – public, en en faisant une obligation pour les élus, comme pour les agents. L'article 2 de la loi¹²³ du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique définit ainsi les conflits d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés* », définition ensuite reprise, pour les fonctionnaires, à l'article L. 121-5 du CGFP.

6° La « prise » d'un intérêt au sens de l'article 432-12 n'implique pas nécessairement que l'auteur des faits ait signé ou voté la décision litigieuse ou encore qu'il ait pris une part active aux débats au sein de l'organe délibérant.

Une simple attitude passive ou silencieuse lors du vote de la délibération peut suffire¹²⁴. L'infraction est également caractérisée si l' élu, bien qu'étant sorti de la salle lors du vote, a pris une part active aux délibérations en exerçant les fonctions de secrétaire de séance¹²⁵.

De même, la participation à une réunion informelle¹²⁶ ou encore l'émission d'un avis peuvent suffire¹²⁷. Ou même, dans certains cas, une simple abstention, s'agissant du renouvellement de marchés par tacite reconduction¹²⁸.

dans la délibération litigieuse ne satisfaisait pas l'intérêt communal, même si elle était de nature à profiter ultérieurement au prévenu, non pas en tant que telle mais au regard de la situation de fait créée, (...)

Attendu que, pour le déclarer coupable de ce chef, l'arrêt relève que le prévenu a présidé la séance du conseil municipal du 1er juillet 2003 et participé au vote, alors que cette séance portait sur une affaire dans laquelle il avait un intérêt direct, compte tenu de l'implantation de sa propriété par rapport aux travaux envisagés et de l'augmentation de celle-ci qui allait en résulter ; que les juges relèvent qu'un accord verbal avait été passé entre le prévenu et le dirigeant de la société Allobroges Habitat, avant ladite délibération, aux termes duquel les reliquats de parcelles non utilisés seraient revendus à Claude X... sous réserve que la société en devienne officiellement propriétaire ; »

¹²² Dans le même sens, Cass. crim., 22 février 2017, n° 16-82.039 ; Cass. crim., 27 juin 2018, n° 16-86.256

¹²³ n° 2013-907

¹²⁴ Cass. crim., 9 février 2005, n° 03-85.697

¹²⁵ V. par ex. Cass. crim., 14 novembre 2007, n° 07-80.220 : « *pour déclarer Christian Y... coupable (...) de prise illégale d'intérêts (...), la cour d'appel relève [qu'il] était présent et exerçait les fonctions de secrétaire de séance lors de la première délibération du conseil municipal engageant l'opération d'urbanisation ainsi que lors des délibérations suivantes au cours desquelles le projet a été "finalisé"* ; que, dès lors, nonobstant le fait qu'il n'ait jamais pris part aux votes et soit sorti lors de ces derniers, sa participation active aux séances déclaratives du conseil municipal précitées vaut surveillance ou administration au sens de l'article 432-12 du code pénal ; »

¹²⁶ Cass. crim., 20 janvier 2021, n° 19-86.702

¹²⁷ Cass. crim., 9 mars 2005, n° 04-83.615 ; Cass. crim., 15 janvier 2020, n° 19-80.494

¹²⁸ Cass. crim., 23 février 2011, n° 10-82.880

La commission de l'infraction pourra parfois se déduire de la position hiérarchique de l'agent ou de l'élu¹²⁹. Il en est ainsi, par exemple, d'une directrice générale des services d'une collectivité, en situation de conflits d'intérêts, ayant autorité sur l'agent de la commune responsable du suivi du dossier¹³⁰.

Une simple délégation de signature accordée à un fonctionnaire ne suffit pas à considérer que le délégant n'exerce pas l'administration ou la surveillance de l'affaire¹³¹.

7°) Outre les décideurs, tout agent public, même possédant une position administrative subalterne, est susceptible d'être incriminé, dès lors qu'il a participé à l'acte d'administration ou de surveillance considéré¹³².

b) Une infraction formelle, qui ne prend pas suffisamment en compte l'intention de l'auteur des faits

Une autre critique fréquemment adressée au délit réprimé à l'article 432-12 du code pénal porte sur le caractère formel que peut revêtir cette infraction.

L'élément moral du délit est caractérisé par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit reproché¹³³, alors qu'il n'en a pas retiré un quelconque profit¹³⁴. La bonne foi de l'intéressé constituera uniquement l'une des considérations prises en compte par le procureur au stade de l'appréciation de l'opportunité des poursuites, puis, le cas échéant, par le juge pénal, dans la détermination de la peine¹³⁵.

Une partie de la doctrine pénaliste justifie certes cette rigueur du législateur et de la jurisprudence, en relevant que cette infraction est destinée à réprimer au premier chef le fonctionnaire partisan et non le fonctionnaire vénal¹³⁶. Toutefois, d'autres auteurs ont souligné, non sans raison, la sévérité des solutions ainsi dégagées, revenant à faire du délit de prise illégale d'intérêts une infraction formelle, susceptible de sanctionner l'élu ou le fonctionnaire qui a agi de toute bonne foi. Ainsi, le Pr Stasiak relevait-il qu'en la matière, « *la jurisprudence fait preuve d'une sévérité manifeste en présument cet élément intentionnel dénaturé, présomption difficile, voire impossible, à renverser en raison de la nature même des fonctions exercées par l'agent qui ne lui permettront pas d'invoquer sa bonne foi* »¹³⁷.

¹²⁹ Cass. crim., 9 février 2005, n° 03-85.697

¹³⁰ CA Grenoble, 23 novembre 2021, n° 20/01514 (Arrêt commenté par Élise Untermaier-Kerléo – JCP A, n° 18, 9 mai 2022, 2158) : Étant le supérieur hiérarchique des fonctionnaires de la commune, la DGS avait autorité sur l'agent responsable de l'urbanisme et des affaires foncières, chargé du suivi du dossier. Bien qu'elle n'ait pas fait partie de la commission ad hoc qui a décidé d'attribuer ce lot à son compagnon, il a été retrouvé, dans son bureau, un dossier relatif au projet, ainsi que des e-mails montrant qu'elle avait un rôle dans la conduite du projet. La cour retient aussi que la DGS est intervenue avec force en décembre 2016 pour accélérer la signature des actes et éviter le transfert du projet à l'intercommunalité. Ainsi, peu importe, pour la cour, que la DGS ne se soit pas immiscée dans l'attribution du lot n° 4 : ce qui compte, c'est qu'elle a, dans le cadre de ses fonctions, supervisé et mené à bien une opération (l'extension de la zone artisanale) dans lequel elle avait un intérêt personnel.

¹³¹ Cass. crim., 9 février 2005, n° 03-85.697

¹³² Cass. crim., 11 mars 1976, n° 75-91.258

¹³³ Cass. crim., 21 novembre 2001, n° 00-87.532

¹³⁴ Cass. crim., 22 octobre 2008, précité

¹³⁵ Cass. crim., 31 janvier 2018, n° 17-81.876

¹³⁶ Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Prise illégale d'intérêts – Pr Marc Segonds

¹³⁷ « *Prise illégale d'intérêts - La réforme du délit de prise illégale d'intérêts par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 : confiance dans l'institution judiciaire ou défiance dans l'institution parlementaire ?* » - Etude par Frédéric Stasiak - Droit pénal n° 2, février 2022, étude 6

Les quelques décisions condamnant, à raison de tels manquements, des élus, souvent de petites communes, dont la bonne foi n'était pas remise en cause ont ainsi été particulièrement mal comprises par nombre de décideurs publics et de leurs représentants et alimentent une forme d'anxiété à l'égard du risque pénal.

Dans le cas des grandes collectivités, en particulier les conseils régionaux, l'une des difficultés spécifiques tient à l'adoption d'un très grand volume de délibérations au sein d'une même séance de commission permanente. Il est alors difficile pour les services juridiques de prévenir toute situation de conflit d'intérêts et, en l'absence de débat approfondi sur les textes en cause, les élus n'ont pas toujours conscience du risque auquel ils s'exposent¹³⁸.

Cette crainte de mise en cause suscite, en outre, parfois, en retour, une prudence, parfois excessive de la part des décideurs. Lorsque ceux-ci s'estiment peu au fait des subtilités de la jurisprudence pénale, il arrive qu'ils privilégient ainsi une attitude de déport systématique au moindre doute, ce qui désorganise parfois le fonctionnement des organes délibérants des collectivités. Plusieurs personnes auditionnées¹³⁹ ont ainsi décrit le « ballet » des entrées et sorties nécessité par les déports.

Par ailleurs, la législation française apparaît en décalage avec nombre de législations étrangères, bien plus clémentes envers les décideurs en ce qui concerne l'élément moral de l'infraction. En Italie, par exemple, celui-ci est constitué par la volonté manifeste d'obtenir un avantage pour soi ou autrui. Il ne suffit pas que l'avantage patrimonial soit une conséquence possible ou même fortement probable de l'omission de s'abstenir ; il doit être le résultat principal, voire même exclusif que l'agent poursuit, en ne s'abstenant pas¹⁴⁰.

c) Des dispositions de droit pénal qui s'articulent difficilement avec les textes non pénaux prohibant les conflits d'intérêts

- Ainsi qu'il a été dit, différentes dispositions législatives interdisent légalement les conflits d'intérêts. Leur méconnaissance est susceptible d'entacher la légalité des actes concernés, sous le contrôle du juge administratif.
- Si l'adoption de ces différentes dispositions législatives, pour la plupart récentes, répond à un objectif de moralisation de la vie publique, elle n'en a pas moins conduit à un éparpillement des textes, préjudiciable à leur lisibilité et à leur accessibilité.
- En outre, l'articulation de ces différentes obligations administratives et du droit pénal peut s'avérer délicate, ce qui nuit à leur compréhension générale et alimente encore le sentiment d'insécurité juridique des décideurs publics.

En particulier, la définition autonome de l'incrimination pénale, à l'article 432-12 du code pénal, peut, le cas échéant, avoir un champ plus étendu que celui des dispositions, telles qu'interprétées par la jurisprudence du Conseil d'Etat, définissant la portée de cette exigence

¹³⁸ Audition de Philippe BAILBE, Délégué général, Régions de France, le 02/09/2024

¹³⁹ Auditions de Leïla DEROUICH, Directrice des affaires juridiques, Mairie de Paris, le 28/06/2024, de Cécile RAQUIN, Directrice générale des collectivités locales, le 22/05/2024 et de David LISNARD, Président, Association des maires de France, le 03/07/2024

¹⁴⁰ En outre, dans ce pays, l'élément matériel implique de démontrer une violation d'une norme légale ou réglementaire spécifique, et non la violation du devoir d'impartialité de l'administration.

au plan administratif. Ainsi, un décideur peut être pénalement sanctionné pour ce motif alors même que la décision prise serait jugée légale.

Par exemple, la circonstance qu'un membre d'une commission administrative à caractère consultatif en situation de devoir s'abstenir de siéger pour l'examen d'une question n'ait pas quitté la salle où se tient la séance pendant la durée de cet examen n'entraînera pas toujours l'irrégularité de l'avis rendu (alors même qu'il est préférable de donner son plein effet au dépôt en sortant de la salle). Tel n'est le cas, selon cette jurisprudence, que si, en raison notamment de son rôle dans cette instance, de l'autorité hiérarchique, scientifique ou morale qui est la sienne ou de la nature de ses liens d'intérêt, sa simple présence pendant les délibérations a pu influencer les positions prises par d'autres membres de l'instance¹⁴¹.

Or, l'intéressé ne s'en exposera pas moins à des poursuites pénales, la Cour de cassation tendant à considérer, comme il a été dit, qu'une simple attitude passive lors des débats ne suffit pas à exonérer l'intéressé de sa responsabilité pénale.

De façon générale, le juge administratif recherche si l' élu municipal ayant participé aux travaux préparatoires et aux débats ayant précédé l'adoption d'une délibération, en dépit du fait qu'il se trouvait en situation de conflit d'intérêts, a été en mesure d'exercer une influence sur la délibération. A défaut, cette délibération ne sera pas annulée¹⁴².

Et le recrutement par un élu d'un de ses enfants sur un emploi de la commune ne justifie pas non plus systématiquement l'annulation de cette nomination, le juge administratif devant procéder à un examen au cas par cas au regard des dispositions prohibant les conflits d'intérêts¹⁴³.

De même, avant la réforme issue des dispositions précitées de la loi du 11 octobre 2013, plusieurs arrêts de cours administratives d'appel avaient retenu, en décalage avec la jurisprudence pénale, qu'une situation d'interférence entre deux intérêts publics n'était pas de nature à mettre en cause la légalité de la délibération attaquée¹⁴⁴.

¹⁴¹ CE, Section, 22 juillet 2015, société Zambon France, n° 361962

De façon plus générale, la jurisprudence administrative s'attache à apprécier l'intensité de l'intérêt de l' élu à la décision prise. Ainsi, il n'y a pas d'intérêt à l'affaire lorsqu'il s'agit d'un intérêt attaché à la qualité d'habitant ou de contribuable de la commune, sans être distinct de l'intérêt général de la commune (CE, 20 janvier 1989, Association des amis de Chérence, n° 75442). Il est en ainsi dans le cas d'un maire, propriétaire d'une parcelle de terrain située dans une zone du POS, dont le règlement a été modifié dans un sens favorable à la construction, conformément aux vœux du conseil municipal.

¹⁴² CE, 1/6 CHR, 12 octobre 2016, Kerwer, n° 387308, A

S'agissant d'une délibération déterminant des prévisions et règles d'urbanisme applicables dans l'ensemble d'une commune, la circonstance qu'un conseiller municipal intéressé au classement d'une parcelle ait participé aux travaux préparatoires et aux débats précédant son adoption ou à son vote n'est de nature à entraîner son illégalité que s'il ressort des pièces du dossier que, du fait de l'influence que ce conseiller a exercée, la délibération prend en compte son intérêt personnel.

¹⁴³ CE, 27 juillet 2005, Ministre de l'Outre-mer, Commune de Hitia'a o tera, n° 263714

¹⁴⁴ « si deux conseillers municipaux ayant pris part à la délibération litigieuse, dont son rapporteur, étaient, l'un, président du conseil d'administration de l'OPAC de Versailles Habitat, l'autre membre de ce conseil d'administration, cette circonstance, compte tenu du caractère public de cet établissement, ne saurait les faire regarder comme intéressés [...] à l'affaire qui a fait l'objet de cette délibération » (CAA Versailles, 15 mai 2008, commune de Versailles, n° 06VE01131 ; CAA Marseille, 16 sept. 2003, n° 09MA01085 ; CAA Bordeaux, 7 juin 2005, n° 02BX00324).

d) Des évolutions législatives récentes : une tension historique entre rigueur et exemplarité et le souci de préserver la décision de l'aléa et insécurité juridique

- Plusieurs rapports parlementaires ou administratifs ont suggéré de resserrer le champ de cette incrimination pénale et, parfois également, des obligations administratives pesant sur les décideurs en matière de conflits d'intérêts.

Deux modifications législatives, faisant suite à certaines de ces réflexions, et en particulier à celles émises par la HATVP dans son rapport annuel 2020, sont ainsi intervenues ces trois dernières années. L'une à portée générale et l'autre pour les seuls élus. Elles sont cependant regardées par les praticiens ainsi que par une bonne partie de la doctrine, comme inefficaces ou incomplètes.

- Au plan général, la loi du 22 décembre 2021 a modifié l'article 432-12, en remplaçant la référence à un « *intérêt quelconque* » par la référence à un intérêt « *de nature à compromettre [l'] impartialité, son indépendance ou son objectivité* ».

Cet ajout n'a, cependant, pas permis de restreindre le champ de l'infraction ainsi que ses promoteurs l'escomptaient, la Cour de cassation ayant jugé, dans une décision du 5 avril 2023¹⁴⁵, que les nouvelles dispositions étaient équivalentes à celles résultant de la rédaction antérieure du texte. Ce dont elle a déduit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe de rétroactivité de la loi pénale la plus douce.

Ainsi qu'il a été rappelé, cette même loi a, par ailleurs, complété l'article 432-12 par quatre nouveaux alinéas, introduisant des dérogations à l'interdiction des conflits d'intérêts en faveur des élus des communes de moins de 3 500 habitants, en ce qui concerne certains actes les concernant¹⁴⁶.

Si cet élément de souplesse était très attendu par les intéressés, on pourra cependant regretter son insertion dans le code pénal. Dès lors que ces dispositions ne visent pas seulement à dépenaliser certains faits, mais également à les légaliser, elles auraient davantage eu vocation à figurer dans le code général des collectivités territoriales.

- Enfin, ces réformes récentes ont rendu encore moins lisible le droit applicable, en alourdissant considérablement le volume des dispositions concernées et en multipliant les exceptions, totales ou partielles, aux principes qu'elles énoncent. Et même les exceptions aux exceptions...

¹⁴⁵ V. Cass. crim., 5 avril 2023, n° 21-87.217 : « *Les prévisions de l'article 432-12 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, aux termes de laquelle l'intérêt doit être de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de l'auteur du délit, sont équivalentes à celles résultant de sa rédaction antérieure par laquelle le législateur, en incriminant le fait, par une personne exerçant une fonction publique, de se placer dans une situation où son intérêt entre en conflit avec l'intérêt public dont elle a la charge, a entendu garantir, dans l'intérêt général, l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques* ». La solution s'appuie sur la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle (V. Cass. crim., 19 mars 2014, QPC n° 14-90.001 ; Cass. crim., 20 décembre 2017, QPC n° 17-81.975).

¹⁴⁶ Transfert de biens mobiliers ou immobiliers ; la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros ; acquisition d'une parcelle d'un lotissement communal aux fins d'édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement ; acquisition d'un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle

e) Des propositions récurrentes tendant à une réforme de plus grande ampleur de la législation pénale ou administrative en cas d'interférence entre deux intérêts publics

▪ De nombreuses propositions de loi ont été présentées afin de restreindre le champ de l'infraction pénale aux seules situations de conflits entre un intérêt public et un intérêt privé. La première l'a été, au Sénat, par Bernard Saugey le 24 juin 2010¹⁴⁷ ; la plus récente¹⁴⁸ date a été déposée le 7 mars 2024¹⁴⁹.

Des recommandations dans le sens de telles propositions se retrouvent dans plusieurs rapports parlementaires. Il en est ainsi notamment du rapport de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat du 5 juillet 2018¹⁵⁰, qui évoque la nécessité de recentrer la définition de l'intérêt sur ce qui relève d'un mouvement personnel (sans nécessairement procéder d'une intention frauduleuse), ne procédant pas du souci exclusif de l'intérêt général.

Une telle évolution recueille également le soutien d'une partie de la doctrine pénaliste¹⁵¹.

▪ Le rapport de la Commission pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis par J-M. Sauvé, D. Migaud et J-C. Magendie, proposait ainsi non pas seulement de dépénaliser l'interférence entre deux intérêts publics mais également de la légaliser¹⁵².

Dans le même sens, la récente proposition de loi¹⁵³ portant réforme du statut de l'élu local, présentée par M. Sébastien Jumel, Violette Spillebout, déposée à l'Assemblée nationale le 6 février 2024, recommande de modifier la définition du conflit d'intérêts figurant dans la loi du 11 octobre 2013, en supprimant la référence à une telle interférence entre deux intérêts publics.

¹⁴⁷ Prop. de loi n° 2682 visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux, déposée au Sénat

¹⁴⁸ Proposition de loi portant création d'un statut de l'élu local, adoptée par le Sénat le 7 mars

¹⁴⁹ Citons également les propositions suivantes :

- Prop. de loi n° 3613, 30 juin 2011, visant à renforcer l'attractivité et à faciliter l'exercice du mandat local ;

- Prop. de loi n° 466, 13 juin 2018, relative à l'équilibre territorial et à la vitalité de la démocratie locale ;

- Prop. de loi n° 305, 12 février 2019, créant un statut de l'élu communal.

¹⁵⁰ « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », *ibid.*

¹⁵¹ V. par ex. M. Cléry-Melin et J.-B. Boué-Diacquenod, qui suggèrent que le juge pénal ne réprime pas les situations de coexistence d'intérêts, sauf en cas de « forte convergence entre l'intérêt public et un intérêt personnel de l'agent public [...] à la condition d'une intensité suffisante pour pouvoir être regardée comme de nature à susciter un doute raisonnable sur l'impartialité de l'agent ».

¹⁵² « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », rapport remis le 26 janvier 2011.

Ce rapport donnait du conflit d'intérêts la définition suivante :

« 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 ».

¹⁵³ n° 2151

- Par ailleurs, diverses organisations internationales définissent déjà les conflits d'intérêts comme les seules situations d'interférence entre des intérêts publics et privés. Et cette définition paraît également le plus souvent privilégiée par nombre d'Etats occidentaux.

OCDE¹⁵⁴ : « 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 ».

Conseil de l'Europe¹⁵⁵ : « Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles. L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille ; de parents, d'amis, ou de personnes proches, pu des personnes, ou organisations avec lesquelles il elle a eu des relations d'affaires ou publiques. Il englobe également une obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujetti ».

Canada¹⁵⁶ : « Le conflit d'intérêts est la situation dans laquelle un titulaire de charge publique exerce un pouvoir officiel ou une fonction officielle qui lui fournit la possibilité de favoriser son intérêt personnel ou celui d'un parent ou d'un ami ou de favoriser de façon irrégulière celui de toute autre personne ».

2.2.3.2. Resserer les éléments constitutifs de la prise illégale d'intérêts

- Dans certains cas précis, la portée de l'interdiction légale peut sembler particulièrement étendue, notamment lorsque l'élu représente sa collectivité au sein d'un autre organisme. De même, la répression pénale peut interroger lorsque l'élu ou l'agent a agi de bonne foi, sans être mû par la recherche d'un intérêt personnel. L'idée est donc de concentrer la répression pénale sur ce qui ne peut relever que d'elle.

La mission s'est ainsi interrogée sur le champ d'application du délit de prise illégale d'intérêts réprimé à l'article 432-12 du code pénal.

Au-delà des propositions destinées à définir plus exactement le champ d'application de la législation sur les conflits d'intérêts, la mission suggère d'interroger plus largement la répression pénale de ces faits, dans la logique précédemment exposée tendant à découpler la légalité administrative et la répression pénale.

Elle présente des propositions, des réflexions plus ouvertes et rejette certaines autres pistes.

- Les propositions d'évolution des éléments matériel et intentionnel de cette infraction devront logiquement être étendues, si elles sont retenues, au délit prévu à l'article 432-12-1 en ce qui concerne les magistrats. Introduites en 2021¹⁵⁷, ces dispositions sont, en effet, rédigées dans des termes analogues à ceux de l'article 432-12.

En ce qui concerne les militaires, l'article L. 4122-11 du code de la défense impose à ceux d'entre eux « exerçant des fonctions présentant une sensibilité particulière ou requérant des compétences techniques spécialisées », « qui [souhaitent] exercer une activité dont [ils retirent] un avantage personnel ou une rémunération dans le domaine de la défense ou de la sécurité au bénéfice, direct ou indirect, d'un Etat étranger, d'une collectivité territoriale étrangère ou d'une

¹⁵⁴ Recommandations de l'OCDE pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public (juin 2003)

¹⁵⁵ Recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics du 11 mai 2000,

¹⁵⁶ Loi sur les conflits d'intérêts, L.C. 2006, ch. 9, art. 2

¹⁵⁷ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021

entreprise ou d'une organisation ayant son siège en dehors du territoire national ou sous contrôle étranger », d'en faire la déclaration au ministre de la défense, en respectant un délai de préavis.

L'article L. 4122-12 réprime de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende la méconnaissance de cette obligation ou de l'opposition du ministre de la défense à une telle demande.

- En revanche, la mission a fait le choix de ne pas étendre ses réflexions au délit de prise illégale d'intérêts après les fonctions (parfois surnommé « délit de pantouflage »), prévu à l'article 432-13 du code pénal¹⁵⁸.

En effet, ces dispositions n'ont donné lieu qu'à peu de mises en cause pénale, les départs d'agents publics vers de tels entreprises ou établissements sont soumis à l'avis préalable de la HATVP¹⁵⁹.

Surtout, lorsque l'avis de la Haute autorité est bien recueilli selon la procédure prescrite, que toutes les informations utiles lui sont communiquées et que l'agent s'y conforme ensuite, aucune poursuite pénale à son encontre ne paraît envisageable. Le risque d'insécurité juridique en lien avec un éventuel risque pénal apparaît donc limité, en l'état des éléments recueillis par la mission.

2.2.3.2.1. Les propositions

a) Revenir sur la répression pénale des situations d'interférences entre des intérêts publics

- La mission estime que la pénalisation d'une situation dans laquelle s'opposent deux intérêts publics n'est pas justifiée. Elle n'est ainsi nullement assimilable à un manquement à la « probité », alors que le code pénal classe le délit de prise illégale d'intérêts au sein d'une section qui y est consacré. L'auteur de tels faits se borne à exercer les différentes missions d'intérêt général qui lui ont été confiées.

Le fait de manquer d'objectivité en faveur d'un organisme public et au détriment d'autres de ces organismes paraît relever davantage du contrôle de légalité des actes par le juge administratif, et, en ce qui concerne les agents publics mis en cause, d'un contrôle disciplinaire.

¹⁵⁸ Celui-ci réprime le fait pour les agents publics de « *prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux* » dans une entreprise privée, ou une entreprise publique ou un établissement public exerçant dans le secteur concurrentiel, lorsqu'ils ont exercé, de façon effective, dans les trois années qui précèdent, des fonctions consistant en la surveillance ou le contrôle de cette structure, en la conclusion avec elle de contrats de toute nature ou en la formulation d'avis sur de tels contrats ou en la proposition de décisions ou la formulation d'avis à l'autorité compétente sur des décisions relatives à des opérations réalisées par cette même structure.

Le Conseil d'Etat a jugé que ces dispositions font également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions. Il a ainsi annulé un décret du Président de la République nommant sous-gouverneur du Crédit Foncier un agent qui exerçait, en sa qualité de chef du service des affaires monétaires et financières à la Direction du Trésor, un contrôle direct sur cet établissement (CE, Assemblée, 6 décembre 1996, Société Lambda, n° 167502, A).

¹⁵⁹ En application de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013, la Haute autorité doit ainsi être saisie par la personne concernée, au début de l'exercice de l'activité envisagée, ou, à défaut, par son président, dans les deux mois à partir de la connaissance de l'exercice non autorisé d'une telle activité.

- Afin de préciser le champ de cette exonération de responsabilité pénale, deux critères, alternatifs ou cumulatifs, sont possibles :
 - Un critère organique, à savoir la nature publique ou privée de la personne au bénéfice de laquelle l'intérêt a été pris, reçu ou conservé ;
 - Un critère matériel, défini en référence à l'activité dans le cadre de laquelle cet intérêt a été pris.

L'application du premier critère conduirait à limiter l'exonération pénale aux seuls intérêts pris, reçus ou conservés au bénéfice d'une personne publique, peu important la nature de l'activité de cette dernière.

Cependant, au regard de l'objet de cette exonération, qui couvre des faits accomplis dans l'intérêt général, sans recherche d'un intérêt personnel, il pourrait sembler plus justifié de définir l'intérêt public en référence à l'activité de service public administratif poursuivie.

- Si l'article 432-12 était modifié en ce sens, un élu qui siègerait, même sans y avoir été « désigné » en application de la loi¹⁶⁰, au sein de l'organe de direction d'un organisme chargé d'une mission de service public administratif (qu'il s'agisse d'un établissement public, d'un GIP ou d'une association) ne pourrait plus faire l'objet de poursuites pénales en raison de sa participation à une décision intéressant cet organisme.

Il est proposé de ne pas distinguer selon que la personne en charge d'un tel service public administratif est une personne publique ou privée. Elle s'appliquerait ainsi, par exemple, en cas de prise d'un intérêt dans le cadre de la participation d'un agent ou d'un élu à un comité des fêtes, à un conseil d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement¹⁶¹ ou encore aux fédérations sportives ou à la fondation nationale pour le développement de la Cité internationale universitaire de Paris¹⁶².

- Il reste une hypothèse où la poursuite serait encore possible. C'est le cas où, derrière l'apparence de conflits de deux intérêts publics, se dissimulerait un fort intérêt personnel. Dans son rapport précité remis en 2011, la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique avait ainsi précisé : *« c'est également sous l'angle de cet intérêt personnel que peut être appréhendé, le cas échéant, le conflit entre deux intérêts en apparence publics : s'agissant par exemple, de l'exercice de différents mandats, l'exercice du mandat « secondaire » susceptible d'influer sur le cours des décisions prises dans le cadre du mandat « principal » (par exemple celui de membre du Gouvernement) peut être apprécié comme un intérêt personnel, traduisant la volonté du titulaire du mandat principal de conserver ce dernier . »*

Cette situation devrait être appréciée au cas par cas. Si le titulaire du mandat principal poursuit d'abord l'intérêt général, le seul fait que sa décision ne desserve pas ses intérêts électoraux ne suffira pas à dégrader l'intérêt général en intérêt personnel. Par principe, toute décision d'élu peut être rapprochée de ses ambitions électorales, ne serait-ce que lors du renouvellement de son mandat. Il paraîtrait très délicat, et peut être même vain, de chercher à identifier et d'isoler des mobiles personnels électoraux ou politiques dans les décisions habituelles d'élus pour en tirer des conséquences pénales.

¹⁶⁰ V. par ex. Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82.068

¹⁶¹ Créés par la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture

¹⁶² CE, 15 octobre 1982, Mlle Mardirossian, n° 35509, A

Si, en revanche, la réalité est que l'intérêt personnel est « déterminant »¹⁶³, parce que l'intéressé est principalement mû par la recherche d'un intérêt personnel pour lui-même ou pour ses proches, poursuivant une approche clientéliste (par exemple en concentrant les subventions qu'il est chargé de distribuer en tant que conseiller départemental sur la [seule] commune dont il est en même temps le maire), il y aura bien conflit d'intérêts.

Proposition n° 5 :

Compléter l'article 432-12 par un alinéa prévoyant que l'infraction n'est pas constituée lorsque l'intérêt pris, reçu ou conservé l'a été dans l'exercice d'une activité de service public administratif

Le nouveau paragraphe serait ainsi rédigé :

L'infraction définie au premier alinéa n'est pas constituée lorsque l'intérêt a été pris, reçu ou conservé dans l'exercice d'une activité de service public administratif en l'absence d'intérêt personnel déterminant.

b) Exclure du champ de l'infraction l'acte accompli en vue de répondre à une nécessité impérieuse

La mission estime également nécessaire de sécuriser l'action administrative lorsque les élus et les agents sont contraints de répondre à certaines situations, sans avoir la possibilité de se déporter comme ils le devraient.

Tel serait le cas du maire contraint, afin de faire face à un sinistre, de conclure en urgence un marché au bénéfice d'une entreprise exploitée par un proche, alors que celle-ci était la seule en mesure d'intervenir efficacement à brève échéance.

L'expression pourrait également couvrir la commune qui investit dans une maison médicale où s'installe finalement un membre de la famille du maire, en l'absence d'autre candidat dans une région particulièrement touchée par la pénurie de médecins.

Enfin, la question pourrait se poser de ne faire jouer l'exonération que lorsque l'intéressé s'est prévalu de ce motif impérieux d'intérêt général dans la décision.

Proposition n° 6 :

Compléter l'article 432-12 par la mention selon laquelle le délit de prise illégale d'intérêts n'est pas caractérisé lorsque la décision de prise, de réception ou de conservation d'un intérêt personnel repose sur un motif impérieux d'intérêt général.

L'alinéa serait ainsi rédigé :

« L'infraction définie au premier alinéa n'est pas constituée lorsque la personne mentionnée au premier alinéa a agi en vue de répondre à un motif impérieux d'intérêt général [dès lors qu'elle s'est prévalu de ce motif dans l'acte en cause] ».

¹⁶³ Le terme « déterminant » n'est pas absent du code pénal : cf article 225-3 sur les discriminations.

c) Mieux affirmer l'effectivité de l'atteinte à l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité

La référence actuelle à un intérêt « de nature à la compromettre » l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité pourrait être remplacée par la référence à un intérêt « compromettant » ces mêmes exigences. L'infraction ne pourrait ainsi plus être caractérisée que si l'atteinte qui y est portée est effective. Elle ne pourrait plus l'être si cette atteinte apparaît purement théorique.

Proposition n° 7 :

Mieux faire apparaître que le délit de prise illégale d'intérêts n'est caractérisé que si une atteinte effective est portée aux exigences d'impartialité, d'indépendance ou d'objectivité

Le 1^{er} alinéa de l'article 432-12 serait ainsi modifié : « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique (...), de prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement un intérêt compromettant son impartialité, son indépendance ou son objectivité (...)* ».

L'article 432-12-1, applicable aux magistrats, serait, bien sûr, modifié de la même façon.

d) Mieux articuler les différents textes applicables et clarifier leur rédaction

De façon générale, au-delà des deux évolutions de fond précédemment évoquées en vue de sécuriser les décideurs, la mission recommande de mieux articuler les différents textes relatifs aux conflits d'intérêts :

- A l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, le principe général de prohibition des conflits d'intérêts ;
- A l'article L. 121-5 du CGFP, la définition de l'obligation déontologique pesant sur les fonctionnaires ;
- Dans le code général des collectivités territoriales, la portée de l'obligation pesant sur les élus locaux et les dispositions relatives à la légalité des actes des collectivités territoriales ;
- Dans les autres codes (code de la commande publique, code de la santé publique), la déclinaison de cette exigence générale à certaines législations spécifiques ;
- A l'article 432-12 du code pénal, les seules dispositions définissant le délit de prise illégale d'intérêts.

Ce découpage, qui paraît le plus cohérent, semble avoir été en partie perdu de vue ces dernières années.

Proposition n° 8 :

Mieux articuler les différentes dispositions légales relatives à la gestion des conflits d'intérêts

Pour mieux respecter cette logique, les dispositions de l'article 432-12 introduites par la loi « 3DS » devraient être déplacées à l'article L. 1111-6 du CGCT. Elles traitent, en effet, de la légalité des délibérations.

Il conviendrait alors d'introduire à l'article 432-12 une référence à la dérogation prévue par celles de ces dispositions, applicables aux seules communes de moins de 3 500 habitants, qui légalisent certaines situations d'interférence entre des intérêts publics et privés. Soit, plutôt, une référence plus générale à l'ensemble des situations dans lesquelles

la loi autorise l'interférence entre un intérêt privé et un intérêt public, ce qui éviterait d'avoir à actualiser ces dispositions à l'avenir¹⁶⁴.

2.2.3.2.2 Les réflexions ouvertes : mieux affirmer l'élément intentionnel de l'infraction

La mission s'est encore interrogée sur d'éventuelles pistes susceptibles de mieux encore affirmer le caractère intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts.

Ainsi qu'il a été dit, le principe en droit pénal est que l'élément intentionnel résulte de ce que l'auteur des faits a eu conscience que ses actes correspondaient à l'élément matériel d'une infraction pénale, quand bien même il aurait ignoré que de tels agissements étaient prohibés.

Certes, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît déjà prendre en compte l'intention de l'auteur des faits, en faisant référence notamment à un intérêt pris « sciemment » ou « en toute connaissance de cause ». Cependant, le terme « sciemment » porte alors sur l'élément matériel du délit de prise illégale d'intérêts, c'est-à-dire l'acte de participation à l'administration ou à la surveillance de l'affaire dans laquelle le décideur public mis en cause a un intérêt.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 21 novembre 2001¹⁶⁵, le mot « sciemment » porte sur la participation à une réunion sur l'octroi d'une remise de redevances au profit d'une société de transport dont le décideur était le gérant de fait¹⁶⁶. De même pour l'expression « en connaissance de cause », utilisée dans le cas de la participation d'un maire à la procédure de recrutement par la commune d'un membre de sa famille¹⁶⁷ ou la participation comme complice à l'intervention occulte d'une société gérée par le maire¹⁶⁸¹⁶⁹.

Afin de mieux affirmer l'élément intentionnel de l'infraction, une option possible consisterait à subordonner sa caractérisation à la méconnaissance « délibérée » par l'agent des exigences d'impartialité, d'indépendance et d'objectivité, c'est-à-dire à la conscience qu'il avait d'y porter atteinte par la prise, la réception ou la conservation d'un intérêt.

Certaines infractions prévoient ainsi déjà l'exigence d'un dol spécial, constitué par une intention particulière plus précise. Tel est le cas de l'abus de biens sociaux, dont l'intention consiste à commettre volontairement des actes contraires à l'intérêt social « à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise »¹⁷⁰.

Dans le cas de la prise illégale d'intérêts, la référence au caractère « délibéré » de l'infraction conduirait à renforcer le caractère intentionnel de l'infraction. Le délit ne serait caractérisé que

¹⁶⁴ Enfin, dans un souci de cohérence rédactionnelle, il pourrait encore être opportun d'introduire dans le CGCT des dispositions reprenant pour les départements et les régions les dispositions de l'article L. 2131-11 relatives à l'illégalité des délibérations des conseils municipaux en cas de situation de conflit d'intérêts. Et ce même s'il ne s'agit que de dispositions de renvoi à l'article L. 1111-6, d'ores et déjà applicables à l'ensemble des collectivités.

¹⁶⁵ n° 00-86.532 - note 59 dans le code pénal Dalloz

¹⁶⁶ La même remarque peut être faite pour Cass. crim., 27 novembre 2002, n° 02-81.581-notes 72 et 96, et Cass. crim., 9 février 2005, n°03-85.697 (note 98).

¹⁶⁷ Cass. crim., 4 mars 2020, n° 19-83.390

¹⁶⁸ Cass. crim., 4 juin 1996, n° 94-84.405, note 76 ; Cass. crim., 29 octobre 1996, n° 95-84.309

¹⁶⁹ En revanche, dans un arrêt du 24 juin 2005 (JCP 2006. IV. 1989), la cour d'appel de Limoges a employé le mot « sciemment » pour la prise d'intérêts elle-même, en écrivant que « dès lors que l'attribution des subventions en cause bénéficiait à sa propre société, il est établi qu'il a pris sciemment des intérêts dans des affaires soumises à sa surveillance ».

¹⁷⁰ Comme l'indique le Pr Maréchal (Jurisclasseur pénal, *Élément moral de l'infraction*, n° 38) : « Certains auteurs considérant que l'intention spéciale consiste dans la volonté chez l'auteur des actes d'obtenir le résultat de ceux-ci (V. R. Merle et A. Vitu - J. Pradel, *Droit pénal général* : Cujas, 21e éd., 2016, n° 560. - F. Desportes et F. Le Gunehec) alors que d'autres enseignent que l'intention spéciale consiste dans la prise en compte d'un mobile au titre de l'élément moral de l'infraction (V. J.-H. Robert ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon) ».

si l'auteur des faits était conscient que les intérêts qu'il détenait étaient de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans l'exercice de ses prérogatives publiques. Pour motiver une décision de condamnation, le juge devrait, à tout le moins, relever que la nature des intérêts pris, reçus ou conservés devait conduire l'intéressé à prendre conscience de leur incompatibilité avec l'exercice de telles prérogatives publiques.

L'élu ou l'agent serait ainsi exonéré de sa responsabilité pénale :

- Lorsqu'il s'est mépris sur la portée de l'interdiction de conflit d'intérêts, en pensant à tort que l'acte accompli ne créait aucune situation d'interférence entre un intérêt public et un intérêt privé. Cette erreur peut porter sur le droit applicable ou sur l'existence-même d'une telle interférence. L'intéressé peut, par exemple, légitimement ignorer qu'un proche exerce une activité professionnelle à titre ponctuel ;

- Lorsqu'il a cru à tort que les précautions prises pour ne pas participer à l'élaboration de la délibération critiquée étaient suffisantes (élu qui manifeste son intention de ne pas participer à cette délibération mais sans sortir de la salle comme il le devrait).

En ce sens, si l'élu ou l'agent public a pris la peine de consulter en amont un déontologue ou un organisme de contrôle, ce serait un élément d'appréciation du juge pour relever qu'il n'y avait pas de volonté délibérée de tricher.

L'exigence du caractère délibéré du manquement permettrait ainsi de mieux prendre en compte les compétences et l'expérience professionnelle de l'agent ou de l'élu, ainsi que son positionnement hiérarchique. La bonne foi de l'intéressé peut plus facilement être admise lorsqu'il est peu qualifié ou moins bien informé.

Certes, selon l'adage, « nul n'est censé ignorer la loi ». Cependant, nul n'ignore non plus que, sous l'effet notamment de l'inflation législative, celle-ci est parfois complexe à interpréter, même pour les juristes.

Le parquet s'interroge déjà sur l'intentionnalité du manquement, dans le cadre de l'opportunité des poursuites, et le tribunal en tient compte dans la détermination de la peine. Le plus souvent, cette intentionnalité se déduit aisément, des circonstances de l'espèce, ainsi que l'établit la jurisprudence¹⁷¹.

Une telle évolution du droit pénal serait ainsi uniquement destinée à sécuriser les élus et les agents dans des hypothèses particulières et elle resterait, par ailleurs, sans incidence sur les conditions dans lesquelles s'apprécie la légalité des actes administratifs.

Cette piste de réflexion toucherait le cœur de l'infraction de prise illégale d'intérêts. Elle pourrait être comprise comme risquant de remettre en cause l'efficacité de la répression pénale, en permettant aux intéressés de se réfugier trop facilement derrière leur ignorance du droit applicable. C'est la raison pour laquelle la mission, en l'état, ne retient cette option qu'à titre de « pistes de réflexion » à explorer. Elle pourrait éventuellement être reprise pour un second temps de réforme après évaluation des effets des propositions ci-dessus évoquées.

2°) Il pourrait encore être envisagé, à titre subsidiaire, de mieux adapter les peines réprimant ce délit à la nature des faits.

¹⁷¹ cf. par exemple : Cass. crim., 3 mai 2001, pourvoi n° 00-82.880, Bull. crim. 2001, n° 106 ; Cass. crim., 27 novembre 2002, pourvoi n° 02-81.581, Bull. crim. 2002, n° 213 ; Cass. crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-83.801, Bull. crim. 2007, n° 100 ; Cass. crim., 4 mars 2020, pourvoi n° 19-83.390

Si, en pratique, les décideurs dont la malhonnêteté n'a pas été établie ne sont pas condamnés à de la prison ferme, il peut, en revanche, arriver que leur négligence conduise au prononcé de peines de prison avec sursis. Or, une erreur faisant suite à une négligence administrative justifie-t-elle vraiment une telle sanction ?

La question mérite d'autant plus d'être posée que le caractère infamant d'une telle peine, même assortie du sursis, peut être durement ressenti par les décideurs, en particulier dans les cas où ceux-ci pensaient agir dans la seule recherche de l'intérêt général. Il affecte grandement leur réputation, même à long-terme, et participe de leur sentiment d'anxiété à l'égard de la pénalisation de la vie publique.

Il pourrait ainsi être introduit une distinction (qui n'existe aujourd'hui qu'en ce qui concerne le détournement de fonds publics¹⁷²) entre :

- les faits résultant d'une négligence administrative ou accomplis dans la recherche exclusive d'un intérêt public, qui ne révèlent ni l'intention de leur auteur de procurer un enrichissement indu à eux-mêmes ou à des tiers ni celle de causer un préjudice financier à la collectivité ;
- les autres faits, qui révèlent la recherche par leur auteur d'un avantage personnel pour lui-même ou pour un tiers ou encore la conscience d'une atteinte aux intérêts financiers de la collectivité.

Il est certes parfois fait état de ce que la menace, même théorique, d'une peine d'emprisonnement présente un effet dissuasif pour les intéressés. Cependant, la perspective d'une mise en cause pénale débouchant potentiellement sur une sanction financière et surtout sur une interdiction professionnelle n'est-elle pas, à cet égard, suffisante ? Et ce d'autant qu'elle s'ajoute aux autres sanctions (responsabilité budgétaire et disciplinaire) également susceptibles d'être prononcées.

Ainsi, dans l'hypothèse où la piste de réflexion portant sur l'affirmation de l'élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts ne serait pas retenue, la mission suggère de revoir les peines applicables. Sans que le caractère délictuel de l'infraction soit remis en cause, les faits correspondant à une prise illégale d'intérêts par négligence ne pourraient plus donner lieu qu'au prononcé d'amendes, et, à titre complémentaire, de peines d'interdiction d'exercice, mais plus à des peines de prison complémentaires.

Piste de réflexion n° 1 :

Mieux affirmer l'élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts en subordonnant sa caractérisation à la méconnaissance « délibérée » par l'agent des exigences d'impartialité, d'indépendance et d'objectivité ou en abaissant le quantum des peines en cas d'infraction non délibérée

2.2.3.2.3. Les propositions non retenues

La mission s'est interrogée, sans les retenir au final, sur d'autres évolutions possibles de la rédaction de l'article 432-12, destinées à mieux sécuriser juridiquement les décideurs :

¹⁷² Cf. infra

1° Limiter le champ du délit à la situation d'interférence entre un intérêt public et un « intérêt privé, distinct de l'intérêt général »

La mission estime, tout d'abord, que la proposition, émise à plusieurs reprises ces dernières années, qui consisterait à prévoir à l'article 432-12 que le conflit d'intérêts n'est pénalement sanctionné qu'en cas d'interférence entre un intérêt public et un « intérêt privé, distinct de l'intérêt général » revêt une portée trop extensive¹⁷³.

Elle pourrait, en effet, conduire à revenir sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, en excluant toute sanction pénale lorsque l'auteur des faits a poursuivi à la fois son intérêt personnel et l'intérêt général.

Il s'agirait d'une évolution très significative dans la définition du délit de prise illégale d'intérêts, qui, en l'état actuel de la jurisprudence, ne réprime pas seulement les situations de conflits d'intérêts mais également la convergence d'intérêts¹⁷⁴.

Outre l'hypothèse de l'interférence entre deux intérêts publics, elle bénéficierait ainsi au décideur qui défend sa participation à une délibération attribuant un marché à la société de son conjoint en faisant valoir que cette société était la mieux-disante.

En l'absence, sur ce point précis, de jurisprudence du Conseil d'Etat, plusieurs cours administratives d'appel ont d'ailleurs déjà admis une telle justification, en relevant, par une formulation analogue à celle mentionnée dans les propositions de loi précitées, que l'intérêt personnel de l'élu se confondait avec l'intérêt général¹⁷⁵.

La doctrine a relevé les ambiguïtés d'une telle formulation¹⁷⁶. En particulier, la notion d'intérêt général pourrait donner lieu à des interprétations très subjectives car son contenu peut varier selon les temps, les lieux et les opinions¹⁷⁷. Il pourrait être délicat, dans bien des cas, pour le juge pénal d'apprécier si l'acte administratif litigieux y est bien conforme et de caractériser ainsi l'infraction.

Il apparaît ainsi à la mission qu'une telle évolution législative pourrait aller à l'encontre de la finalité de ces dispositions pénales, qui n'est pas seulement de préserver les intérêts financiers

¹⁷³ Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, ed. Dalloz, p. 107

¹⁷⁴ Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Prise illégale d'intérêts – Pr Marc Segonds

¹⁷⁵ V. CAA Marseille, 9 décembre 2010, Halbfas, n° 09MA00780

Considérant qu'il ressort [de l'article L.2131-11 du CGCT] que sont illégales les délibérations au sujet desquelles le conseiller municipal en cause a porté à l'affaire un intérêt personnel distinct de l'intérêt général et dont l'intervention a été de nature à influencer sur le sens de la décision rendue ;

Considérant qu'une adjointe au maire, propriétaire avec sa sœur, secrétaire de mairie de la commune de Cruviers-Lascours, d'une parcelle d'un hectare environ, déclassée de terre agricole pour être intégrée à une zone d'urbanisation future dont la superficie totale est de 3,5 hectares, a participé à l'ensemble des votes de la procédure de révision du plan local d'urbanisme ; que, d'une part, il ressort toutefois des documents préparatoires à l'adoption du plan local d'urbanisme, et notamment du rapport de présentation et du projet d'aménagement et de développement durable, qu'il existe une cohérence à développer l'urbanisation de la commune dans la zone nord-ouest ainsi que prévu par la délibération en cause ; que, dès lors, l'intérêt général n'était pas distinct de l'intérêt personnel de cette adjointe ; que, d'autre part, alors que les conditions du vote ne sont pas portées sur la délibération dont il demande l'annulation, M. Elmar H. ne soutient ni même n'allègue que l'intervention de cette adjointe aurait été de nature à influencer sur l'adoption de cette délibération ; qu'il y a lieu, par suite, d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L.2131-11 du [CGCT].

V. également CAA Versailles, 23 juin 2016, commune de Tacoignières, n°15VE01007, C

¹⁷⁶ V. Jean-Marie Brigant, « *Affaires, conflits d'intérêts, probité, ... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir* », Dr. pénal 2012. Étude 3). Pour l'auteur, l'expression semble, en outre, redondante car l'intérêt personnel ne peut se confondre avec l'intérêt général.

¹⁷⁷ Ibid.

de la collectivité, mais également de garantir l'intégrité des décideurs et de restaurer la confiance du public. Comme le souligne la doctrine déjà citée, ce n'est pas la vénalité qui est réprimée mais la partialité des élus.

Une telle rédaction serait, en outre, en décalage avec la définition que donnent aujourd'hui du conflit d'intérêts la loi du 11 octobre 2013, le code général de la fonction publique et le code de la commande publique.

Enfin, compte tenu de ce qui précède, la mesure risquerait d'attiser la suspicion de l'opinion publique envers les décideurs¹⁷⁸.

2° Limiter les intérêts familiaux et extra-familiaux susceptibles de donner lieu à la commission de l'infraction au premier cercle

Cette suggestion est évoquée dans la proposition de loi du 7 mars 2024 et elle est également au nombre des propositions figurant dans le rapport du groupe de travail du Sénat sur les institutions du 7 mai 2024.

Il s'agirait de préciser dans la loi pénale que le lien d'intérêt n'est constitué qu'entre l'auteur des faits et les « membres directs de sa famille » (soit les seuls parents, enfants et conjoints) ainsi que « les personnes ayant avec lui une proximité particulière ».

La difficulté de cette formulation tient à la diversité des situations familiales et à la circonstance que le degré d'exigence à l'égard du décideur tient également à la nature de l'acte considéré. L'exigence de déport se justifie d'autant plus que la décision en cause est lourde d'enjeux, notamment financiers¹⁷⁹. Il ne paraît ainsi pas opportun, par exemple, d'exiger systématiquement la preuve d'une proximité particulière entre le décideur public et sa tante ou son gendre. Tout devrait demeurer affaire de cas d'espèce¹⁸⁰.

Il sera observé à cet égard que les documents de déontologie internes aux administrations et aux juridictions¹⁸¹ ne comportent pas un tel degré de précision quant aux membres de la famille à l'égard desquels la situation de conflit d'intérêts est présumée.

3° Poser une condition d'intensité de l'interférence entre les différents intérêts en cause

¹⁷⁸ V. Fleury, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausse solution », JCP Adm. 2010. Actu. 539 : « Une telle définition vise à écarter la suspicion dont l'opinion publique est particulièrement friande. Il n'est pas certain que la nouvelle rédaction proposée joue à plein son rôle. Comment expliquera-t-on qu'une association dans laquelle siègent des représentants de l'exécutif local perçoive une subvention et non telle autre ? (...) On se contentera de regretter les termes choisis au moment même où la scène politique rejoue la République irréprochable ».

¹⁷⁹ Cette diversité des enjeux explique qu'il est difficile de prendre la définition exhaustive des liens familiaux faisant l'objet de l'obligation déontologique, comme le fait, dans le cas beaucoup plus circonscrit de l'emploi des collaborateurs parlementaires, l'article 8 quater de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, issu de la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

¹⁸⁰ Le rapport précité de la Commission pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique de 2011 préférerait ainsi prendre en compte plus largement l'intérêt personnel de l'intéressé et celui de « 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 ».

¹⁸¹ V. par ex. la Charte de déontologie de la juridiction administrative

En l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour de cassation retient, dans le silence de la loi sur ce point, que toute situation d'interférence entre deux intérêts peut ainsi être poursuivie sans égard pour le caractère effectif du conflit susceptible d'en résulter¹⁸². Il en est ainsi, par exemple, en cas de participation de l'élu accordant un avantage modique à un autre organisme dont il est membre.

Plusieurs rapports¹⁸³ ont souligné l'insécurité juridique qui en résulte. A ainsi pu être évoquée l'idée de subordonner la caractérisation du délit à l'intensité de l'interférence entre les différents intérêts en cause.

L'ajout par le législateur de la référence à un intérêt « de nature » à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité n'ayant pas eu l'effet escompté, il a ainsi pu être suggéré d'y substituer une référence à un intérêt « compromettant manifestement » ces mêmes exigences. Une option alternative, parfois également évoquée, consisterait à mentionner un intérêt « suffisant pour compromettre (...) »¹⁸⁴. Dans le même sens, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les jurys que ceux-ci ne doivent pas comprendre des personnes trop proches des candidats¹⁸⁵.

Si de tels ajouts à l'article 432-12 n'appellent pas par eux-mêmes d'objections de fond, la mission doute cependant qu'ils soient réellement susceptibles de sécuriser les décideurs. Ce serait toujours au juge pénal qu'il appartiendrait d'apprécier au cas par cas si la situation de conflit d'intérêts est suffisamment nette pour caractériser l'infraction. Au-delà du caractère symbolique d'un tel ajout, il n'est donc pas du tout évident que sa jurisprudence s'en trouverait infléchie.

4° Exclure la mise en cause de la responsabilité pénale lorsque le fait incriminé n'a exercé aucune influence sur le sens de la décision prise

Il s'agirait de s'inspirer, dans la définition de l'élément matériel de l'infraction pénale, de la jurisprudence administrative, dont il résulte que la situation éventuelle de conflit d'intérêts n'affecte pas la légalité de l'acte administratif lorsqu'elle est restée sans incidence sur le sens de cette décision¹⁸⁶. Il en serait ainsi, par exemple, lorsque le vote a été unanime sans que l'élu n'ait pris part aux débats.

Cette option semble cependant devoir être écartée dans la mesure où la légalité et la répression pénale reposent sur des logiques différentes. Outre que l'influence réelle de l'élu est souvent difficile à apprécier, une méconnaissance délibérée de la législation sur les conflits d'intérêts n'en demeure pas moins un manquement justifiant des poursuites.

5° Préciser qu'un membre de l'organe délibérant ne peut être considéré comme ayant pris part à la délibération du seul fait de sa présence à la réunion de cet organe.

¹⁸² V. Cass. crim., 9 novembre 2016, n° 15-86.183 : en exigeant, pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts, l'existence d'un « intérêt suffisant » qui ne soit pas contraire à l'intérêt général, les juges du fond ont ajouté à la loi des conditions qu'elle ne prévoyait pas.

¹⁸³ V. par ex. rapport de la Commission pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique précité

¹⁸⁴ Rapport Sénat 7 mai 2024 ; la PPL votée le 7 mars 2024 évoque un « intérêt suffisant pour être de nature (...) ».

¹⁸⁵ Cf. CE, S., 18 mars 1983, Spina, n° 33379

¹⁸⁶ CE Ass., 23 décembre 2011, M. Danthony, n° 335033

Cette option, destinée à mieux marquer le caractère intentionnel du délit dans cette hypothèse spécifique, soulève des objections en termes de transparence et de préservation de la confiance du public. Par ailleurs, la seule présence d'un élu influent lors des débats peut déjà être de trop.

Il est d'ailleurs à noter que, dans son rapport remis le 7 mai 2024, le groupe de travail du Sénat sur les institutions propose, au contraire, de modifier l'article L. 1111-6 du CGCT aux fins de préciser que l'élu qui s'est déporté doit quitter la salle où a eu lieu le vote. Cette recommandation reste de bonne administration.

6° Exclure la mise en cause de la responsabilité pénale lorsque l'auteur des faits incriminés a déclaré l'existence de cet intérêt sans pour autant quitter la séance.

L'objectif serait, là encore, de réaffirmer le caractère intentionnel du manquement. Il apparaît cependant plus pertinent de faire de cette déclaration un simple indice de la bonne foi de l'intéressé, de son intention de ne pas méconnaître la loi.

Il est difficile d'envisager dans la loi pénale toutes les hypothèses pouvant donner lieu à débat et il paraît donc préférable de laisser au juge pénal le soin d'apprécier au cas par cas si les exigences légales ont ou non été délibérément méconnues¹⁸⁷.

7° Subordonner la caractérisation du délit de prise illégale d'intérêts à la mise en évidence de la recherche d'un profit personnel de la part de l'agent

Une telle intention peut être difficile à caractériser. Introduire cette condition risquerait ainsi de fragiliser la nécessaire discipline de la vie publique, comme l'a notamment relevé la Commission pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dans son rapport précité.

Récapitulatif : Les apports proposés ou envisagés par rapport à l'état du droit actuel

En résumé, les différentes propositions évoquées ci-dessous permettraient, si elles étaient suivies :

- **De réserver la sanction pénale aux intérêts qui « compromettent » (et non seulement sont de nature à compromettre) l'impartialité du décideur ;**
- **De mieux circonscrire le champ du délit de prise illégale d'intérêts, par l'exclusion des conflits « public – public » et la prise en compte du motif impérieux d'intérêt général ;**
- **De restreindre la répression pénale aux seules atteintes effectives aux exigences d'impartialité, d'indépendance ou d'objectivité ;**
- **De mieux cibler, au plan administratif, l'interdiction des conflits d'intérêts, en prenant, en particulier, mieux en compte la situation des élus et des agents de l'Etat qui siègent ès qualités dans certaines instances.**

Les pistes de réflexion évoquées à titre complémentaire permettraient, quant à elles, de recentrer l'infraction sur les seuls manquements « délibérés » à ces mêmes exigences, en permettant aux élus et aux agents de se prévaloir de leur bonne foi, lorsqu'ils se sont mépris sur les obligations qui étaient les leurs dans le cadre de la législation relative aux conflits d'intérêts.

¹⁸⁷ On ne peut totalement exclure que dans certaines hypothèses, une telle déclaration d'intérêts, notamment lorsqu'elle est faite aux autres membres d'un organisme collégial, constitue une forme de pression indirecte sur ses destinataires.

2.2.4. Revoir les éléments constitutifs du délit de favoritisme

La mission s'est ensuite interrogée sur le délit d'octroi d'avantage injustifié dit « de favoritisme », réprimé à l'article 432-14 du code pénal, issu de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché.

Eu égard à l'objet du présent rapport, qui est, avant tout, d'envisager les réformes de nature à sécuriser l'action publique face au risque de mise en cause pénale, elle n'a pas étendu sa réflexion à la modification du droit de la commande publique, considéré par nombre de praticiens comme excessivement complexe, en particulier pour les gestionnaires locaux. Ce champ de réflexion, qui soulève notamment de délicates questions de conformité au droit de l'Union européenne, mériterait une étude distincte.

2.2.4.1. Une infraction qui se déduit aujourd'hui de la seule méconnaissance du droit de la commande publique

- Dans sa rédaction actuelle, l'article 432-14 punit de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros¹⁸⁸ le fait pour les élus et agents publics « *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 contrats de concession* ».

Peut ainsi, par exemple, être déclaré coupable de ce délit le directeur général d'un syndicat intercommunal qui demanderait à une société chargée d'analyser les offres des candidats à un marché public de modifier son rapport d'analyse afin de favoriser l'un d'entre eux dans l'attribution d'un lot.

Autre illustration d'une telle mise en cause pénale : l'ancien maire d'Annonay était poursuivi dans l'attribution d'une délégation de service public d'eau potable. Il lui était reproché d'avoir délivré des informations à l'une des entreprises candidates et d'avoir revu les critères de l'appel d'offre pour favoriser la même entreprise. L' élu avait proposé d'introduire une clause relative à la satisfaction du prestataire sortant, avant d'y renoncer sur les conseils de ses services. Il avait, en outre, ramené de 60 à 50 % la pondération du critère prix par rapport au critère technique. Par jugement rendu le 17 janvier 2014, le tribunal judiciaire de Paris relaxe l'ancien élu de l'infraction de favoritisme, aucune violation du code des marchés publics n'ayant été constatée.

Mais sur appel du parquet national financier, la cour d'appel a condamné l'intéressé à une amende de 15 000 euros, dont 10 000 euros assortis du sursis, pour avoir procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié, en l'espèce en communiquant des informations privilégiées au directeur général d'une société candidate à la passation du marché, en sollicitant l'insertion dans l'appel d'offres d'une clause sur l'emploi et en modifiant la répartition des valeurs prix et aspect technique pour la notation au bénéfice de cette même société.

- Le champ de l'incrimination est ainsi particulièrement étendu :

¹⁸⁸ Dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

1°) Le délit peut être commis à l'occasion de procédures situées en-deçà des seuils prédéfinis pour lesquels n'existe aucune obligation de mise en concurrence ou de publicité.

2°) Le délit est caractérisé alors même que l'entreprise ainsi privilégiée n'a finalement pas obtenu l'attribution du contrat. En revanche, l'entreprise elle-même n'est poursuivie pour recel de favoritisme que lorsqu'elle a été effectivement attributaire du marché¹⁸⁹.

L'avantage injustifié n'est donc pas l'obtention du marché mais l'avantage concurrentiel octroyé à une entreprise du seul fait du non-respect des principes de la commande publique : égalité de traitement des candidats, liberté d'accès et transparence des procédures.

3°) La circonstance que l'auteur des faits n'en aurait retiré aucun enrichissement, est également sans incidence.

4°) Surtout, l'élément intentionnel du délit est établi dès lors qu'est caractérisé 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 au contrat de commande publique¹⁹⁰. C'est le fait de « *procurer ou de tenter de procurer* » à autrui un avantage injustifié qui est réprimé.

L'élu ou l'agent public ne peuvent invoquer comme cause d'exonération de responsabilité pénale leur ignorance de cette législation. Ils sont présumés connaître les règles de la commande publique. C'est uniquement dans l'appréciation portée par le parquet sur l'opportunité des poursuites puis, le cas échéant, lors du choix de la sanction pénale, que cette circonstance pourra être prise en compte.

5°) Enfin, une affaire récente¹⁹¹ révèle que des agents de la préfecture sont également susceptibles d'être poursuivis pénalement, du chef de complicité de favoritisme, à raison d'une carence dans le contrôle de légalité.

2.2.4.2. L'opportunité d'une réforme

- Le droit actuel prévoit déjà certaines souplesses. Ainsi, l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées¹⁹².

Et un contrat de concession peut être conclu dans les mêmes conditions en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation¹⁹³.

¹⁸⁹ V. Cass. crim., 14 décembre 2011, n° 11-82.854

¹⁹⁰ Cf. Cass. crim., 14 janvier 2004, n° 03-83.396

¹⁹¹ Affaire du « carrousel des mondes marins »

¹⁹² Art. R. 2122-1 du code de la commande publique - Le marché est alors limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence

¹⁹³ Art. R. 3121-6 du même code

▪ En revanche, le caractère formel du délit de favoritisme est régulièrement critiqué. Le reproche fait depuis longtemps au texte en vigueur est d'instaurer un délit purement formel et de conduire parfois à la condamnation d'agents qui, tout en s'étant affranchis du respect des règles de la commande publique relatives à l'égalité de traitement des candidats, à la liberté d'accès et à la transparence des procédures, n'ont jamais cherché à avantager qui que ce soit.

En effet, dans les collectivités les plus petites, la capacité d'expertise technique et juridique est limitée et ne permet pas aux décideurs de s'appuyer sur des personnes qualifiées en matière juridique. Et, même dans celles de taille plus importante, les agents ou les élus peuvent se méprendre de bonne foi sur le droit applicable. De telles erreurs peuvent être d'autant plus légitimes que le droit de la commande publique est complexe et évolutif.

▪ Ces critiques se retrouvent dans plusieurs rapports et propositions de loi. Citons notamment :

- Le rapport sur l'exemplarité des responsables publics remis par Jean-Louis Nadal, alors président de la HATVP¹⁹⁴ ;

- Une proposition du Sénat à l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹⁹⁵.

2.2.4.3. Prévoir un motif d'exonération de responsabilité pénale lorsque l'élu ou l'agent agit uniquement en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux

En parallèle avec la proposition précédemment formulée en ce qui concerne le délit de prise illégale d'intérêts, la mission estime opportun d'ajouter dans le code pénal la mention selon laquelle l'agent ou l'élu qui méconnaît, même de façon délibérée, les règles de la commande publique n'engage pas sa responsabilité pénale lorsqu'il agit en vue d'atteindre un objectif d'intérêt général impérieux.

La notion « d'intérêt général » est bien connue des codes (V. articles L. 100-2 du code des relations entre le public et l'administration, L. 102-2 du code de l'urbanisme, R. 2122-7 du code des propriétés publiques, L. 623-2 du code pénitentiaire, R. 732-2 du code de l'éducation, L. 121-3 du code forestier, R. 721-1 du code de l'énergie, pour les « déclarations d'intérêt général », L. 5425-20 du code du travail et L. 100-1 du code du sport).

La formule « intérêt général impérieux » n'exonère pas au seul motif de la recherche d'un prix moins élevé. Il faudrait des circonstances particulières.

Pourrait ainsi, par exemple, en bénéficier, l'élu qui méconnaît certaines règles de procédure aux fins d'achever un gymnase afin qu'il soit prêt à l'heure pour les Jeux olympiques. Mais pas celui qui, dans le contexte d'une fin de mandat, méconnaîtrait les mêmes règles dans le seul but de raccourcir de quelques semaines le chantier.

Proposition n° 10 :

¹⁹⁴ Rapport au Président de la République, intitulé « Renouer la confiance publique », 7 janvier 2015

¹⁹⁵ Proposition non reprise par l'Assemblée nationale

Modifier l'article 432-14 du code pénal afin de confirmer l'exonération de responsabilité pénale lorsque l'élu ou l'agent agit uniquement en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux

La nouvelle rédaction de cet article pourrait être la suivante : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 (...), d'avoir procuré ou tenté de procurer à une personne 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 ou les contrats de concession, à moins que ces faits n'aient eu pour finalité que la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux qui ne pouvait être assurée dans le respect de ces dispositions législatives ou réglementaires et [dès lors que la personne s'est prévalu de ce motif dans l'acte en cause]. »*

2.2.4.4. *Piste de réflexion : faire de l'intention délibérée de favoriser un candidat un élément constitutif du délit*

La mission s'est également interrogée sur les voies permettant de mieux affirmer l'élément intentionnel du délit de favoritisme. Les pistes de réflexion font écho à celles évoquées en ce qui concerne le délit de prise illégale d'intérêts. Il importe de souligner que les conditions dans lesquelles le juge administratif constate l'éventuelle illégalité de la procédure de passation ne s'en trouveraient nullement affectées.

- Une première option consisterait à poser à l'article 432-14 la condition selon laquelle le délit n'est réprimé que si l'acte par lequel l'élu ou l'agent procure ou tente de procurer un avantage injustifié est « délibérément contraire » au droit de la commande publique.

Serait ainsi exonérée de responsabilité pénale la personne qui choisit de recourir à une procédure de passation des contrats récemment ouverte par la loi en vue de l'assouplissement du cadre juridique préexistant, alors que les conditions et les modalités concrètes de mise en œuvre précise sont encore entourées d'incertitudes. En l'état actuel, il semblerait en effet que c'est la crainte de mises en cause pénales qui dissuade certains décideurs de recourir à des telles procédures innovantes.

- Une deuxième option conduirait à circonscrire le champ du délit aux seuls élus et agents qui cherchent délibérément à octroyer un avantage injustifié.

Par rapport à l'option précédente, une telle évolution bénéficierait ainsi non seulement à la personne qui se méprend sur le droit applicable, mais également à celle qui aurait méconnu délibérément le droit applicable, sans pour autant avoir une quelconque intention de favoriser une entreprise candidate. L'élu ou l'agent qui n'aurait pas respecté le droit afin d'accélérer le déroulement du projet (même sans motif impérieux) ou de limiter, même de façon marginale, le coût de la dépense publique pourrait ainsi se prévaloir de ces dispositions.

Il s'agirait ainsi de recentrer la répression pénale de ce délit sur les actes frauduleux.

- Comme pour la prise illégale d'intérêts, ces deux évolutions législatives envisageables (la seconde encore plus que la première) ne sauraient cependant être retenues que si elles ne fragilisent pas la répression pénale en imposant au juge la mise en évidence d'une intention difficile à démontrer.

- A défaut d'une telle évolution, il pourrait encore être envisagé, comme cela a été évoqué pour les délits de prise illégale d'intérêts, de modifier le quantum des peines réprimant le délit de favoritisme.

Ce délit ne serait plus passible d'une peine d'emprisonnement lorsque les faits relèvent de la négligence administrative ou lorsque le décideur a exclusivement agi en vue de répondre à un intérêt public impérieux (par exemple, lorsqu'il a méconnu certaines règles de mise en concurrence aux seules fins de rattraper le retard pris par un chantier important pour sa commune).

Lorsque le manquement a été délibéré, en revanche, l'auteur des faits continuerait à s'exposer à une peine de prison, en particulier lorsque, par une grave méconnaissance de son devoir de probité, il a porté préjudice à la collectivité publique ou a cherché délibérément à enrichir indument un tiers.

Piste de réflexion n° 2 :

Mieux affirmer l'élément intentionnel du délit de favoritisme

2.3. Mieux sécuriser les décideurs publics qui prennent des risques dans l'action

En dehors des infractions qui les concernent de façon spécifique, les décideurs publics sont également susceptibles d'être poursuivis, dans l'exercice de leurs fonctions, pour des délits de droit commun. Il en est ainsi, notamment, des atteintes à l'intégrité corporelle, réprimées au livre II du code pénal, à la liberté et aux droits individuels, ou encore à l'environnement.

Si de telles atteintes ne relèvent pas du présent rapport lorsqu'elles présentent un caractère délibéré, le code pénal réprime également, à ce titre, des faits « *maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité* »¹⁹⁶.

Or, ainsi qu'il a été dit, les décideurs publics sont particulièrement exposés à une mise en cause à ce titre, compte tenu de la nature de certaines de leurs missions, notamment celles d'organisation de services publics et d'entretien du domaine public.

Les nombreux débats auxquels ces infractions ont donné lieu ces dernières années se concentrent sur l'élément moral de l'infraction, défini par application de dispositions générales de l'article 121-3 du code. La mission s'est ainsi interrogée sur l'opportunité d'une nouvelle réforme à ce sujet, 24 ans après la loi « Fauchon - Guigou »¹⁹⁷ ou, comme le recommandait Mme Braun-Pivet en mai 2020¹⁹⁸, « Fauchon-Dosière ».

Deux orientations générales ont ainsi été examinées :

¹⁹⁶ V. en particulier, s'agissant des atteintes à l'intégrité corporelle, les articles 221-6 et 222-19 et suivants

¹⁹⁷ Sur l'histoire de cette loi, voir par le rapporteur à l'Assemblée nationale, René Dosière dans *Le Courrier des maires* du 13 mai 2020, qui insiste sur le vote final unanime des deux assemblées.

¹⁹⁸ Devant la commission mixte paritaire pour la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020.

- Soit une réforme applicable à l'ensemble des personnes (ou tout au moins toutes les personnes physiques) mises en cause pénalement à raison de tels faits – les décideurs publics comme les particuliers ;
- Soit une réforme centrée sur les seuls décideurs publics – ce qui soulève la question de l'atteinte éventuelle au principe d'égalité devant la loi pénale.

2.3.1. L'hypothèse d'une réforme de portée générale : une nécessité qui n'apparaît pas

2.3.1.1. La loi « Fauchon - Guigou » 24 ans après : un bilan global satisfaisant en dépit de controverses ponctuelles

- Lors de l'élaboration du nouveau code pénal en 1993, le législateur a entendu procéder à une définition générale de l'élément moral de l'infraction pénale. Il a ainsi fait émerger un débat sur les infractions non intentionnelles, alors même que les homicides et blessures involontaires étaient déjà réprimés par les articles 319 et 320 du code pénal en vigueur depuis 1810.

Dans sa version initiale, l'article 121-3 du code pénal¹⁹⁹ posait le principe selon lequel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Mais il y introduisait ensuite une dérogation générale, « *lorsque la loi le prévoit* », « *en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ».

Dans les années 1990, la mise en œuvre de ces dispositions a largement contribué au sentiment de pénalisation de la vie publique exprimé par les élus, et ce à la suite de différentes affaires, pour certaines largement médiatisées (thermes de Barbotan, Mont-Saint-Odile, Furiani, Drac...), dans lesquelles des agents publics et des élus de tous niveaux hiérarchiques avaient été mis pénalement en cause à la suite d'accidents dramatiques ayant entraîné des morts. Ces mises en cause n'étaient pas sans rappeler les poursuites contre le maire dans l'affaire de l'incendie du 5-7, évoquée dans la première partie du rapport.

Certaines des victimes reprochaient à ces décideurs de ne pas avoir mis en œuvre tous les moyens qui auraient permis de prévenir ces accidents. Elles se sont souvent constituées en associations, bénéficiant pour certaines d'une grande caisse de résonance médiatique.

La procédure pénale engagée s'est, à chaque fois, prolongée pendant de longues années et s'est avérée particulièrement éprouvante pour les intéressés et lourde de conséquences sur le plan professionnel (alors même que le plus souvent, ils n'ont, au final, fait l'objet d'aucune condamnation).

- Dans ce contexte, le législateur est intervenu, une première fois, par la loi²⁰⁰ du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour les faits d'imprudence ou de négligence aux fins de mieux encadrer la nature de la faute non intentionnelle susceptible de donner lieu à une mise en cause de la responsabilité pénale. Celle-ci ne se trouve ainsi engagée, selon une approche in abstracto, que si « *l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».

¹⁹⁹ Ces dispositions ne figuraient pas dans l'ancien code pénal.

²⁰⁰ n° 96-393

Ces dispositions, inspirées notamment par une étude du Conseil d'Etat confiée au président Fournier²⁰¹, n'ont cependant pas permis d'endiguer la tendance à la pénalisation de l'action publique à raison de manquements non intentionnels.

- C'est pourquoi le législateur est intervenu une seconde fois, par la loi « Fauchon - Guigou »²⁰² du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, faisant suite au rapport Massot remis l'année précédente à la Garde des sceaux.

Le nouvel alinéa à l'article 121-3 précité, venu compléter celui introduit en 1996, prévoit désormais que « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ».

Ces dispositions introduisent ainsi une distinction selon que l'auteur des faits est l'auteur direct du dommage ou qu'il en est l'auteur indirect, c'est-à-dire, dans cette hypothèse, lorsqu'il a contribué à créer la situation qui a permis sa réalisation ou qu'il n'a pas pris les mesures qui auraient permis de l'éviter.

Dans ce dernier cas, toute négligence ou imprudence ne pourra conduire à la mise en cause de sa responsabilité pénale. Il n'en ira ainsi qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que l'intéressé ne pouvait ignorer.

Cette distinction ne vaut que pour les personnes physiques : le régime de responsabilité pénale défini par la loi du 1996 continue de s'appliquer aux personnes morales (publiques ou privées), alors même qu'elles ne seraient pas les auteurs directs du dommage.

- Depuis lors, le législateur n'a pas modifié l'architecture générale du dispositif, même si, dans le cadre de la crise sanitaire, une disposition législative²⁰³ est encore venue souligner la nécessité de prendre en compte, dans ce contexte particulier, « les compétences, le pouvoir et les moyens » dont disposait l'auteur des faits ainsi que « *la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ».

Plusieurs travaux ont souligné que la loi « Fauchon - Guigou » avait permis d'atteindre un équilibre satisfaisant entre répression pénale et protection des élus et décideurs contre des mises en cause excessivement étendues de leur responsabilité. Tel est notamment le cas de l'étude du Conseil d'Etat sur la prise en compte du risque dans la décision publique publiée en 2018²⁰⁴ ou encore du rapport d'information du Sénat de 2022 sur la judiciarisation de la vie publique²⁰⁵.

²⁰¹ « *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles* », groupe de travail présidé par M. Jacques Fournier, La Documentation française, Les études du Conseil d'Etat, 1996

²⁰² n° 2000-647

²⁰³ Article L. 3136-2 du code de la santé publique, issu de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020

²⁰⁴ « *Pour une action publique plus audacieuse* » - Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 26 avril 2018

²⁰⁵ Rapport n° 592 fait au nom de la mission d'information sur le thème : « *La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences* »

Le rapport d'information de la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat du 5 juillet 2018²⁰⁶ estimait, quant à lui, prématurée une éventuelle réforme de l'article 121-3 et se bornait à préconiser de lancer un travail approfondi sur le sujet.

Ce sentiment est très largement partagé parmi les personnes auditionnées par la mission.

Les conditions restrictives posées par la loi « Fauchon - Guigou » ont, en particulier, permis de prévenir nombre de mises en cause pénale d'élus locaux en raison de négligences reprochées dans la gestion d'équipements publics (les affaires dites des « panneaux de basket » ne se retrouvent plus dans la jurisprudence récente). Le plus souvent, de tels accidents ne donnent désormais lieu qu'à un recours en responsabilité devant le juge administratif, voire également à la mise en cause de la responsabilité pénale de la collectivité territoriale.

La réforme adoptée en 2000 semble ainsi avoir apaisé le débat sur les délits non intentionnels, en protégeant efficacement les décideurs publics contre les mises en cause trop étendues. L'absence de « faute caractérisée » ou de dispositions expresses manifestement méconnues conduit, le plus souvent, à l'absence de poursuites pénales.

Les exemples suivants, portant sur des affaires, pour certaines très médiatisées, se rapportant à des faits dramatiques survenus avant l'entrée en vigueur de la loi « Fauchon - Guigou », illustrent la protection équilibrée que les élus et agents publics en ont tirée :

CA Rennes, 19 septembre 2000 (n° 99-01598) : lors d'une excursion scolaire en vélo sur l'île d'Ouessant, un élève avait fait une chute mortelle du haut d'une falaise. Le maire, condamné en première instance pour insuffisance de signalisation, a été relaxé en septembre 2000 par la cour d'appel de Rennes sur le fondement de la toute nouvelle législation, alors que les accompagnateurs et le directeur du collège ont été condamnés.

CA Lyon, 28 juin 2001 (n° 280601) : en 1998, la cour d'appel de Grenoble avait condamné la directrice d'une école primaire en raison du décès de plusieurs enfants morts noyés dans le Drac au cours d'une sortie scolaire, un lâcher d'eau ayant provoqué une soudaine montée des eaux. Sur renvoi de la Cour de cassation, la directrice a été relaxée par la cour d'appel de Lyon qui a fait application des nouvelles dispositions de la loi « Fauchon ».

CA Chambéry, 14 juin 2007 (n° 06-00245) : à la suite de l'incendie en 1999 du tunnel du Mont-Blanc, qui avait coûté la vie à 39 personnes, il était reproché au maire de Chamonix de ne pas avoir pris les mesures suffisantes pour garantir la sécurité dans le tunnel, notamment de ne pas avoir procédé à des exercices d'incendie. Le responsable de la sécurité dans le tunnel a été condamné, mais le maire a été relaxé par la cour d'appel de Chambéry, alors même que la cour a relevé qu'il avait la responsabilité des services d'incendie et de secours, qu'il était parfaitement informé de l'étendue de ses pouvoirs, qu'il connaissait le risque de survenance d'un incendie dans le tunnel, qu'il aurait dû demander la réalisation d'exercices d'incendie dans le tunnel et qu'il avait commis une négligence en ne le faisant pas.

De même, la Cour de cassation juge qu'un tel manquement délibéré n'est constitué qu'en présence d'une obligation de prudence ou de sécurité objective, immédiatement perceptible et clairement applicable sans faculté d'appréciation personnelle du sujet²⁰⁷.

Tel n'est pas le cas, par exemple, en matière de libertés publiques, lorsque le préfet qui prend une décision d'éloignement à l'encontre d'un étranger malade, dans la mesure où les dispositions

sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? » - enregistré à la présidence du Sénat le 29 mars 2022 – Présidente Mme Cécile Cukierman, Rapporteur M. Philippe Bonnacarrère,

²⁰⁶ « *Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques* » - par François Grosdidier et Alain Richard

²⁰⁷ Ass. Plén, 20 janvier 2023, n° 22-82.535

du code de l'entrée et du séjour des étrangers lui laissent une marge d'appréciation de la situation des intéressés. Sa responsabilité à raison d'une telle mesure ne peut ainsi être mise en cause qu'en cas de faute caractérisée²⁰⁸

▪ Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions a pu ponctuellement donner lieu, ces dernières années, à certaines controverses, en particulier dans le cas de faits d'imprudence ou de négligence dans le cadre d'affaires dramatiques ayant particulièrement ému l'opinion.

Il en est ainsi notamment de la mise en cause pénale de décideurs publics à la suite de l'attentat de Nice, le 14 juillet 2016, de la noyade d'un jeune homme à Nantes en juin 2016²⁰⁹ ou encore des poursuites engagées à la suite des conditions de gestion de l'épidémie de covid-19.

Voir également la controverse soulevée au plan local par la condamnation pour homicide involontaire du maire d'une petite commune par le tribunal correctionnel de Tarbes, en janvier 2024, à la suite d'un accident survenu lors d'une fête organisée par la collectivité.

Une mère, qui promenait sa fille de deux ans dans une poussette, s'est écartée de la fête nocturne à la recherche de tranquillité. Elle n'a pas remarqué un trou, ce qui a causé sa chute et celle de la poussette dans la rivière, occasionnant le décès de la fillette.

Il a été reproché au maire de ne pas s'être opposé fermement au déplacement de la fête à l'extérieur du village alors qu'initialement la manifestation devait se tenir dans la salle des fêtes conformément à son arrêté municipal. Le tribunal l'a condamné à huit mois de prison avec sursis.

La persistance de ces mises en cause, qui participent au sentiment de pénalisation de la vie publique pour les catégories de décideurs concernées, de nature à rendre difficile l'exercice du mandat ou des fonctions, pourrait justifier que soient encore resserrées les conditions de mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs à raison de faits de négligence ou d'imprudence.

La mission a ainsi examiné plusieurs pistes de réformes en ce sens, certaines d'entre elles applicables à l'ensemble des personnes physiques et d'autres spécifiques aux agents publics.

2.3.1.2. *L'inopportunité d'évolutions de portée générale*

a) Les trois options évoquées

1°) Introduire une référence à l'imputabilité directe et personnelle des faits à leur auteur

Une première option consisterait à remplacer le quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, inséré par la loi « Fauchon - Guigou », par une disposition prévoyant que la responsabilité d'une personne physique ne peut être mise à cause à raison de son inaction que si le choix de ne pas agir lui est directement et personnellement imputable.

Cette option s'inspire du projet de loi constitutionnelle déposé en 2018, qui prévoyait d'insérer à l'article 68-1 une disposition selon laquelle la responsabilité des membres du Gouvernement « ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable ».

²⁰⁸ Cass. Crim., 5 mars 2024, n° 22-86.972

²⁰⁹ Dans cette affaire, seul le commissaire de police a été finalement renvoyé devant le tribunal avant d'être relaxé en septembre 2024.

Il pourrait être envisagé de s'inspirer de cette proposition en étendant sa portée, pour des raisons d'égalité, à l'ensemble des personnes mises en cause à raison de tels faits²¹⁰.

Une telle réforme conduirait à ne sanctionner que la faute directement imputable à son auteur, lorsqu'il commet personnellement l'acte ayant causé le dommage. La responsabilité pénale ne pourrait ainsi plus être recherchée au titre de la causalité indirecte, qu'il s'agisse de faits de méconnaissance délibérée d'une obligation spécifique ou d'un manquement caractérisé à une obligation générale de prudence ou de sécurité ayant créé les conditions nécessaires à la réalisation du dommage.

Cette option aboutirait ainsi à octroyer une immunité quasi générale aux décideurs publics ou privés, notamment ceux à un haut niveau (ministres, responsables de grands établissements publics, dirigeants de grandes entreprises). En pratique, ceux-ci ne pourraient être que très rarement poursuivis pour des faits d'homicides ou blessures involontaires ou de mise en danger de la vie d'autrui. Seuls les agents placés sous leur autorité pourraient être pénalement poursuivis, à raison de faits directement à l'origine du dommage.

2°) Supprimer le recours à la notion de « faute caractérisée » exposant autrui à un risque d'une particulière gravité

La deuxième option envisageable consisterait à prévoir, toujours pour l'ensemble des justiciables, qu'en cas de causalité indirecte, seule une violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité et de prudence permettrait d'engager la responsabilité pénale. Pas une faute caractérisée à une obligation générale de prudence et de sécurité.

Cette option correspond à la formulation initiale de la proposition de loi « Fauchon - Guigou », à l'origine de l'article 121-3. Elle a, de nouveau, pu être ponctuellement évoquée depuis lors²¹¹.

Il s'agirait de couper court à tout débat sur la faute qualifiée, en recentrant la responsabilité pénale en cas de causalité indirecte sur les seuls manquements à des obligations spécifiques.

3°) Maintenir la nécessité d'une faute caractérisée, s'agissant d'un manquement à l'obligation générale de prudence et de sécurité, mais tout en exigeant qu'elle soit d'une gravité particulière

Cette formulation est reprise de celle esquissée dans le rapport du comité des Etats généraux de la justice en ce qui concerne les seuls ministres²¹².

²¹⁰ En ce sens, le Conseil d'Etat, dans son avis du 3 mai 2018 sur le projet de loi constitutionnel, préconisait d'étendre la réforme à l'ensemble des décideurs publics et d'engager une réflexion spécifique sur son extension éventuelle aux personnes privées.

²¹¹ Voir en ce sens proposition de Me Philippe Bluteau, un avocat qui intervenait au cours de la table ronde organisée par le Sénat le 5 avril 2018

²¹² La suggestion qui y est formulée était la suivante : « Les ministres sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Leur responsabilité pénale en matière d'infractions d'imprudence ou de négligence ne peut être mise en cause en raison d'actions ou d'abstentions conformes à la politique déterminée par le Gouvernement que si celles-ci constituent soit la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement soit un manquement manifeste et d'une exceptionnelle gravité à une obligation générale de prudence ».

b) Les motifs qui conduisent à écarter ces options

Si ces trois options sécuriseraient davantage les décideurs publics mis en cause pour des faits d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne, sans créer de rupture d'égalité au détriment des particuliers, la mission ne propose pas de les retenir.

Elles risqueraient, en effet, de produire une rupture de l'équilibre introduit par la loi « Fauchon - Guigou » en faisant bénéficier les auteurs de très graves négligences, qu'il s'agisse de décideurs publics, de chefs d'entreprise, ou encore, dans certains cas, d'automobilistes, d'une forme d'impunité pénale, y compris pour des faits particulièrement graves (scandale sanitaire, accident du travail...). Certaines d'entre elles (options 1 et 2) pourraient même bénéficier à des individus ayant délibérément exposé autrui à un grave danger par indifférence ou à des fins personnelles.

Eu égard à leur champ d'application étendu, au-delà des seuls agents publics, leurs différentes implications sur la répression pénale seraient, en outre, difficiles à maîtriser.

Presque toutes les personnes auditionnées, décideurs publics inclus, ont d'ailleurs exprimé leurs réserves face à une telle remise en cause générale du dispositif actuel.

Enfin, dans tous les cas, dès lors que de telles évolutions du droit pénal bénéficieraient essentiellement à des personnes autres que les décideurs publics, elles excèdent l'objet de la présente mission.

- Au regard de sa portée particulièrement étendue et de sa formulation très générale, la première option évoquée, consistant à limiter la mise en cause d'une personne à raison de son inaction aux hypothèses où le choix de ne pas agir lui est « directement et personnellement » imputable, s'expose tout particulièrement à ces critiques et doit donc être vivement déconseillée.
- La deuxième option, consistant à supprimer la possibilité de mise en cause pénale à raison d'un manquement « caractérisé » à une obligation générale de sécurité et de prudence apparaît également très contestable.

Il est utile, à cet égard, de rappeler les motifs qui ont conduit le législateur à introduire cette notion de « faute caractérisée » en 2000.

La proposition de loi adoptée par le Sénat n'envisageait pas que la responsabilité pénale puisse être engagée à raison d'une telle faute caractérisée.

C'est le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, le député Dosière²¹³, qui s'inquiétant d'une dépenalisation trop large, propose de « *retenir conjointement en cas de lien indirect avec le dommage, les violations d'une obligation de sécurité manifestement délibérée, d'une part, et, d'une très grande gravité d'autre part, en s'inspirant des conclusions du rapport Massot qui retenait pour sa part les comportements qui révèlent « une action ou une omission constitutive d'une gravité »*

Il suggère alors d'introduire une référence à la faute « *lourde* » ou « *inexcusable* », tout en concédant que ce qualificatif « *était nouveau en droit pénal* ». Le texte adopté par l'Assemblée

²¹³ Rapport n°2266 du 29 mars 2000 p.35 et suivants

privilège, quant à lui, la notion de « faute d'une exceptionnelle gravité », et, en deuxième lecture au Sénat, le rapporteur P. Fauchon²¹⁴ propose de reprendre cette formulation.

La référence à la « faute caractérisée » est issue d'un amendement déposé par le Gouvernement lors de la séance du 28 juin 2000. La Garde des sceaux la définit alors comme « *une faute qui présente tous les éléments de la faute et dont les caractéristiques et la consistance... sont bien établies* ».

Le sénateur Fauchon s'y rallie en le commentant à sa manière : « *le langage commun nous l'enseigne. En parlant de quelqu'un qui vient de faire une bêtise caractérisée, on veut bien dire que ce n'était pas n'importe quelle bêtise.* » Puis il s'appuie sur la définition du *Petit Robert* : « *caractérisé : dont le caractère est bien marqué... il ne suffit donc pas de retenir les éléments composant la faute...il faut que ceux-ci soient « marqués ».*

La notion de faute « caractérisée » est aussi utilisée par la CJUE dans la répression des atteintes à l'environnement, spécialement pour « *une action ou omission involontaire par laquelle la personne responsable viole, d'une manière caractérisée, l'obligation de diligence qu'elle aurait dû et aurait pu respecter, compte tenu de ses qualités, de ses connaissances, de ses aptitudes et de sa situation individuelle* »²¹⁵.

L'équilibre ainsi atteint est aujourd'hui satisfaisant, comme le relève le ministère de la défense dans une note du 7 mai 2024 : « *encadré plus strictement depuis la loi Fauchon, le dispositif de responsabilité pénale en matière de délits non intentionnels apparaît suffisamment équilibré, préservant tout à la fois le droit des victimes et l'action de décideurs publics, la responsabilité de ces derniers pouvant évidemment être engagée mais étant limitée aux seules hypothèses de faute caractérisée* ».

Dans le même sens, le ministère de l'agriculture relève que depuis la loi « Fauchon-Guigou », « *les règles qui gouvernent la responsabilité pénale en cas de délits non intentionnels reprochés aux élus et dirigeants publics ne sont pas, semble-t-il, source de préoccupation majeure dans les services du ministère de l'agriculture* ».

▪ Enfin, si le remplacement de la notion de faute caractérisée par celle de faute d'une exceptionnelle gravité serait de moindre portée, la troisième option précédemment évoquée se heurte aux mêmes écueils que les précédentes et, par ailleurs, son effet en jurisprudence risquerait d'être très aléatoire.

Certes, il demeure quelques critiques contre l'article 121-3 du code pénal comme celle du sénateur Philippe Bas devant la commission mixte paritaire, le 9 mai 2020²¹⁶: « *le texte est lui-même un texte de compromis. On se rend bien compte, en effet, à la lecture, que cet article 121-3 du code pénal, hérité de la loi dite « Fauchon » (...) est alambiqué et parfois difficile d'interprétation, ce qui justifie que nous cherchions à la préciser* ».

Mais le texte de compromis adopté au Parlement en 2000 autour de la « faute caractérisée », inchangé après débat par la loi sanitaire du 11 mai 2020, a rempli son office. La mission ne propose pas de reprendre l'exercice sémantique qui avait alors réuni le Sénat, l'Assemblée nationale et le Gouvernement autour de cette rédaction équilibrée et « millimétrée » de la pénalisation.

²¹⁴ n° 391 du 7 juin 2000

²¹⁵ CJUE, 3 juin 2008, C-308/06, points 77

²¹⁶ Pour l'élaboration de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020.

2.3.2. Limiter plus strictement les mises en cause pénale à raison d'activités de prévention d'un danger majeur pour l'intégrité des personnes

La mission s'est interrogée sur la possibilité juridique, dans le respect de la jurisprudence constitutionnelle et administrative précédemment rappelée sur la portée du principe d'égalité devant la loi pénale, et sur l'opportunité d'introduire, au seul bénéfice de tout ou partie des élus, agents publics et des autres personnes exerçant des missions de service public, des adaptations au régime de responsabilité pénale, qui seraient destinées à limiter les possibilités de poursuites pénales à leur encontre pour des faits d'imprudence ou de négligence.

2.3.2.1. Objet de l'exonération proposée

Sans toucher au texte de l'article 121-3 et à son équilibre, il s'agirait de mieux protéger les décideurs (publics ou privés) de service public lorsqu'ils doivent, sans tergiverser, combattre des fléaux dangereux pour la population. Parce qu'ils sont les seuls à pouvoir prendre les mesures nécessaires.

Les services de médecine vétérinaire font face à de tels fléaux. Le ministère de l'agriculture note que « *seuls les marchés répondant à une urgence impérieuse peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence. Or il existe une marge d'interprétation sur ce qu'est l'urgence impérieuse, par exemple lorsqu'il s'agit de faire face à une crise sanitaire dans le domaine de la santé animale. La crainte des conséquences pénales dissuade les responsables locaux d'agir et concentre les signatures au niveau de la direction générale* ». L'exonération proposée répond à cette nécessité.

Le décideur public doit pouvoir choisir entre deux périls : le non-respect du texte et la sauvegarde urgente de l'intérêt public. Le ministère de l'agriculture rappelle la procédure pénale pour non-respect des règles d'environnement contre l'autorité qui avait imposé, en avril 2020, par arrêté préfectoral, une coupe de chablis avec évacuation en urgence des bois infestés de scolytes²¹⁷.

- Il s'agirait d'introduire un nouveau cas d'exonération partielle de responsabilité pénale, lorsque l'action incriminée porte sur la prévention d'un danger majeur pour l'intégrité des personnes (aussi bien lorsque la causalité est directe que lorsqu'elle est indirecte).

Ce nouveau cas d'exonération s'appliquerait principalement aux infractions de mise en danger délibérée de la vie d'autrui et d'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle.

- En matière sanitaire, une telle disposition spécifique ne serait pas inédite puisque l'article L. 3136-2 du code de la santé publique, adopté au début de la crise sanitaire, énonce déjà que « *L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ».

²¹⁷ Cf. supra, I.1.1.2.

La mission appuie les nécessités de la lutte contre la corruption dans la santé publique²¹⁸. Mais en dehors de la corruption, il apparaît que les élus et les agents qui interviennent dans les domaines de la santé publique, de l'environnement ou de la sécurité intérieure sont parfois contraints de prendre en urgence, dans l'intérêt collectif de prévention d'un fléau majeur, des mesures susceptibles de causer des dommages corporels ou matériels à autrui, ou encore de restreindre l'exercice des libertés individuelles. Ce qui pourrait justifier une prise en compte spécifique en droit pénal.

▪ Ce nouveau motif d'exonération ne trouverait à s'appliquer que lorsque l'intéressé a agi dans l'exercice de ses fonctions – ce qui, en pratique, serait essentiellement le cas d'agents publics ou d'élus mais sans exclure que d'autres personnes, notamment des collaborateurs occasionnels du service public, ou des personnes associées au service public, puissent également en bénéficier. C'est la finalité de la mission assignée, davantage que le statut de l'intéressé, qui importerait.

Cette disposition serait, par exemple, susceptible d'être invoquée dans les cas suivants :

- La réquisition par le responsable d'une agence régionale de santé de personnels de santé de « réservistes » ne disposant pas de toutes les qualifications de spécialité normalement exigées, pour faire face à une crise sanitaire majeure ;
- La survenue d'un accident causé par un éboulement ou un glissement de terrain sur une voie de circulation, à la suite de l'évacuation par le maire d'une commune de personnes se trouvant dans une zone exposée à un grave danger d'avalanche ;
- Les interventions de pompiers sur les lieux d'un sinistre, notamment lorsqu'ils sont contraints de devoir faire le choix de prêter assistance en priorité à telle ou telle personne.

En revanche, ce cas d'exonération ne s'appliquerait pas dans les hypothèses suivantes, dans lesquelles le responsable n'a pas agi aux seules fins de garantir la santé publique, l'environnement ou la sécurité intérieure :

- mise en cause d'un décideur, public ou privé, à la suite d'un accident du travail ;
- poursuites pénales à l'encontre de l'auteur d'un accident de la circulation ;
- maire n'ayant pas pris les mesures de nature à prévenir un risque d'inondation, en privilégiant des considérations liées au développement économique de sa commune²¹⁹.

La disposition ne couvrirait pas davantage les faits de violence individuels ou collectifs, qui, par nature, sont sans rapport avec un danger actuel ou imminent et doivent être appréciés au regard de la légitime défense et du code de sécurité intérieure.

2.3.2.2. La différence par rapport à l'exonération actuelle sur l'état de nécessité : un champ plus limité mais une protection accrue pour les intéressés

▪ Une telle proposition constitue une mesure générale non centrée sur les décideurs publics. En effet, les dispositions qu'il est proposé d'introduire seraient applicables à toutes personnes physiques, au-delà des seuls décideurs publics.

²¹⁸ Depuis la loi anti-cadeaux du 27 janvier 1993 jusqu'au plan national anticorruption : Axe 1 pt 3 « *préserver le système de santé en renforçant la prévention et la détection des atteintes à la probité* ».

²¹⁹ A l'image des poursuites pénales engagées contre le maire de la Faute-sur-Mer, à la suite de la tempête Xynthia, et ayant finalement abouti à sa condamnation pour homicides involontaires et mise en danger de la vie d'autrui.

- L'état de nécessité peut survenir dans nombre d'activité humaine, contraignant le décideur public ou privé à choisir entre deux inconvénients et le forçant à accepter de faire la « part du feu ». Au terme d'une analyse coûts / avantages, il peut décider de méconnaître une disposition classique pour assurer la protection du plus grand nombre contre les grands fléaux.
- La mission choisit de proposer cette réforme en la limitant à un champ d'action défini et sous un encadrement strict :

1°) Les personnes et actions concernées par la proposition

La réforme ne s'appliquerait qu'aux évènements mettant en danger l'intégrité des personnes. Et non aux autres secteurs de l'action publique ou privée.

Elle ne couvrirait donc pas les accidents du travail ou les accidents de la circulation.

Le « danger » dont il est question n'est pas le danger de maladie individuelle ou d'atteinte à la sécurité de telle personne.

Il s'agit de faire face aux fléaux collectifs :

- En matière de santé publique, le texte proposé s'appliquerait dans un nouvel article 122-7-1, à toute personne qui « *dans le cadre de ses fonctions* » *affronte un péril « actuel ou imminent* ». Il viserait donc en priorité les agents publics, et leurs collaborateurs occasionnels : directeurs d'ARS, directeurs d'hôpital public, personnel médical de ces établissements...

Mais il protégerait aussi les personnels privés des établissements de santé participant au service public hospitalier. Il s'appliquerait ainsi à tous les personnels de soins qui participent à la protection de la santé publique. Pourrait ainsi en bénéficier le responsable d'une clinique qui participe à la prise en charge des réfugiés. C'est la nature des missions et non le statut des personnels qui importe.

Cette exonération pourrait ainsi couvrir des mesures de limitation de circulation, quarantaine, confinement, obligations de vaccinales, obligations de certaines précautions (iode en cas d'incidents nucléaires), limitation dans l'accès à de tels médicaments très demandés, répartition de dispositifs de santé comme les masques respiratoires, ordre de priorités sanitaires en cas de fortes demandes de soins.

- En matière d'environnement et d'installations classées, une telle évolution législative serait, par exemple, susceptible d'être invoquée par les élus et les agents qui prennent des mesures pour faire face à des accidents industriels ;

- En matière de sécurité civile, bénéficieraient de l'exonération, les personnels qui prennent des mesures pour faire face à un sinistre ou encore les agents des forces de sécurité intérieure qui n'ont pas d'autres moyens que d'utiliser un degré élevé de force pour protéger la population d'un péril imminent (terrorisme, prise d'otage...).

Pour être exonérée, l'action incriminable devrait avoir pour seule finalité le bien commun sanitaire ou la sécurité des personnes : la réforme vise à exonérer les seules initiatives prises

aux seules fins de combattre le fléau et qui peuvent provoquer des effets annexes ou collatéraux tragiques.

2°) L'encadrement strict de l'exonération

L'exonération ne vaudrait pas contre la violation délibérée des prescriptions spécialisées. Elle ne trouverait pas à s'appliquer en cas de violation « *manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ».

En particulier, en matière de santé publique, où le domaine de la prise de risque est déjà précisément encadré²²⁰, l'exonération ne s'appliquerait pas au médecin qui violerait délibérément des obligations de déclaration obligatoire de maladie, alors même que cette omission s'expliquerait par sa mobilisation urgente pour lutter contre un danger immédiat.

Elle serait également plus restreinte que celle, envisagée par la commission des lois du Sénat au moment de l'état d'urgence²²¹, qui était destinée à « garantir » les maires qui prendraient la responsabilité de rouvrir une école, une cantine ou un centre de loisirs²²².

En revanche, seraient exonérées les conséquences d'une organisation de dispensation des soins²²³ partiellement défectueuse, si ces mesures ont été prises pour faire face à un fléau sanitaire. Ou le fait de confier, dans la nécessité ou l'urgence de sauver des vies, des missions aux infirmiers au-delà de ce que permet le code de santé publique²²⁴.

De même, seraient exonérés les non-relevés d'infractions prévus à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, lorsque ceux-ci sont justifiés par des considérations d'urgence sanitaire plus pressantes.

- Cette option présenterait l'intérêt de prendre en compte la circonstance que l'auteur des faits a agi de façon totalement désintéressée, pour le bien public, même s'il s'avère *a posteriori* qu'il s'est trompé quant au choix des moyens – ce qui justifie que sa responsabilité pénale ne soit alors engagée que dans des cas exceptionnels dans lesquels l'imprudence ou la négligence commise seraient à la fois graves et manifestes.

Elle pourrait ainsi couvrir des mesures en principes défendues ou des mesures possibles mais sans en respecter les conditions. Tel serait, par exemple, le cas, des mesures illégales mais nécessaires pour parer des drames plus menaçants (mesures attentatoires à la liberté d'aller et venir et de circulation, à la liberté d'association, au droit de propriété). Ce peut être également l'intervention de la sécurité civile pour faire face à un grand incendie ou à une catastrophe chimique nécessitant des évacuations en urgence. Ce peut être aussi l'ordre de rester chez soi en précaution d'une situation d'attentat terroriste par exemple.

La mesure limiterait ainsi le risque que l'action des personnes concernées soit paralysée par la crainte de poursuites, même hypothétiques.

²²⁰ Le personnel médical est organisé sur le fondement de quelques règles essentielles dont la violation continuera à engager leur responsabilité. Le médecin est soumis au principe *primum non nocere*, aux principes de base du code de la santé publique (articles L. 1110-1 à 13), ainsi qu'au code de déontologie.

²²¹ Rapport n° 416 du 4 mai 2020

²²² Voir débats Sénat le 4 mai 2020.

²²³ Au sens de l'article L6146-1 du code de la santé publique

²²⁴ art. L. 4311- 1

Le maintien d'une possibilité restreinte de mise en cause limiterait certes un tel effet de sécurisation, le juge pénal conservant une certaine marge d'appréciation sur la gravité de la faute commise. Cependant, exonérer systématiquement les intéressés de toute responsabilité pénale en cas d'imprudence, même gravissime, ayant provoqué des drames humains paraît difficilement justifiable. Au-delà d'un certain seuil, la volonté de bien faire ne peut excuser la gravité des fautes commises. Le souvenir de l' « affaire du sang contaminé », entre autres, le rappelle, si besoin était.

En résumé, cette proposition serait plus sécurisante pour les élus et les agents concernés que l'exonération relative à l'état de nécessité, actuellement prévue à l'article 122-7.

Alors que les dispositions de cet article ne s'appliquent qu'en « l'absence de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace », le nouveau cas d'exonération de responsabilité pénale proposé serait plus protecteur : les intéressés ne pourraient être pénalement poursuivis qu'en cas de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité.

Mais cette sécurisation plus forte ne jouerait que dans un champ d'application plus restreint, à savoir uniquement lorsque les personnes physiques prennent des mesures collectives dans l'exercice de leurs fonctions de service public pour faire cesser un danger actuel ou imminent.

Proposition n° 11 :

limiter les possibilités de mise en cause pénale des personnes physiques qui accomplissent, dans le cadre de leurs fonctions de service public, une action nécessaire à la prévention ou la cessation d'un danger actuel ou imminent pour l'intégrité des personnes aux seules hypothèses de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité.

Une telle exonération partielle de responsabilité pénale pourrait se traduire par l'introduction dans le code d'un article 122-7-1 ainsi rédigé²²⁵ :

« N'est pas pénalement responsable la personne physique qui, dans le cadre de ses fonctions de service public, face à un danger actuel ou imminent pour l'intégrité des personnes, a recours à des moyens [/ accomplit une action] nécessaire à la collectivité publique pour prévenir ou faire cesser le danger, sauf si elle a méconnu de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou si elle a commis une faute d'une exceptionnelle gravité ».

2.3.2.3. Une piste de réflexion complémentaire : limiter la mise en cause pénale en cas de carence à prendre une mesure nécessaire à la prévention d'un danger majeur pour l'intégrité des personnes

Dans ce même champ de la protection de l'intégrité des personnes, une autre option envisageable supplémentaire serait de limiter la mise en cause des décideurs qui ne prennent pas toutes les mesures nécessaires pour faire face à un péril grave ou imminent. Serait ainsi concerné l'élu ou l'agent à qui il est reproché de ne pas avoir agi de façon suffisamment efficace

²²⁵ Il pourrait, le cas échéant, être renvoyé à ces dispositions dans le code de la santé publique et dans le code de la sécurité intérieure.

face à ce fléau (alors que la proposition précédente visait au contraire l'hypothèse où il lui serait reproché d'en avoir « trop fait »).

La loi « Fauchon – Guigou » a certes déjà, comme on l'a vu, limité les mises en cause qui pouvaient sembler injustifiées au regard de la nature des faits mais certains élus et agents intervenant aux seules fins de protéger les populations continuent de ressentir un risque pénal, alimenté par certaines des poursuites qui ont pu être engagées, ces dernières années, à raison de tels faits (cf. *supra*). Il a été observé dans la première partie du présent rapport que ces mises en cause pouvaient être très déstabilisantes pour l'action des autorités publiques.

Une piste de réflexion possible serait de limiter la responsabilité pénale à raison de l'absence ou de l'insuffisance de mesures pour faire face à un danger grave ou imminent aux seules hypothèses de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité (c'est-à-dire les mêmes que celles envisagées *supra* pour l'état de nécessité).

La mission ne mentionne ce sujet qu'à titre de « piste de réflexion », et non de proposition, car précisément la population est en droit d'attendre des responsables publics de l'initiative et de l'action et non une abstention ou un retard. Il ne peut s'agir nullement de justifier ni même de tolérer la carence en ces domaines éminemment sensibles de la santé publique ou de la sécurité intérieure.

D'autant que demeure la responsabilité administrative de la personne publique. Ainsi pour l'éventuelle carence de l'Etat dans la mise en œuvre de mesures administratives pour prévenir ou limiter des contrôles d'identité non conformes à la loi²²⁶. Ainsi pour l'éventuelle carence de l'Etat pour faire dépolluer un sol atteint par l'activité d'une ancienne installation classée, en présence d'un risque grave pour la santé²²⁷.

Piste de réflexion n° 3 :

Limiter la mise en cause des décideurs qui ne prennent pas toutes les mesures nécessaires pour faire face à un péril grave ou imminent, en prévoyant qu'ils ne pourraient être mis en cause qu'en cas de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité.

2.4. Mieux sécuriser les décideurs publics qui se méprennent sur le droit applicable

2.4.1. L'opportunité d'une réforme de portée générale

2.4.1.1. Etendre le champ d'application du motif d'exonération de responsabilité pénale relatif à l'erreur de droit (article 122-3 du code pénal)

²²⁶ CE Ass., 17 octobre 2023, Amnesty international, n° 454836

²²⁷ CE, 13 novembre 2019, commune de Marennes, n° 416860

- a) Un motif d'exonération de responsabilité pénale à la portée extrêmement circonscrite

La mission s'est d'abord interrogée sur l'opportunité d'assouplir le motif d'exonération de responsabilité pénale pour erreur de droit.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 122-3 du code pénal énonce que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ».

La jurisprudence se montre extrêmement restrictive. L'erreur alléguée doit ainsi présenter un caractère insurmontable, ce qui n'est pas le cas :

- d'une simple incertitude sur le droit applicable²²⁸ ;
- d'une information ambiguë donnée par l'administration²²⁹ ;
- d'une divergence des interprétations jurisprudentielles²³⁰ ou une jurisprudence isolée favorable au prévenu²³¹ ;
- de l'avis d'avocats ou de juristes²³² ;
- d'une erreur de procédure dans un cadre procédural qui est habituel aux OPJ en cause²³³.

V. par ex. Cass. crim., 27 nov. 2002, n° 02-81.581

Le prévenu, président du conseil général, mis en cause pour des faits de prise illégale d'intérêts, avait sollicité ses avocats afin qu'ils lui indiquent si sa situation personnelle pouvait poser une difficulté. Ceux-ci lui avaient répondu par la négative, après avoir relevé que l'étude de la jurisprudence avait conduit à ne trouver aucune décision de condamnation dans une situation analogue à la sienne. Pour autant, ainsi que le juge la Cour de cassation, il ne pouvait invoquer le motif d'exonération pour erreur de droit.

Commentant cette décision, un universitaire²³⁴ relève qu' « *il est certain que l'intéressé n'avait pas su qu'il accomplissait un acte prohibé par la loi* ». « Mais il aurait dû le savoir, et là réside sa faute, son dol qui est, de la sorte, présumé. La décision illustre ainsi, selon lui, « *un glissement vers la faute matérielle* » : « *tout manquement tombe sous le coup de la loi, même si l'agent a cherché à se prémunir. Il est en faute à ne pas s'être abstenu, d'autant plus qu'il avait des craintes ou des doutes* ».

Dans certains cas, il a même pu être retenu que les prévenus ne pouvaient invoquer, pour s'exonérer de leur responsabilité pénale, une réponse ministérielle²³⁵ ou une prise de position des ministres compétents²³⁶.

- b) Des assouplissements souhaitables

De façon générale, la mission estime que le principe de sécurité juridique pourrait justifier un assouplissement des conditions dans lesquelles est reconnue l'erreur de droit, lorsque le mis en cause a accompli les diligences normalement attendues pour prendre une décision dont l'illégalité apparaîtra a posteriori.

²²⁸ Cass. crim., 10 avr. 1997, n° 96-83.152

²²⁹ Cass. crim., 23 mai 2000, n° 98-82.926

²³⁰ Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254

²³¹ CA Paris, 13e sect. A, 12 oct. 1999, n° 1999-024909

²³² Cass. crim., 10 avril 2002, n° 01-84.286 ; Cass. crim., 11 sept. 2001, n° 00-87.545 ; Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-82.717

²³³ Cass. crim., 12 septembre 2006, n°05-83-235.

²³⁴ Pr Wilfrid Jeandidier, « *La prise illégale d'intérêts indirecte par un élu* », JCP A 2003, 1589

²³⁵ Cass. crim., 30 septembre 2008, n° 07-87.762

²³⁶ Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444

Une telle réforme permettrait, en outre, de prévenir un risque de frilosité excessive dans l'exercice des responsabilités, en encourageant, dans une certaine mesure, la prise de risque juridique, lorsque tous les avis juridiques recueillis (ou toutes les jurisprudences) ne sont pas concordants.

Sa portée serait d'autant plus étendue qu'elle ne pourrait être cantonnée aux seuls décideurs publics : les particuliers, eux aussi, peuvent se méprendre sur la portée d'une disposition légale et ils sont souvent même encore moins bien placés que les responsables publics pour prévenir le risque d'erreur.

Au regard des enjeux qui s'y attachent, le législateur ne peut étendre de façon excessive cette cause d'exonération. Il se doit de veiller au respect d'un certain équilibre :

- D'une part, l'incertitude juridique ne peut être synonyme d'impunité pour le responsable, public ou privé : en dehors de certaines situations d'urgence, il lui appartient, bien souvent, de chercher à recueillir un avis éclairé avant de prendre sa décision.
- D'autre part, l'erreur de droit, si elle était trop largement définie, permettrait aisément à des personnes de mauvaise foi de se prévaloir d'un conseil ou d'une prise de position dont elles connaîtraient la fragilité, ou dont elles auraient les moyens de vérifier la pertinence, pour échapper à des poursuites justifiées.

c) Une piste écartée : faire référence au caractère difficilement surmontable de l'erreur

Une première option envisageable serait de modifier l'article 122-3 du code en vue de remplacer la référence à une erreur qu'il est impossible d'éviter par la référence, plus large, à une erreur difficilement surmontable.

Une telle formulation laisserait une certaine latitude au juge pénal pour déterminer au cas par cas s'il y a lieu de reconnaître au prévenu le bénéfice de cette cause exonératoire de responsabilité.

Cependant, il n'est pas évident qu'une telle modification législative conduirait à remettre en cause la jurisprudence actuelle. Le tribunal pourrait estimer que, dans chaque cas d'espèce, l'erreur de droit commise n'était pas « difficilement surmontable », en dépit des éléments mis en avant par l'intéressé pour justifier de sa bonne foi.

A l'inverse, si le juge choisissait de donner à cette formulation une portée extensive, la répression de certaines infractions pourrait être fragilisée et, selon toute probabilité, ce sont surtout des particuliers, notamment des chefs d'entreprise, bien davantage que des responsables publics, qui en bénéficieraient.

d) Option proposée : faire référence à une prise de position de l'administration compétente pour interpréter le texte

- La mission privilégiée ainsi une autre option, qui consisterait à faire référence, de façon plus explicite, à la prise de position de l'administration compétente pour interpréter la loi. L'application de la règle de droit conformément à l'interprétation donnée par une telle autorité constituerait ainsi un motif exonératoire de responsabilité pénale.

Cette logique rappelle celle du rescrit, consacré en matière fiscale (article L. 80A du LPF) ou encore dans le cadre de l'exercice par le préfet du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales (article L. 1116-1 du CGCT).

Cet ajout à l'article 122-3 permettrait ainsi de ne pas remettre en cause la jurisprudence actuelle, en tant qu'elle se refuse à consacrer le caractère exonératoire des simples prises de position de juristes privés, ceux-ci étant susceptibles, dans certains cas, d'être réticents à contredire le décideur, public ou privé.

- « L'autorité compétente » pour interpréter le texte serait déterminée au cas par cas, en fonction de son objet ainsi que d'éléments de contexte, et en particulier de la confiance qu'était normalement en droit d'attendre le destinataire de la réponse en ce qui concerne la fiabilité de la réponse.

Pour un préfet, il s'agirait généralement de l'administration centrale en charge du suivi de la réglementation ; pour un élu local, il pourrait s'agir de cette même administration mais aussi, dans certains cas, du préfet ou même du sous-préfet. Pour chacun, il pourrait s'agir, par exemple, d'une interprétation donnée par l'agence française anticorruption, chargée par la loi d'éclairer les pratiques et les interprétations pour la lutte contre la corruption.

La qualité de l'agent auteur de la réponse, en particulier son niveau hiérarchique, serait également à considérer.

- L'auteur des faits ne pourrait se prévaloir que d'une interprétation donnée antérieurement aux faits litigieux, sauf à permettre à l'administration d'exonérer pénalement quiconque par une interprétation a posteriori qui lui serait favorable. Ladite interprétation pouvant être générale ou délivrée à la demande de l'auteur des faits.

- L'exonération de responsabilité pénale devrait cependant être écartée si l'auteur des faits ne pouvait se méprendre sur l'illégalité d'une telle interprétation, comme c'est déjà le cas aujourd'hui lorsqu'il agit sur instruction de l'autorité hiérarchique (article 122-4 du code). Devraient être pris en compte à ce titre les compétences, les moyens, et l'expérience de l'intéressé.

Proposition n° 12

Exonérer de responsabilité pénale la personne qui applique la règle de droit conformément à l'interprétation formelle qu'en donnait une autorité administrative compétente, sauf illégalité manifeste

L'article 122-3 pourrait être complété par un alinéa ainsi rédigé : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.*

***N'est pas davantage pénalement responsable la personne qui applique la règle de droit conformément à l'interprétation formelle qu'en donnait une autorité administrative compétente [pour élaborer ou veiller à l'application] d'une telle règle, à moins que l'auteur des faits n'ait pu se méprendre sur l'illégalité d'une telle interprétation* ».**

2.4.1.2. Exonérer le décideur en cas d'autorisation donnée par l'autorité légitime (article 122-4 du code pénal)

▪ En l'état actuel du droit, le commandement donné par « l'autorité légitime », formulation qui renvoie aux seules autorités publiques²³⁷, constitue un cas exonérateur de responsabilité pénale, et ce, sous réserve que cet ordre ne soit pas manifestement illégal. Il en est de même de « acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires » (article 122-4 du code pénal²³⁸).

Ce principe trouve également à s'appliquer, avec la même portée, en ce qui concerne les sanctions disciplinaires (article L. 121-10 du CGFP) ou encore la responsabilité devant la Cour des comptes (article L. 131-5 du CJF). Il exprime la théorie des « baïonnettes intelligentes ».

L'équilibre ainsi recherché entre devoir d'obéissance hiérarchique et obligation de désobéir à un ordre manifestement illégal apparaît satisfaisant et il n'y a évidemment pas lieu de le remettre en cause.

▪ La mission observe, en revanche, que l'article 122-4 du code n'envisage que le seul « commandement » donné par l'autorité légitime, pas l'autorisation délivrée, fût-elle expresse et sans équivoque. Or, il peut arriver que l'agent public soit mis en cause à raison d'une méconnaissance de dispositions légales faisant suite à une telle autorisation donnée par sa hiérarchie.

Dans une telle hypothèse, il peut sembler excessivement sévère de mettre en cause la responsabilité pénale de l'agent qui, dans le doute quant à la portée d'un texte qu'il lui appartenait d'appliquer, a pris l'initiative de recueillir l'aval de l'autorité supérieure.

Encore faudrait-il naturellement que l'autorisation donnée par cette dernière ait été expresse (elle ne saurait se présumer du silence gardé sur cette demande, qui peut s'expliquer de bien des façons) et qu'elle ait été délivrée au vu de l'ensemble des éléments d'information nécessaires. Bien évidemment, de même que pour le commandement, l'autorisation ne serait exonératoire de responsabilité pénale que si elle n'était pas manifestement illégale.

La problématique rejoint ici celle de l'erreur de droit, mais sans la recouper totalement : l'autorité légitime peut ne pas correspondre à l'autorité compétente pour interpréter les dispositions légales au sens qu'il est proposé de donner par ailleurs au complément suggéré à l'article 122-3 (cf. supra)²³⁹.

Il restera toujours la non-exonération si l'acte est « manifestement illégal ». Cette notion est largement interprétée : un acte qui viole les règles de la commande publique est généralement considéré comme manifestement illégal²⁴⁰.

²³⁷ Cass. crim., 28 avril 1866, DP 1866. 1. 356

²³⁸ Ancien article 327

²³⁹ Voir pour une précédente proposition en ce sens : Quel avenir pour l'erreur sur le droit ? Etude par Jenny Herrmann, docteur en droit à l'université de Strasbourg - Dr. pénal 2016. Étude 5

²⁴⁰ Cass. crim., 15 décembre 2004 n° 03-83-474 : l'agent territorial « disposait des moyens intellectuels et de l'autorité suffisante pour résister aux demandes d'un président d'une collectivité territoriale » dont il ne pouvait ignorer le caractère « manifestement illégal ».

Proposition n° 13

Exonérer de responsabilité pénale la personne qui accomplit un acte expressément autorisé par l'autorité légitime, sauf illégalité manifeste

L'article 122-4 du code pénal pourrait être complété par un alinéa ainsi rédigé :

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte qui a été expressément autorisé par l'autorité légitime, au vu de l'ensemble des éléments d'information nécessaires pour permettre à cette dernière de se prononcer en toute connaissance de cause sur la légalité d'un tel acte, sauf si l'acte autorisé est manifestement illégal.

2.4.2. La possibilité d'une mesure spécifique concernant le droit de dérogation des préfets

▪ Le droit de dérogation, généralisé²⁴¹ par le décret en Conseil d'Etat et en Conseil des ministres du 8 avril 2020²⁴², permet au préfet de déroger, de sa propre initiative, par des décisions individuelles, à des normes de niveau réglementaire.

Le décret a été validé par une décision du Conseil d'Etat du 21 mars 2022²⁴³. Celle-ci précise qu'il ne saurait permettre de déroger aux normes réglementaires visant à garantir le respect des principes consacrés par la loi.

Une telle dérogation n'est possible que sous certaines conditions.

D'une part, la dérogation ne s'exerce que dans certains domaines (aménagement, environnement et agriculture, construction et urbanisme, emploi et action économique, patrimoine culturel et activités sportive). Ces domaines sont vastes mais néanmoins limités. Ainsi, ne sont mentionnés ni la sécurité, ni l'école, ni l'action sociale, ni les transports, ni la fonction publique.

D'autre part, la dérogation doit répondre aux conditions suivantes qui sont cumulatives :

- Etre justifiée par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales ;
- Avoir pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques ;
- Etre compatible avec les engagements européens et internationaux de la France ;
- Ne pas porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens ni une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé.

²⁴¹ Après l'expérimentation lancée par le décret du 29 décembre 2017, validé par une décision significative du Conseil d'Etat du 17 juin 2019 (association des Amis de la Terre, n° 421871).

²⁴² Décret n° 2020-412 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet et circulaire du Premier ministre du 6 août 2020

²⁴³ n° 440871

Enfin, la dérogation ne permet pas aux préfets de traiter différemment des situations locales analogues.

- Ce décret a été pris à la suite de l'invitation adressée par le chef de l'Etat aux préfets d'oser la différenciation territoriale et l'expérimentation locale « *en regardant (...) à chaque fois que deux normes s'opposent comment on doit déroger à l'une pour respecter l'intérêt général* »²⁴⁴.

La mise en œuvre du droit de dérogation peut, dans le strict respect des conditions et des critères fixés par le décret du 8 avril 2020, conduire le préfet à écarter, pour un motif d'intérêt général qu'il estimerait supérieur au vu des circonstances locales, une norme réglementaire pourtant obligatoire, dont le non-respect peut être pénalement sanctionné (par exemple, en matière de mise en œuvre d'autorisations environnementales ou de prescriptions d'urbanisme).

Il s'agit de se dispenser de telle formalité ou de se libérer de telle règle de fond qui ferait obstacle à une initiative d'intérêt général. Les dispositions du décret du 8 mai 2020 s'ajoutent ainsi à des dispositions législatives pour ouvrir des possibilités qui vont plus loin que les textes actuels²⁴⁵.

- Au regard du champ large des dispositions du décret, ainsi que des interrogations qu'il est susceptible de susciter, les préfets ressentent le besoin de sécurité juridique tant en légalité administrative qu'en droit pénal.

Respectueux de l'invitation à déroger, et unanimement convaincus de l'utilité opérationnelle d'un tel dispositif, les préfets ont néanmoins une perception aiguë des risques encourus dans l'usage d'un droit potentiellement générateur de dommages dont il pourrait être demandé réparation à l'Etat au civil, ou à eux-mêmes, au pénal²⁴⁶.

Consciente de ces risques, la Première ministre répondait partiellement à cette inquiétude, en indiquant que « *quand on s'engage dans des dérogations aux règles nationales, parce qu'elles permettent de mieux répondre aux enjeux locaux, on peut aussi parfois se tromper. Cela suppose que l'on reconnaisse (...) une forme de droit à l'erreur pour les fonctionnaires qui prennent le risque de faire un peu différemment. C'est dans l'intérêt de la bonne mise en œuvre des politiques publiques* »²⁴⁷.

Plusieurs préfets rencontrés par la mission ont exprimé un besoin légitime d'une véritable sécurisation pénale, dans le cadre de la mise en œuvre de ce dispositif fondamentalement innovant.

- Certaines inquiétudes exprimées trouvent déjà une partie de réponse tant en légalité qu'en droit pénal.

²⁴⁴ Discours du Président de la République aux préfets, 5 septembre 2017

²⁴⁵ Ainsi, en droit de l'urbanisme – qui entre dans le champ d'application de ce décret –, les articles L152-3 à L152-6-4 du code de l'urbanisme prévoient déjà la possibilité « d'adaptations mineures » aux règles du PLU et surtout de « dérogations » aux mêmes règles pour des raisons d'environnement, de verdissement, de mixité sociale, de réaménagement de friches ou de création de logements pour les fonctionnaires de la Défense.

²⁴⁶ Ces réserves du corps préfectoral, notamment liées au risque pénal, ont été relevées dans le rapport de l'IGA *Evaluation de la mise en œuvre du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020* (juin 2022).

²⁴⁷ Déclaration de Madame Elisabeth Borne à l'issue du Comité interministériel de la transformation publique du 9 mai 2023

En légalité, le Conseil d'Etat sait prendre en considération la nécessité pour « sauver » une dérogation qui a écarté telle formalité dans l'intérêt urgent du bien public. Ainsi, par sa décision Ministre de l'éducation nationale du 4 février 1994²⁴⁸, il a validé la mutation d'une institutrice d'une école à une autre pour « *pour permettre l'accueil des enfants lors de la rentrée scolaire dans des conditions satisfaisantes* » et ceci alors que n'avait pas été respectée l'obligation de double consultation du conseil départemental de l'éducation et du comité technique paritaire auprès du recteur²⁴⁹.

Dans la même logique, la jurisprudence Danthony du Conseil d'Etat permet, depuis 2011, d'éviter l'annulation automatique d'une décision administrative pour vice de forme ou de procédure²⁵⁰.

En droit pénal, les dispositions du premier alinéa de l'article 122-4 du code pénal, dans sa rédaction actuelle, énoncent que la personne qui accomplit un acte autorisé par des dispositions réglementaires n'est pas pénalement responsable. Ainsi, la circonstance que le décret autorise des décisions écartant des dispositions réglementaires dont le non-respect est, en principe, pénalement sanctionné ne devrait pas exposer les agents à des sanctions pénales.

Voir, par exemple, en ce sens, l'autorisation donnée en 2023 par le ministre de la transition écologique au préfet sur les conditions de la conception et du contrôle de la construction du futur canal Seine-Nord-Europe par un bureau d'études agréé.

- En revanche, il pourrait être opportun de sécuriser juridiquement les préfets lorsqu'ils se méprennent sur la portée de la dérogation.

La mission estime envisageable d'y répondre, en cantonnant l'éventuelle responsabilité pénale du préfet, en cas de mise en œuvre du droit de dérogation, à la seule hypothèse où il commet une illégalité manifeste. Tel serait le cas s'il méconnaissait frontalement une ou plusieurs des quatre conditions auxquelles le décret du 8 avril 2020 subordonne l'exercice de ce droit.

Techniquement, cette adaptation de la responsabilité pénale des préfets, qui relèverait du domaine de la loi, supposerait, au préalable, d'ériger le droit de dérogation lui-même au niveau législatif - ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. La loi ne peut, en effet, renvoyer au décret.

Une telle mesure pourrait inciter les préfets à recourir davantage à cette faculté de dérogation, sans demander au préalable l'aval du ministre, d'autant qu'ils sont désormais encouragés à s'en passer²⁵¹.

Proposition n° 14 :

²⁴⁸ n° 116323

²⁴⁹ Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement avait invité la formation de jugement « à ne pas décourager les fonctionnaires de responsabilité de prendre initiatives et responsabilités fût-ce au prix, strictement pesé, de quelques accommodements formels. Le service public doit rester prioritaire ».

²⁵⁰ CE Ass., 23 décembre 2011, n° 335033 : l'annulation d'une décision administrative pour vice de forme ou de procédure ne sera prononcée que si ce vice a exercé une influence sur le sens de la décision ou si l'intéressé a été privé d'une garantie.

²⁵¹ En ce sens, une récente circulaire du Premier ministre, en date du 28 octobre 2024, allant dans le sens des préconisations du rapport précité de l'IGA, supprime l'information du préfet de région, lorsque le préfet de département prend une mesure de dérogation, ainsi que la consultation préalable obligatoire de l'administration centrale avant l'exercice de la dérogation.

Limiter les cas de mise en cause pénale des préfets à raison de l'exercice de leur pouvoir de dérogation à l'hypothèse dans laquelle ils ne pouvaient se méprendre sur l'illégalité commise

La mesure impliquerait de reprendre le dispositif actuel dans la loi, en y insérant un article ainsi rédigé :

« La responsabilité pénale du préfet ne peut être mise en cause, dans le cadre de la mise en œuvre [du droit de dérogation], à raison d'une décision méconnaissant les conditions posées par la présente loi, que dans le cas où il ne pouvait se méprendre sur l'illégalité de cette décision de dérogation ».

2.5. Pas de recommandations spécifiques pour les infractions pénales en matière d'environnement, d'urbanisme et d'atteinte aux libertés publiques

La mission s'est enfin interrogée, comme elle y était invitée, sur l'opportunité de modifier les dispositions pénales créant des infractions spécifiques en matière d'urbanisme, d'environnement et d'atteinte aux libertés publiques. Au vu des éléments recueillis et des entretiens réalisés, il lui a cependant semblé que de telles évolutions législatives ne seraient pas justifiées.

En effet, en premier lieu, il n'apparaît pas que ces infractions conduiraient à des mises en cause fréquentes des agents ou des élus ou qu'elles alimenteraient, de façon significative, leurs inquiétudes. En particulier, le nombre de poursuites pénales et, a fortiori, de condamnations, demeure extrêmement faible en matière d'urbanisme et d'environnement. Il est également limité en ce qui concerne les atteintes aux libertés publiques (cf. *supra*).

En deuxième lieu, l'élément matériel de ces infractions paraît, de façon générale, bien défini et ne paraît pas conduire, en raison de son champ d'application qui serait excessivement large ou imprécis, à des mises en cause injustifiées.

Enfin, les propositions d'ordre général faites par ailleurs, en particulier celles portant sur l'erreur de droit, l'autorisation de l'autorité hiérarchique et le droit de dérogation des préfets (cf. *supra*), auraient bien évidemment vocation à s'appliquer, entre autres, à ces infractions pénales, ce qui permettrait de mieux protéger, dans ces matières également, les élus et les agents qui se méprennent de bonne foi sur le droit applicable.

3^{ème} partie : Aménager certaines règles de procédure pénale

3.1. Des conditions d'engagement des poursuites pénales à l'encontre des élus et des agents publics qui doivent continuer à relever, pour l'essentiel, du droit commun

3.1.1. Des garanties procédurales spécifiques désormais circonscrites aux militaires

Régime général

En vertu de la « garantie des fonctionnaires » introduite par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, les agents publics ne pouvaient être poursuivis devant les juridictions judiciaires qu'après autorisation du Conseil d'État.

Ce dispositif a été supprimé par le décret-loi du 19 septembre 1870. Et, à la suite de la décision Thépaz²⁵² du Tribunal des conflits de 1935, les fonctionnaires ont pu voir leur responsabilité pénale engagée en raison d'une faute de service.

Régime spécifique aux militaires

Les dernières traces de cette ancienne garantie ont disparu du droit positif avec la loi du 21 juillet 1982²⁵³, qui a transféré au procureur de la République (mais à lui seul), la compétence jusqu'alors dévolue au ministre de la défense pour mettre en mouvement l'action publique à l'encontre des militaires.

Robert Badinter expliquait au Parlement : « *si l'on reconnaissait à tous ceux qui s'affirment victimes non seulement le droit de provoquer l'ouverture d'une information mais – ce qui est beaucoup plus saisissant encore – celui de citer en correctionnelle, à leur gré, tout officier ou tout soldat, on ouvrirait aux fausses victimes, aucunement préoccupées de la sanction de la dénonciation calomnieuse qui n'interviendra que des mois ou des années plus tard, la possibilité d'entreprises de déstabilisation de l'armée républicaine* »²⁵⁴.

Les lois du 16 décembre 1992 puis 10 novembre 1999 ont certes ouvert une certaine possibilité de mise en mouvement de l'action publique par les parties lésées. Mais elles continuaient à interdire la citation directe devant le tribunal correctionnel, restriction déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel en 2015²⁵⁵.

Dans le sens contraire, « *contre une judiciarisation excessive de leur action, au cœur de leur métier et des risques qu'ils acceptent d'assumer en s'engageant...* », la loi « embuscade d'Uzbin » du 18 décembre 2013 a limité toute mise en mouvement de l'action publique, y

²⁵² TC, 14 janvier 1935, aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*.

²⁵³ Loi n° 82-621 relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'Etat et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire

²⁵⁴ JO AN du 14 avril, deuxième séance, p.1128, cité dans les commentaires du CC.

²⁵⁵ Décision n° 2015-461 QPC du 24 avril 2015

compris criminelle, au seul procureur de la République lorsqu'il s'agit de mission extérieure, sous la seule réserve de la faute personnelle.

3.1.2. La réintroduction de « verrous » procéduraux : une piste à exclure

La mission n'entend pas proposer d'introduire de nouveaux « verrous ». Il n'est constitutionnellement pas possible de généraliser les restrictions actuellement prévues en ce qui concerne les militaires à l'ensemble des agents publics et des élus, y compris lorsqu'ils exercent des prérogatives de puissance publique. Et cela n'est pas davantage politiquement envisageable.

- Une première piste consisterait à réintroduire l'exigence d'un avis de l'administration concernée avant l'engagement des poursuites.

Une telle obligation existe déjà en ce qui concerne les militaires. Il s'agit d'un dispositif surnommé le « verrou de Brienne », prévu à l'article 698-1 du code de procédure pénale.

Cette disposition a été introduite lors de la suppression des juridictions des forces armées par la loi précitée du 21 juillet 1982. Le procureur de la République doit ainsi demander, préalablement à tout acte de poursuite pour les crimes et délits reprochés à des militaires dans l'exercice de leur service, l'avis du ministre en charge de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui. Sauf urgence, cet avis doit être donné dans le délai d'un mois. S'il n'est pas recueilli, la procédure pénale est entachée de nullité.

Ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution en 2015. Dans sa décision²⁵⁶, le Conseil constitutionnel a relevé que le législateur avait entendu garantir que puissent être portées à la connaissance de l'institution judiciaire les spécificités du contexte militaire des faits à l'origine de la poursuite ou des informations particulières relatives à l'auteur présumé eu égard à son état militaire ou à sa mission.

Elles ont également été déclarées conformes à l'article 6-1 de la CESDH, sous réserve que l'éventuelle absence de la saisine du ministre du fait de la carence des autorités de poursuite n'aboutisse pas à la prescription de l'action publique²⁵⁷

- Toutefois, les infractions reprochées aux décideurs publics ne revêtent généralement pas une spécificité justifiant d'édicter une telle obligation générale, même lorsqu'est en cause l'exercice d'une prérogative de police administrative.

²⁵⁶ Décision n° 2015-461 QPC du 24 avril 2015

²⁵⁷ Cass. Crim., 21 novembre 2023, n° 22-87.336, publié au bulletin

« La demande d'avis préalable à toute poursuite poursuit le but légitime de bonne administration de la justice en ce qu'elle vise à garantir que puissent, le cas échéant, être portées à la connaissance de l'institution judiciaire les spécificités du contexte militaire des faits à l'origine de la poursuite ou des informations particulières relatives à l'auteur présumé eu égard à son état militaire. La sanction de la nullité, destinée à assurer l'effectivité de cette obligation, est elle-même conforme au but légitime de la prééminence du droit, les poursuites pouvant être reprises, en cas d'annulation de la procédure, après régularisation, par le ministère public, de la demande d'avis initialement omise.

(...) dans les circonstances de l'espèce, le prononcé de la nullité, en raison même de sa tardiveté, à une date à laquelle l'action publique était déjà prescrite, apparaît disproportionné au but légitime poursuivi par l'article 698-1 du code de procédure pénale ».

3.2. Veiller à la célérité du traitement des procédures pénales engagées contre les décideurs publics

Outre les craintes des décideurs publics tenant aux risques de mise en cause pénale, la durée des procédures dont ils peuvent être l'objet - quelle qu'en soit l'issue – est, ainsi qu'il a été dit dans la première partie, un facteur aggravant à prendre en compte.

En effet, l'absence de leur traitement dans un délai raisonnable :

- perturbe l'action publique et nuit à son bon fonctionnement, en affectant la capacité de l'administration à conduire ses missions dans la sérénité;
- constitue un facteur d'accroissement du sentiment de défiance envers les décideurs publics ;
- entraîne des répercussions sur la carrière des personnes mises en cause qui peuvent être écartées des fonctions dans l'exercice desquelles l'élément générateur de leur mise en cause s'est produit, ce qui a, par ailleurs, nécessairement un impact sur la gestion publique.

Il en est ainsi, en particulier, dans les contentieux techniques, tels ceux des atteintes au devoir de probité ou encore à l'environnement. En effet, comme il a été observé (cf. *supra*), la durée moyenne des procédures pénales est, dans ces dossiers, d'environ quatre à cinq fois supérieure à celle observée dans l'ensemble des autres contentieux.

3.2.1. Inciter les procureurs à faire usage de leurs prérogatives en vue d'un prompt traitement des affaires

- Jusqu'à la loi²⁵⁸ du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, une plainte avec constitution de partie civile, déposée sans formalisme particulier autre que la date et la signature du plaignant, suffisait à saisir le juge d'instruction et à l'obliger à instruire.

Afin de freiner les plaintes avec constitution de partie civile, cette loi exige désormais que la victime d'un délit, avant de déposer une plainte avec constitution de partie civile, saisisse le procureur d'une plainte pour ces faits. Ce n'est que si ce dernier classe sans suite la plainte ou à l'écoulement d'un délai de trois mois depuis le dépôt de sa plainte que la victime peut saisir le juge d'instruction.

Ainsi, en vertu du 2^{ème} alinéa de l'article 85 du CPP, la plainte avec constitution de partie civile déposée devant le juge d'instruction « *n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat (...)* ».

Ces dispositions sont inspirées du rapport Magendie²⁵⁹, qui rappelait que « *nombre d'informations sont ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile, sans que la victime ait préalablement porté plainte auprès du procureur de la République, alors que celui-ci aurait peut-être été disposé à prescrire une brève enquête préliminaire puis, à l'issue de celle-ci, à faire citer l'auteur des faits devant la juridiction répressive* ».

²⁵⁸ n° 2007-291

²⁵⁹ « *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès* ». Rapport remis au garde des sceaux par Jean-Claude Magendie, président du tribunal de grande instance de Paris - 2004.

Il s'agissait ainsi pour le législateur de « limiter la durée des procédures qui résulte souvent du nombre excessif d'instructions injustifiées... », en subordonnant « la recevabilité des plaintes avec constitution de partie civile en matière délictuelle au refus de poursuites ou à l'inaction du parquet pendant trois mois ». Ainsi, « avec l'accord du juge d'instruction et de la victime, le parquet pourrait poursuivre l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel après une brève enquête »²⁶⁰. L'objectif poursuivi était « d'éviter ce recours hâtif et inadapté au juge d'instruction dont le rôle n'est pas d'examiner le tout venant des plaintes mais de s'attacher aux affaires graves et complexes »²⁶¹.

Dans le délai de trois mois, le parquet peut ainsi :

- clôturer l'enquête et engager des poursuites contre le décideur public mis en cause ;
- classer l'affaire sans suites et, le cas échéant, requérir contre la partie civile le prononcé d'une amende civile²⁶² ;
- disposer des éléments d'éclairage suffisants pour apprécier l'opportunité d'une ouverture d'information.

Or, aujourd'hui, nombre de plaintes avec constitution de partie civile sont déposées devant le juge d'instruction, non en raison de la complexité particulière des faits dénoncés, mais simplement parce que les plaignants n'ont obtenu aucune réponse définitive du procureur de la République à l'expiration de ce délai de trois mois.

■ Par ailleurs, lorsque, passé le délai de trois mois, le juge d'instruction est saisi d'une plainte avec constitution de partie civile, il lui revient d'ordonner sa communication au procureur pour qu'il prenne ses réquisitions²⁶³.

Ce dernier peut alors notamment²⁶⁴ :

- saisir le juge d'instruction de réquisitions de non-informer si les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à les supposer démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale ;
- prendre des réquisitions de non-lieu dans le cas où il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis ;
- requérir du juge d'instruction de rendre une ordonnance de refus d'informer, tout en invitant la partie civile à engager des poursuites par voie de citation directe.

Ainsi, les procureurs de la République disposent des éléments nécessaires pour tirer les conséquences de leurs propres diligences qui les ont conduits à ne pas engager eux-mêmes les

²⁶⁰ Extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 24 octobre 2006, relatif au projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (loi n° 2007-291 du 5 mars 2007).

Il indiquait que pour les mêmes raisons, « une limitation est apportée à la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état, cette règle n'étant maintenue que pour l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction. Ainsi, une plainte avec constitution de partie civile pour vol déposée par l'employeur dans le seul but de paralyser la contestation du licenciement aux prud'hommes n'aura plus cet effet ».

²⁶¹ Rapport de la commission des lois du Sénat

²⁶² Dans les conditions prévues par l'article 177-2 du code de procédure pénale

²⁶³ Ce dernier peut alors demander un délai supplémentaire de trois mois pour lui permettre de poursuivre ses investigations avant de prendre ses réquisitions. Le juge d'instruction décide d'accorder ou non ce délai (article 86 du CPP).

²⁶⁴ 4^{ème} alinéa de l'article 86 du CPP

poursuites. Il ne s'agit nullement de substituer le parquet au siège mais de tirer le parti le plus utile au bon fonctionnement de la justice des dispositions introduites en 2007.

Le parquet ne doit donc pas hésiter à prendre position sur l'opportunité ou le bien-fondé de la plainte, notamment en s'appuyant sur les résultats des investigations conduites sous son autorité pendant ce délai initial de trois mois.

Or, en dépit de l'enquête préalable, rares sont les procureurs, qui, s'appuyant sur ses résultats, requièrent le non-lieu, le refus d'informer ou le cantonnement des investigations à tel ou tel acte. Il pourrait ainsi être utile de les y encourager, afin d'assurer un prompt traitement des affaires qui ne méritent pas de suites pénales, et ce qu'elles mettent ou non en cause des décideurs publics,

Un temps court entre la mise en cause et la décision permettrait :

- D'une part, aux personnes injustement mises en cause de « laver leur honneur » et de se disculper avant qu'une rumeur infondée mais persistante, ne vienne irrémédiablement entacher leur réputation ;
- D'autre part, dans les cas où la mise en cause apparaîtrait fondée, d'agir avec célérité, en vue de renforcer la crédibilité de la justice et le caractère dissuasif de la sanction.

▪ Au vu de ce double constat, il pourrait être opportun que le Garde des sceaux incite les parquets par des directives de politique pénale :

1°) à recourir, en ce qui concerne les infractions mettant en cause de façon plus spécifique des décideurs publics, à des enquêtes préliminaires dans le délai de trois mois prévu à l'article 85 du CPP, afin d'assurer un prompt traitement de ces procédures, dans l'intérêt tant du décideur que d'une bonne administration de la justice ;

2°) à optimiser le résultat de leurs investigations sur plainte des victimes, en saisissant les juges d'instruction, lorsque la mise en cause est infondée de réquisitions de non-informer ou de non-lieu, motivées au vu des résultats de leurs propres diligences ou analyses.

Proposition n° 15 :

Inciter les parquets, par des directives de politique pénale du Garde des sceaux :

- à recourir à des enquêtes préliminaires dans le délai de trois mois prévu à l'article 85 du CPP, afin d'assurer un prompt traitement des procédures portant sur des infractions mettant en cause de façon plus spécifique des décideurs publics ;**
- à optimiser le résultat de leurs investigations sur plainte des victimes, en saisissant les juges d'instruction, lorsque cette plainte est infondée, de réquisitions de non-informer ou de non-lieu, motivées au vu des résultats de leurs propres diligences ou analyses.**

La question pourrait même se poser de créer une prescription courte de un an (comme en matière de presse), tant il est d'intérêt public pour le bon fonctionnement des services publics que la question soit tranchée aussi rapidement que possible.

3.2.2. Renforcer les compétences de la police judiciaire et des unités spécialisées sur les infractions difficiles à caractériser

En ces matières, si le défaut de réactivité des parquets et des services enquêteurs résulte d'abord d'une insuffisance des moyens, il pourrait être atténué par une spécialisation accrue.

C'est pourquoi il conviendrait de ne renforcer ces moyens qu'au niveau du ressort des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS), le nombre d'affaires concernées n'étant, au demeurant, pas suffisant pour justifier un maillage plus étroit à l'échelon de chaque cour d'appel.

Les infractions concernées seraient celles, énumérées à l'article 704 du CPP, qui, du fait de leur complexité, justifient l'extension de la compétence territoriale d'un tribunal judiciaire au ressort de plusieurs cours d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement.

L'emploi de ces unités devrait accorder une attention toute particulière au traitement des procédures mettant en cause des fonctionnaires ou des élus, au regard des enjeux spécifiques pour le fonctionnement des institutions et pour l'exercice de leurs fonctions.

Proposition n° 16 :

Renforcer au niveau des JIRS la capacité de traitement des affaires en matière économique et financière mettant en cause les des fonctionnaires et les élus dans l'exercice de leurs fonctions.

3.3. Assurer la sérénité des procédures pénales par un dépaysement dans le ressort d'une autre cour d'appel en cas de mise en cause d'un décideur public

Les 2^{ème} et 3^{ème} alinéas de l'article 43 du code de procédure pénale prévoient la possibilité de dépaysement des procédures mettant en cause, comme auteur ou comme victime, un magistrat, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public se trouvant en relation habituelle avec les magistrats et fonctionnaires d'une juridiction.

Ces dispositions s'avèrent n'être pas totalement adaptées. La sensibilité de certains dossiers mettant en cause certains responsables publics qui sont en relation permanente avec des autorités judiciaires d'un tribunal requiert un éloignement géographique plus conséquent que celui actuellement prévu, et ce dans l'intérêt de l'institution judiciaire comme de celui des justiciables. Il serait donc opportun de rendre possible le transfert de la procédure à la cour d'appel la plus proche.

Proposition n° 17 :

Modifier l'article 43 du code de procédure pénale relatif au dépaysement de la procédure en permettant qu'il soit procédé à un éloignement géographique dans le ressort d'une autre cour d'appel

L'article 43 pourrait alors être rédigé ainsi :

« Lorsque le procureur de la République est saisi de faits mettant en cause, comme auteur ou comme victime, un magistrat, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne

dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public qui est habituellement, de par ses fonctions ou sa mission, en relation avec les magistrats ou fonctionnaires de la juridiction, le procureur général peut, d'office, sur proposition du procureur de la République et à la demande de l'intéressé, transmettre la procédure au procureur de la République auprès du tribunal judiciaire le plus proche du ressort de la cour d'appel.

Le procureur général peut aussi décider de transmettre la procédure au procureur général près la cour d'appel la plus proche, afin que celui-ci la transmette au procureur de la République auprès du tribunal judiciaire le plus proche. Une telle transmission de procédure peut aussi être décidée par le procureur général si la personne en cause est en relation avec des magistrats ou fonctionnaires de la cour d'appel.

Les juridictions ainsi désignées sont territorialement compétentes pour connaître l'affaire, par dérogation aux dispositions des articles 52, 382 et 522. Les décisions du procureur général constituent des mesures d'administration judiciaire qui ne sont susceptibles d'aucun recours.

Lorsque le procureur de la République est saisi de faits mettant en cause, comme auteur dans l'exercice de son mandat, un maire ou un adjoint au maire, les deuxième et troisième alinéas du présent article sont applicables ».

3.4. Prévenir la stigmatisation des personnes mises en cause par un recours plus encadré à la mise en examen

La mission s'est enfin interrogée sur le recours parfois regardé comme trop fréquent au statut de mis en examen alors que l'intéressé serait susceptible d'être placé sous le statut, moins stigmatisant, de témoin assisté. Elle n'ignore certes pas que cette réflexion, portant sur une mesure ayant vocation à s'appliquer à toutes les personnes poursuivies, quelle que soit l'infraction en cause, dépasse le strict cadre de la sécurisation pénale des décideurs publics. Une telle réforme, proposée à diverses reprises ces dernières années, ne pourrait, à l'évidence, être cantonnée aux seuls élus et fonctionnaires. Elle devrait bénéficier à tous.

Pour autant, au regard de la flétrissure, parfois définitive, pour les décideurs publics qui s'attache à la mise en examen, il lui a semblé utile de rouvrir cet important débat.

3.4.1. Un statut de mis en examen devenu de plus en plus stigmatisant

Une personne est mise en examen lorsqu'il existe contre elle des indices laissant présumer qu'elle a participé aux faits dont un juge d'instruction est saisi.

Ce statut, qui s'est substitué en 1993 à celui d'inculpé, a pris au fil du temps une signification dépassant son objectif d'origine, qui était simplement l'ouverture des droits de la défense au cours de l'instruction préparatoire.

La stigmatisation qu'il suscite est devenue particulièrement forte, dans un contexte de médiatisation croissante des affaires judiciaires les plus sensibles. Elle aboutit, par infusion dans l'esprit du public, à l'assimilation de la décision de mise en examen à une quasi-déclaration de culpabilité, au risque de perturber gravement la vie professionnelle et personnelle de la personne concernée²⁶⁵.

²⁶⁵ Rapport du groupe de travail sur la présomption d'innocence présidé par Mme Élisabeth Guigou

Cette évolution est d'autant plus dommageable que les instructions judiciaires s'inscrivent le plus souvent dans une longue durée, en raison de la complexité croissante des dossiers et des moyens limités des juges d'instruction et des services de police judiciaire.

3.4.2. Un recours toujours excessif à la mise en examen en dépit des évolutions législatives récentes

3.4.2.1. Des évolutions législatives récentes qui privilégient le statut de témoin assisté sur celui de mis en examen

- Les statuts de témoin assisté et de mis en examen ont pour objectif premier d'ouvrir les droits de la défense. C'est pourquoi la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peut être entendue comme simple témoin²⁶⁶. Cette interdiction s'impose au juge d'instruction et aux officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire de ce magistrat.

- En l'état actuel du droit, la voie procédurale du témoin assisté est très largement ouverte :

- Une personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou par un réquisitoire supplétif qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté²⁶⁷ ;

- Une personne visée par une plainte ou mise en cause par la victime peut être entendue comme témoin assisté et l'est obligatoirement si elle en fait la demande²⁶⁸ ;

- Une personne, mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi, peut être entendue comme témoin assisté²⁶⁹.

- Par ailleurs, même s'ils n'ont pas la qualité de « parties », les témoins assistés se sont vu reconnaître l'essentiel des droits accordés au mis en examen :

- Le droit d'être assistés par un avocat ;

- Le droit de présenter des requêtes en nullité de la procédure ;

- Les droits reconnus au mis en examen en matière d'expertise et de constatation de la prescription de l'action publique²⁷⁰

Seules quelques différences subsistent. En particulier, les témoins assistés ne peuvent demander des actes d'instruction autres que la confrontation avec la ou les personnes qui les mettent en cause.

Comparaison entre les statuts de témoin assisté, de mis en examen et de témoin²⁷¹

²⁶⁶ Article 105 du CPP

²⁶⁷ Article 113-1 du CPP

²⁶⁸ 1^{er} alinéa de l'article 113-2 du CPP

²⁶⁹ 2^{ème} alinéa de l'article 113-2 du CPP

²⁷⁰ Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023

²⁷¹ Source : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1807>

	Témoign assisté	Mis en examen	Témoign
Droit à l'assistance d'un avocat	Oui	Oui	Non
Droit à un interprète	Oui	Oui	Oui
Droit de demander la traduction des pièces essentielles du dossier	Oui	Oui	Non
Droit d'accès au dossier	Oui (l'avocat)	Oui (l'avocat)	Non
Droit de garder le silence	Oui	Oui	Non
Droit d'obtenir notification des expertises	Oui	Oui	Non
Droit de demander un complément d'expertise ou une contre-expertise	Oui	Oui	Non
Droit de demander une confrontation	Oui	Oui	Non
Droit de demander l'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure	Oui	Oui	Non
Droit de demander la clôture de l'information judiciaire	Oui	Oui	Non

- Le statut de mis en examen a été, quant à lui, cantonné à certaines hypothèses spécifiques.

Le placement sous ce statut est ainsi :

- Possible s'il existe contre l'intéressé des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'il ait pu participer à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi et si le juge d'instruction estime ne pas pouvoir recourir, en ce cas, à la procédure de témoin assisté²⁷² ;
- Obligatoire, sauf recours à la procédure de témoin assisté, s'il existe à son encontre des indices graves et concordants rendant vraisemblable sa participation à de telles infractions²⁷³ ;
- Obligatoire pour permettre le placement sous contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou le placement en détention provisoire²⁷⁴.

Ainsi, à la suite des évolutions législatives intervenues ces trente dernières années, et en particulier depuis la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, le statut de mis en examen présente un caractère subsidiaire²⁷⁵ par rapport à celui de témoin assisté.

²⁷² Dernier alinéa de l'article 80-1 du CPP, introduit par la loi du 15 juin 2000

²⁷³ Articles 105 et 153 du CPP

²⁷⁴ Article 137 du CPP

²⁷⁵ Desportes et Lazerges-Cousquer, traité de procédure pénale 2015, n°1788 ; Jean Pradel, Procédure pénale, Cujas 2019 n°863.

▪ Ce caractère subsidiaire du statut de mis en examen a été régulièrement souligné par la doctrine :

- F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer qualifient d' « hybride » le statut de témoin assisté et évoquent²⁷⁶ son « extension constante empiétant de plus en plus nettement sur les domaines de la mise en examen. Il apparaît désormais comme une sorte d'ersatz de celle-ci, favorisée par le législateur car il a l'avantage de mieux ménager la réputation de la personne et donc la présomption d'innocence (...) en définitive, les seuls critères objectifs excluant toute appréciation d'opportunité du juge tiennent, non aux éléments à charge réunis à l'encontre de la personne mise en cause, mais aux mesures devant être prises contre celle-ci ».

- K. Mariat observe : « Que reste-t-il, du point de vue des droits du mis en cause, de la différence entre ces statuts ? En réalité, l'article 80-1, alinéa 3, du code de procédure pénale ne veut sans doute plus dire que ceci : le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime nécessaire que sa liberté soit entravée par un contrôle judiciaire, une assignation à résidence sous surveillance électronique (mobile ou non) ou un placement en détention provisoire. Autrement formulé, le témoin assisté est un mis en examen en puissance qui ne peut faire l'objet de mesures de sûreté ni, naturellement, d'une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation - c'est d'ailleurs ce qui justifie, selon le Conseil constitutionnel, l'édiction de règles différentes pour les deux statuts²⁷⁷ ».

- selon J. Buisson et S. Guinchard : « Dans une première interprétation fondée sur l'exercice de la contrainte que permet la mise en examen on peut comprendre que le juge d'instruction ne doit mettre une personne en examen que dans la mesure où il a besoin des pouvoirs dont ce statut autorise la mise en œuvre » (contrôle judiciaire ou détention provisoire), « dans une seconde interprétation fondée sur l'analyse des conditions de la mise en examen, on considérera que la mise en examen ne doit être décidée qu'après une stricte interprétation des indices recueillis. Elle paraît plus conforme à l'esprit de la loi : donner à une personne le statut correspondant au niveau des indices réunis à son encontre »²⁷⁸.

3.4.2.2. Un recours toujours excessif à la mise en examen

En dépit de l'invitation légale à privilégier le recours à la procédure de témoin assisté, les juges d'instruction utilisent le plus fréquemment la voie de la mise en examen. C'est ainsi qu'en 2021, 8 500 personnes (dont 10 % de mineurs) ont été mises en examen et 1 400 seulement l'ont été sous le statut de témoin assisté.

Cette pratique s'explique en partie par le caractère coercitif des mesures prises. Mais elle est parfois également en lien avec le souci du juge, lorsqu'il a la conviction que la mise en examen est inévitable à terme, de ne pas multiplier les actes de procédure²⁷⁹. Un placement sous le statut de témoin assisté l'oblige en effet à reconvoquer la personne pour lui notifier sa mise en examen ou à lui adresser par LRAR un avis de mise en examen²⁸⁰.

Et parfois aussi par l'apparition d'éléments nouveaux au cours de la procédure justifiant le changement de statut.

Or, la mise en examen n'est juridiquement nécessaire que dans deux situations :

²⁷⁶ Desportes et Lazerges-Cousquer, *ibid.*, p. 1189

²⁷⁷ AJ pénal – Dalloz 2024, page13

²⁷⁸ Jacques Buisson et Serge Guinchard, *Procédure pénale Lexisnexis*, 2024, n°2134

²⁷⁹ L'art. 80-1 alinéa 2 du CPP dispose que le JI « ne peut procéder à cette mise en examen qu'après avoir préalablement entendu les observations de la personne ou l'avoir mise en mesure de les faire, en étant assistée par son avocat, soit dans les conditions prévues par l'article 116 relatif à l'interrogatoire de première comparution, soit en tant que témoin assisté conformément aux dispositions des articles 113-1 à 113-8 ».

²⁸⁰ Dans les conditions prévues par 113-8 du CPP.

- Pour soumettre la personne concernée à l'une ou plusieurs des obligations du contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou pour la placer en détention provisoire ;
- Pour renvoyer la personne devant le tribunal correctionnel ou pour la mettre en accusation.

3.4.3. Limiter la mise en examen au cas où une mesure coercitive est décidée ou préalablement au renvoi devant une juridiction de jugement

- Au regard du caractère stigmatisant de la mise en examen, la mission propose de limiter ce statut aux deux seules hypothèses précédemment mentionnées, à savoir celle où une mesure coercitive est décidée et celle où la personne est renvoyée devant le tribunal correctionnel ou mise en accusation devant la juridiction criminelle.

En dehors de ces deux hypothèses, la personne contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi ne pourrait ainsi être placée que sous le statut de témoin assisté.

- Une telle réforme a déjà été proposée, à plusieurs reprises, ces dernières années.

L'étude précitée du Conseil d'Etat sur la prise en compte du risque dans la décision publique soulignait ainsi qu' « (...) *il paraît souhaitable que le législateur introduise une règle plus ferme et plus claire en posant en principe que, quel que soit le degré de son implication, une personne mise en cause ne peut être entendue que sous le statut de témoin assisté. Il ne serait dérogé à ce principe que dans deux cas : d'une part, lorsque le juge d'instruction envisage de prendre ou de solliciter à l'égard de l'intéressé une mesure coercitive et, d'autre part, en fin d'instruction, lorsqu'il envisage un renvoi devant la juridiction de jugement. Il paraît en effet cohérent que, sauf mesures coercitives, la décision sur la mise en examen n'intervienne qu'en fin d'information, à un stade où le juge d'instruction est le plus complètement informé de la nature et de la gravité des indices de culpabilité*²⁸¹ ».

Le rapport des États généraux de la justice faisait la même analyse : « *cette solution s'inscrirait dans l'esprit du code de procédure pénale, qui manifeste d'ores et déjà une faveur pour le statut de témoin assisté, dont le champ d'application absorbe celui de la mise en examen. ...Une telle mesure serait porteuse de simplification alors que le régime actuel repose sur des distinctions en partie artificielles et sources d'insécurité juridique. Elle permettrait également de réduire les délais d'instruction et de limiter le risque de confusion sur l'implication et la culpabilité de la personne entendue*²⁸² ».

- Une telle évolution législative impliquerait que le témoin assisté bénéficie pour se défendre de l'ensemble des droits dont dispose actuellement le mis en examen, y compris celui (qui ne lui est actuellement pas reconnu) de demander de tout acte d'information.

La loi marquerait ainsi de manière claire que la personne concernée par une information judiciaire fait l'objet d'une enquête menée par un juge d'instruction et que lui sont en

²⁸¹ Conseil d'Etat, « *La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique audacieuse* », p. 103 et suivants

²⁸² États généraux de la justice : « *Rendre justice aux citoyens* », 2022, p. 128

conséquence ouverts les droits de la défense, mais que ce statut ne permet pas les mesures coercitives et le renvoi devant la juridiction de jugement.

Une telle réforme supposerait la modification de diverses dispositions du code de procédure pénale, notamment son article 113-8 qui, en l'état, subordonne la mise en examen du témoin assisté à l'apparition, au cours de la procédure, d'indices graves ou concordants.

Enfin, il pourrait être envisagé la réversibilité du statut de mis en examen en celui de témoin assisté, lorsque les conditions pour une telle mise en examen ne sont plus satisfaites²⁸³.

La mission est consciente du caractère général de sa proposition – qui dépasse le strict cadre de son mandat- mais elle pense utile de présenter cette proposition.

Piste de réflexion n° 4 :

limiter le statut de mis en examen à l'hypothèse dans laquelle une mesure coercitive est décidée et à celle où la personne est renvoyée devant le tribunal correctionnel ou mise en accusation devant la juridiction criminelle

²⁸³ En ce sens : rapport précité du groupe de travail présidé par Mme Élisabeth Guigou, déposé en octobre 2021

4^{ème} partie : Accompagner et protéger plus efficacement les élus et les agents publics face au « risque pénal »

4.1. Mieux prévenir le « risque pénal »

4.1.1. Cartographier les risques

L'élaboration et l'actualisation régulière de la cartographie des risques propres à la collectivité ou à l'administration concernée constituent des instruments utiles en vue de la prévention des mises en cause pénales des fonctionnaires et des élus, préalablement à la mise en place d'actions de sensibilisation et de formation.

Ainsi que la définit l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016²⁸⁴ relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, une telle cartographie est destinée à « *identifier, analyser et hiérarchiser* » les risques de mise en cause pénale.

Son article 3 incite ainsi les administrations, les sociétés d'économie mixte et les associations et fondations reconnues d'utilité publique à mettre en œuvre des mesures en leur sein pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Les agents qui en sont chargés doivent bénéficier du positionnement adéquat, de l'indépendance suffisante, des moyens nécessaires et du soutien hiérarchique indispensable à l'exercice de leurs missions.

L'Agence française anticorruption a publié, le 4 décembre 2020²⁸⁵, des recommandations relatives à leur contenu et à leur modalité de mise en place dans les entreprises et administrations. Elle a également élaboré à cette fin plusieurs guides pratiques et autres documents destinés à aider ces organismes à mieux maîtriser les risques d'atteinte à la probité.

Plusieurs collectivités territoriales ont ainsi élaboré, ces dernières années, des cartographies des risques très abouties. Tel est notamment le cas de la Métropole Européenne de Lille, de la Région Ile de France et de Bordeaux Métropole.

De même, des fondations d'utilité publique, comme l'Institut Pasteur, ont mené des travaux comparables.

Par ses effets pédagogiques et mobilisateurs, cette pratique gagnerait à être généralisée au sein des administrations centrales de l'Etat ainsi que des collectivités territoriales d'une certaine taille qui n'ont pas encore mis en place de tels outils.

Il pourrait même être envisagé d'aller plus loin en posant une obligation légale pour tout ou partie des administrations concernées de mettre en place un tel outil. En l'état, la loi du 9

²⁸⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²⁸⁵ https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/joe_20210112_0010_0061.pdf

décembre 2016 ne pose, en effet, une telle obligation que pour les grandes sociétés et les établissements publics à caractère industriel et commercial. Une extension du champ d'application de cette obligation pourrait ainsi être envisagée.

Proposition n° 18 :

Encourager les administrations centrales et les collectivités territoriales d'une certaine taille qui n'ont pas encore mis en place une cartographie des risques à élaborer un tel document

Piste de réflexion n° 5 :

Poser l'obligation légale pour ces mêmes administrations et collectivités de se doter d'un tel outil

4.1.2. Développer l'offre de formation

- Les décideurs publics, qu'il s'agisse d'élus ou de fonctionnaires, doivent savoir qu'ils sont susceptibles de voir leurs actes ou leurs abstentions saisis par le droit pénal.

Leur administration n'en sera que plus forte et mieux sécurisée s'ils sont suffisamment formés non seulement sur les principes du droit pénal et leur application mais aussi sur les questions à se poser préalablement à leurs décisions. Les Etats généraux de la justice rappelaient²⁸⁶ qu'« *il s'agirait aussi de mieux associer les services juridiques des administrations tant nationales que locales à la prise de décisions pour limiter le risque pénal* ». De même, le « rapport Guigou » sur la présomption d'innocence²⁸⁷ recommandait des formations croisées entre magistrats, fonctionnaires et élus.

- La formation initiale et permanente peut et doit contribuer à cette capacité d'intégrer le droit pénal et les autres formes de responsabilité dans l'étude en amont de la décision future. Non pas comme une paralysie mais comme un éclairage au même titre que les conséquences financières, les délais ou les effets sur les usagers.

Les grandes institutions publiques de formation développent heureusement déjà des modules qui se complètent, d'une part, sur la déontologie des comportements professionnels et, d'autre part, sur le droit pénal au sens du chapitre du code pénal relatif « *aux atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* ».

- Ainsi, l'INSP propose une formation initiale de trois heures sur les questions de déontologie. Celle-ci se déroule avant le départ en stage et comporte une sensibilisation aux situations à risques, à partir de cas concrets. La sensibilité aux questions pénales est abordée. Et l'initiation à la nouvelle responsabilité financière des décideurs est enseignée

- De même, l'ENM s'adapte à l'accélération forte des recrutements ainsi qu'à une population d'élèves qui compte nombre de personnes possédant une expérience d'assistant de justice ou de juriste assistant. Les élèves sont envoyés en stage, y compris dans des administrations

²⁸⁶ Rapport d'avril 2022, § 2.1.3.2. D.

²⁸⁷ Notamment les chapitres 2.1. « *Mieux éduquer ; développer la connaissance sur l'Etat de droit* » et 2.2. « *Renforcer et harmoniser la formation initiale et continue des professions du droit et des journalistes* ».

publiques, en chambre régionale des comptes, à la HATVP, dans les inspections (IGPN et IGGN), ou encore à l'Agence française anticorruption.

L'Ecole s'efforce de faire appel, tant en formation initiale qu'en formation continue, à des profils de formateurs variés et à des conférenciers divers, en mêlant presse judiciaire, associations, avocats et élus. L'essor de la communication des juridictions peut aider à une meilleure perception du sujet de la responsabilité pénale des décideurs par les élus et les fonctionnaires concernés. Cet effort de mise en commun doit être poursuivi.

Le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) propose des formations sur le « risque pénal » en liaison avec le ministère de l'intérieur, l'agence nationale de la cohésion des territoires (ANCT), l'agence française anticorruption ainsi que la HATVP. De nombreuses formations sur ces sujets sont menées dans les instituts du CNFPT, dont l'INET. Déontologie, valeurs de la République et prévention des atteintes à la probité sont particulièrement développées et relayées par les ressources de formation à distance (MOOC).

On peut retenir de ces exemples que la formation à développer pourrait tenir notamment compte de quatre impératifs :

1°) Aborder les situations à partir de cas concrets, en entraînant les futurs décideurs à se poser toutes questions y compris sur les situations à risques et sur des comportements admis ou tolérés depuis longtemps. La mise en commun des expériences de stage est, à cet égard, importante.

2°) Utiliser le réseau des écoles de fonction publique pour promouvoir les échanges et les tronc communs entre métiers publics, y compris entre administrateurs et magistrats, pour que chacun se forme par comparaison et compréhension du rôle des autres. Ces échanges existent et l'ENM contribue à ces rencontres.

3°) Croiser les expériences en droit pénal, en faisant appel à des partenaires extérieurs au monde de l'administration publique, qu'il s'agisse de journalistes, d'avocats, de professeurs ou d'entrepreneurs, pour explorer les différentes facettes de la délinquance en col blanc.

4°) Travailler la coopération entre les élus et les administrateurs tant au plan national qu'au plan local.

Enfin, il serait de bonne politique et d'utilité commune de proposer aux nouveaux élus en responsabilité (maires, présidents de conseils départementaux) un « séjour d'observation » dans un tribunal judiciaire (que ce soit le leur ou celui d'un département proche). La levée des incompréhensions réciproques pourrait y gagner.

Proposition n° 19 :

Développer la formation sur l'utilisation du droit pénal et favoriser les échanges au cours de ces formations entre élus, administrateurs et magistrats mais aussi journalistes ou entrepreneurs.

4.1.3. Encourager les décideurs à solliciter l'avis des organismes spécialisés lorsqu'ils identifient un risque pénal

- Plusieurs organismes ont cherché, ces dernières années, à inciter les décideurs publics ou privés à recueillir leur avis préalablement à la prise de certaines décisions, lorsqu'ils ont identifié un risque de mise en cause pénale.

Tel a été le cas, dans le passé, des organismes suivants :

- L'ancienne « mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public » (MIEM)²⁸⁸, instance administrative et financière de contrôle, qui intervenait à des stades différents des marchés et des délégations de service public, pour en apprécier la légalité ;
- L'ancien « Service central de prévention de la corruption »²⁸⁹, qui prêtait son concours, sur leur demande, aux autorités judiciaires saisies de faits de cette nature et donnait sur leur demande aux autorités administratives des avis sur les mesures susceptibles d'être prises pour les prévenir. Ces avis n'étaient communiqués qu'aux autorités qui les avaient demandés. Ces autorités ne pouvaient les divulguer.

Aujourd'hui, ces missions de conseil sont notamment assurées par :

- L'Agence française anticorruption²⁹⁰, qui peut être consultée par tout décideur, public ou privé, et délivrer des avis techniques écrits aux personnes qui en font la demande (entreprises, fonctionnaires, élus, mais également parquets et juges d'instruction²⁹¹) ;

L'Agence a notamment élaboré, conjointement avec l'Association des maires de France, un « Guide pratique à l'attention des élus du bloc communal », dont l'objet est d'accompagner ces élus dans l'élaboration, la mise en œuvre et le déploiement d'un dispositif de prévention des atteintes à la probité adapté à leur profil et à leurs moyens. Ce guide, dont une nouvelle version a été diffusée en novembre 2024, présente notamment des scénarios de risques et met à leur disposition une série de fiches pratiques (urbanisme, ressources humaines, marchés publics, subventions, gestion des cadeaux et des invitations...), afin de prévenir et de détecter les atteintes à la probité.

- Les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, dans le cadre de leur compétence consultative²⁹² ;
- Les centres de gestion des collectivités territoriales ;
- Les administrations centrales (cf. à cet égard, la plaquette de la DLPAJ du ministère de l'intérieur « les hauts fonctionnaires et le droit pénal »).

Il est à noter que les avis émis par ces organismes à la demande des administrations constituent des documents communicables²⁹³. La consultation de ces différents services, qui ne peut être

²⁸⁸ Le rôle de conseil de la MIEM, supprimée en 2012, est désormais assumé par la DAJ du ministère de l'Économie, par la DGCL, ainsi que par la commission consultative des marchés publics.

²⁸⁹ Créé par l'article 1 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

²⁹⁰ Créée par l'article 1^{er} de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

²⁹¹ Dépêche relative à l'Agence française anticorruption et à ses modalités d'échanges avec les parquets du 10 janvier 2022

²⁹² Article R. 212-1 du code de justice administrative.

²⁹³ CE, Ass., 27 mai 2005, Département de l'Essonne, n° 268564 : « Un document établi par un prestataire extérieur à la demande d'un des organismes mentionnés à l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 dans le cadre

que volontaire, permet au décideur public d'être éclairé sur des questions particulières ou qui se sont parfois déjà posées et d'obtenir un avis technique qu'il est libre de suivre ou pas.

A moins qu'elle ne soit le fait du procureur de la République, du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement elle-même, une réponse ne peut être apportée à une saisine pour avis qu'en l'absence d'engagement de toute poursuite.

Cette consultation, principalement envisagée comme un préalable à la prise de décision, peut également intervenir ex-post, afin de permettre au décideur public, le cas échéant, de revenir sur sa décision dans le respect des règles relatives au retrait d'un acte administratif.

Si les avis rendus le sont toujours sous réserve de l'appréciation qui pourrait être celle du juge pénal, le fait de s'y conformer allège considérablement les risques de poursuite et de condamnation.

- Au vu de l'intérêt d'une telle démarche, il apparaît opportun d'inciter les décideurs publics à solliciter l'avis préalable de tels organismes, et en particulier de l'Agence française anticorruption et, concernant les collectivités locales, des centres de gestion, lorsqu'ils identifient un risque de mise en cause pénale.

De même, il conviendrait de les encourager, s'ils estiment que la décision d'ores et déjà prise les expose à des risques disproportionnés, à consulter ex-post ces institutions, dans la perspective d'un éventuel retrait de la décision. Dans cette hypothèse, et comme il a été dit, l'organisme consulté se devra de faire preuve de discernement avant l'engagement d'éventuels contrôles ou la communication d'un signalement à l'autorité judiciaire.

Proposition n° 20 :

Inciter les décideurs publics à solliciter l'avis préalable, ou à défaut, ex post, en particulier de l'Agence française anticorruption et des centres de gestion de la fonction publique territoriale lorsqu'ils identifient un risque de mise en cause pénale

4.1.4. Mettre en place un « droit de tirage » au bénéfice de certaines administrations pour recourir à des avocats

Aux fins de préserver l'autonomie de l'élu ou de l'administrateur tout en examinant de manière approfondie les conséquences en droit pénal d'une décision à prendre, il pourrait être prévu une « dotation de sécurité juridique » ou un « droit de tirage sur un contrat d'assistance juridique » permettant aux décideurs de consulter un ou des avocats avant décision.

Cette précaution, courante dans le monde de l'entreprise, est rare dans l'administration territoriale et, plus encore, dans l'administration d'Etat.

de l'exercice par cet organisme de ses compétences administratives constitue un document administratif au sens de cette loi. Tel est le cas de consultations délivrées dans le cadre d'une convention d'assistance par un cabinet d'avocat à la demande d'une collectivité territoriale et portant sur l'exercice, par celle-ci, de son activité administrative. »

Le décideur pourrait ainsi soumettre à l'avocat des questions et des solutions sur lesquelles il a des doutes et qu'il peut vouloir explorer en toute confidentialité avant de les abandonner en cas d'impossibilité juridique en général et de risque de mettre en jeu sa responsabilité pénale en particulier.

Il devrait prendre en compte la conciliation entre, d'une part, le devoir de communiquer un document administratif et, d'autre part, le secret professionnel de l'avocat qui couvre les échanges entre l'avocat et son client²⁹⁴.

Proposition n° 21 :

Mettre en place un « droit de tirage » au bénéfice de certaines administrations pour recourir à des avocats

4.1.5. Elargir et rendre plus effective la procédure de demande d'avis à la HATVP sur des questions déontologiques

▪ L'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique impose la remise d'une déclaration de situation patrimoniale et d'une déclaration d'intérêts à divers élus, parmi lesquels les maires d'une commune de plus de 20 000 habitants ou de président élu d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants²⁹⁵.

En application de l'article 20 de la loi, tous les élus et les agents soumis à de telles obligations déclaratives peuvent saisir la HATVP d'une demande d'avis sur les questions d'ordre déontologique qu'ils rencontrent dans l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions. L'avis remis dans le cadre de cette procédure n'est pas rendu public.

Le législateur a ainsi fait le choix d'établir une connexion entre deux procédures administratives dont l'objet est pourtant nettement distinct. Au risque de priver les élus des petites communes de la possibilité d'interroger directement la HATVP sur des questions déontologiques, de nature à les sécuriser juridiquement, alors qu'ils ne disposent souvent que de moyens administratifs limités.

▪ Afin de renforcer leur accompagnement, et prévenir d'éventuels manquements susceptibles de donner lieu à des poursuites pénales, une option consisterait à étendre la liste des élus habilités à saisir la HATVP de telles demandes d'avis, en particulier en cas de doute quant à un possible risque de conflit d'intérêts.

En ce sens, la proposition de loi portant réforme du statut de l'élu local, présentée par M. Sébastien Jumel, Violette Spillebout et d'autres députés, déposée à l'Assemblée nationale le 6 février 2024²⁹⁶, propose d'étendre l'obligation de présentation à la HATVP d'une déclaration d'intérêts aux maires des communes de 3 500 à 20 000 habitants.

²⁹⁴ Cf. sur cette conciliation, la décision Département de l'Essonne citée dans la note précédente.

²⁹⁵ Ou dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros.

²⁹⁶ Cette proposition a été envoyée à la commission des lois – aucun examen n'a encore été prévu à ce jour.

La mission estime qu'une telle modification de la loi, soutenue par la Haute autorité²⁹⁷, serait très opportune. Elle estime toutefois préférable d'engager une réforme plus profonde, qui consisterait à permettre à tout maire et à tout président d'établissement intercommunal de saisir la HATVP d'une telle demande d'avis, sans référence à un seuil d'habitants.

Une telle évolution législative n'impliquerait pas pour autant l'extension des obligations déclaratives à l'ensemble des intéressés. Ainsi qu'il a été dit, il paraît tout à fait envisageable de découpler la liste des élus astreints à de telles obligations et ceux habilités à saisir la Haute autorité d'une demande d'avis.

La charge administrative supplémentaire qui en résulterait pour la HATVP serait par ailleurs, selon toute vraisemblance, limitée, le nombre actuel de telles demandes d'avis étant restreint.

Proposition n° 22 :

Permettre à tout maire et à tout président d'établissement intercommunal, quel que soit le nombre d'habitants de la collectivité, de saisir la HATVP d'une demande d'avis sur les questions d'ordre déontologique qu'il rencontre dans l'exercice de son mandat ou de ses fonctions

4.1.6. Diversifier et généraliser le dispositif des référents déontologues

4.1.6.1. Renforcer le dispositif applicable aux fonctionnaires

a) L'organisation actuelle du dispositif

Le dispositif des référents déontologues est issu de l'une des propositions du rapport remis en 2011 par la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Celui-ci soulignait l'intérêt que pouvaient représenter pour les acteurs publics de tels « *tiers référents de proximité* », également qualifiés de « *confidants déontologiques* ».

Il était ainsi recommandé qu'ils interviennent en tant qu'« *échelon de droit commun* » d'aide à la décision, de conseil et de prévention en matière de déontologie et de conflits d'intérêts, afin de donner « *un conseil effectif, dans des délais très brefs, au terme d'un échange singulier et confidentiel* ».

Mettant en œuvre ces préconisations, la loi du 20 avril 2016²⁹⁸ reconnaît le droit à tout fonctionnaire de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques²⁹⁹. Elle précise que cette fonction s'exerce « *sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service* ».

Le décret du 10 avril 2017³⁰⁰, qui met en œuvre ces dispositions, prévoit que le référent est désigné par le chef de service « *à un niveau permettant l'exercice effectif de ses missions* », soit

²⁹⁷ Entretien de la mission avec Didier MIGAUD, Président de la HATVP, le 06/05/2024

²⁹⁸ Loi n° 2016-483 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

²⁹⁹ Article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983, devenu article L. 124-2 du CGFP

³⁰⁰ Article 2 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017

au sein de la structure soit à l'extérieur de celle-ci³⁰¹. Le texte précise, en outre, que lorsque des faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts lui ont été signalés, le référent apporte aux personnes intéressées tous conseils de nature à faire cesser ce conflit.

Un décret du 31 janvier 2020³⁰² a modifié ce dispositif, en faisant également du référent déontologue le conseil de l'autorité hiérarchique. Celle-ci doit le consulter³⁰³ :

- dans le cadre du contrôle préalable à la nomination, en cas de « *doute sérieux sur la compatibilité des activités exercées au cours des trois dernières années avec les fonctions envisagées* » ;
- en cas de demande d'autorisation d'exercice d'une activité privée, en cas de « *doute sérieux sur la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois dernières années* ».

b) L'intérêt d'un tandem de référents

Le choix d'un référent au sein de l'administration concernée permet d'assurer une bonne connaissance des éléments de contexte propre à l'administration concernée ainsi qu'une proximité suffisante avec les agents. Comme l'a ainsi relevé la HATVP³⁰⁴, ce choix garantit, en outre, une plus grande confidentialité et permet de nouer des échanges plus informels qu'ils ne le seraient avec un référent extérieur à la collectivité.

Cependant, le dispositif a pu être critiqué en ce que le référent n'est pas extérieur à la collectivité et qu'il peut parfois également intervenir comme conseil de l'autorité administrative, dans les hypothèses prévues par la loi du 11 octobre 2013. Si la doctrine apparaît divisée à ce sujet³⁰⁵, certains universitaires ont souligné les limites d'une telle approche.

En faveur du dispositif actuel : E. Aubin³⁰⁶ : « *[La] réforme va dans le bon sens en mettant fin à la séparation étanche qui existait jusqu'alors entre les autorités hiérarchiques et les référents déontologues dans la fonction publique territoriale* ».

En sa défaveur : J. Ferstenbert³⁰⁷ : « *Sans doute pour ne pas surcharger la HATVP mais aussi par facilité, la loi du 6 août 2019 fait du référent déontologue le consultant de l'autorité hiérarchique, en ce qui concerne les départs d'agents vers le secteur privé et les recrutements issus de ce secteur. Il n'est pas sûr du tout que, à l'usage, cette nouvelle fonction d'interlocuteur de l'autorité territoriale soit compatible avec celle de conseil des agents et ne constitue pas un obstacle aux relations de confiance entre le référent et ces derniers, sans lesquelles l'affirmation de leur nouveau droit de consultation resterait théorique* ».

Les critiques quant à l'absence d'un référent externe trouvent également un écho parmi certains cadres territoriaux³⁰⁸.

³⁰¹ Dans les collectivités territoriales et établissements publics affiliés à titre obligatoire ou volontaire à un centre de gestion, il est désigné par le président du centre de gestion (article 4).

³⁰² Décret n° 2020-69 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique

³⁰³ A l'exception des emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts, pour lesquels la HATVP doit directement être saisie.

³⁰⁴ *Guide déontologique de la HATVP, Manuel à l'usage des responsables publics et des référents déontologue*

³⁰⁵ Encyclopédie des collectivités locales - Fonction publique territoriale : notion et enjeux — février 2021 : « *[La] réforme va dans le bon sens en mettant fin à la séparation étanche qui existait jusqu'alors entre les autorités hiérarchiques et les référents déontologues dans la fonction publique territoriale* ».

³⁰⁶ Encyclopédie des collectivités locales - Fonction publique territoriale : notion et enjeux — février 2021

³⁰⁷ « *Le référent déontologue dans la fonction publique territoriale* », AJDA 2020.783

³⁰⁸ Entretiens réalisés par la mission lors du déplacement à la conférence nationale du syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales, à Poitiers, le 14 juin 2024

Afin de concilier ces différentes séries de considérations, la mission recommande une option « mixte », qui consisterait à désigner, à défaut d'un collègue, un tandem de référents. Un référent extérieur à la collectivité serait ainsi désigné, en plus de celui désigné en son sein. Les agents auraient ainsi le choix de s'adresser à l'un ou à l'autre, en fonction de ce qui leur semble le plus opportun dans leur situation.

Proposition n° 23 :

Modifier le décret du 10 avril 2017 aux fins de prévoir la désignation d'un référent extérieur à l'administration concernée, en plus de celui désigné en son sein.

4.1.6.2. Généraliser et adapter le nouveau dispositif des référents applicable aux élus locaux

- a) Un dispositif récemment étendu aux élus locaux, selon des modalités particulières

La loi « 3 DS » du 21 février 2022³⁰⁹ a étendu aux élus locaux la possibilité de consulter un tel référent, en ce qui concerne la mise en œuvre des principes déontologiques consacrés dans la Charte de l'élu local. Celui-ci est désigné par l'organe délibérant de la collectivité.

Le décret³¹⁰ du 6 décembre 2022 portant application de ces dispositions prévoit notamment que ces fonctions sont « *exercées en toute indépendance et impartialité par des personnes choisies en raison de leur expérience et de leurs compétences* », par une ou plusieurs personnes (ou un collègue) n'exerçant au sein des collectivités auprès desquelles elles sont désignées aucun mandat d'élu local, n'en exerçant plus depuis au moins trois ans, n'étant pas agent de ces collectivités et ne se trouvant pas en situation de conflit d'intérêts avec celles-ci^{311 312}.

L'approche retenue n'est donc pas exactement la même pour les fonctionnaires et pour les élus locaux :

- Pour les premiers, la désignation du référent déontologue repose sur une légitimité hiérarchique. Il est privilégié le recours à une personnalité ayant un positionnement administratif suffisamment élevé et une proximité suffisante avec l'administration concernée ;
- Pour les seconds, en revanche, la désignation repose sur la légitimité politique que confère la délibération de l'organe délibérant et le décret souligne l'exigence d'indépendance à l'égard de la collectivité³¹³.

- b) Des élus qui doivent tous avoir accès à un référent

Il ressort des éléments communiqués à la mission qu'à ce jour, nombre de collectivités n'ont pas encore procédé à ce choix. Cette situation est d'autant plus regrettable que dans bien des

³⁰⁹ Article 218, codifié à l'article L. 1111-1-1 du CGCT

³¹⁰ n° 2022-1520

³¹¹ Article R. 1111-1-A

³¹² Un recours contre ce décret a été rejeté par une décision du Conseil d'Etat du 23 octobre 2024 (n°474661) parce qu'il ne contredisait en rien l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

³¹³ Pour des présentations, non exemptes de critiques, du dispositif, notamment :

- Marc Guerrini, « *Quelle réalité du rôle du référent déontologue ?* », RFDA 2024, p.531
- Pr Didier Jean-Pierre, « *Un super-héros sans super-pouvoir* », JCP Adm., n° 24, 24 juin 2017, p. 32

cas, la méconnaissance par les élus de certaines de leurs obligations déontologiques, notamment en matière de conflits d'intérêts, résulte de leur manque d'information sur l'étendue de ces exigences. Elle ne révèle pas une méconnaissance délibérée de leurs obligations (cf. *supra*).

Afin de remédier à cette situation, il pourrait être demandé aux préfets de relayer auprès des élus concernés l'obligation juridique qui leur incombe de procéder à la désignation d'un référent déontologue en portant à leur attention l'intérêt qu'ils y trouveraient en termes de sécurité juridique.

Proposition n° 24 :

Demander aux préfets de rappeler aux élus concernés l'obligation juridique qui leur incombe de choisir un référent déontologue auquel ils s'adresseront, en portant à leur attention l'intérêt qu'ils y trouveraient en termes de sécurité juridique

- c) Permettre la désignation de plein droit de centres de gestion comme référents des élus

Dans son rapport d'activité de 2023³¹⁴, la HATVP déplorait qu'à ce jour, la fonction de référent déontologue des élus locaux ne soit pas exercée de plein droit par les centres de gestion. Cette compétence des centres n'est, en effet, prévue que pour les agents publics³¹⁵.

Or, comme elle le relevait, la possibilité de leur confier une telle mission apparaît opportune pour les collectivités de petite taille, compte tenu de l'expertise de ces établissements en matière de déontologie. Une modification de la loi sur ce point précis permettrait de « *sécuriser juridiquement l'exercice des fonctions de référent déontologue de l'élu local et de soulager les collectivités de la nécessité de désigner chacune, nommément, leur référent* ».

Une modification en ce sens pourrait être introduite dans le code général des collectivités territoriales.

Proposition n° 25 :

Modifier le code général des collectivités territoriales afin de permettre aux centres de gestion d'exercer de plein droit les fonctions de référent déontologue des élus locaux

- d) L'inopportunité d'une réforme de plus grande ampleur

Enfin, il a pu être proposé une réforme de plus grande ampleur, qui consisterait à remplacer le système actuel de désignation des déontologues des élus locaux en créant un déontologue national, ayant dans chaque département un correspondant départemental³¹⁶.

³¹⁴ https://www.hatvp.fr/rapports_activite/rapport_2023/pdf/Partie1.pdf

³¹⁵ Article L. 452-34 du CGFP

³¹⁶ V. en ce sens, question de M. Jean Louis Masson (Moselle - NI) publiée le 2 mars 2023

(...) compte tenu du mode de scrutin dans les grandes communes, dans les départements et dans les régions, l'exécutif y détient presque toujours une très large majorité lui permettant de faire ce qu'il veut. De ce fait, il arrive que la personne choisie comme déontologue ne présente pas les garanties d'indépendance nécessaires et rende des avis à géométrie variable selon que l'élu concerné fait partie de la majorité ou de l'opposition. En outre certains déontologues sont plus nommés en fonction de leur proximité avec l'exécutif qu'en fonction de leur

Une telle évolution serait très contestable, eu égard notamment au principe de libre administration des collectivités locales. Plutôt que d'introduire une telle organisation administrative complexe (sans certitude aucune quant au nombre de saisines dont elle ferait effectivement l'objet chaque année), ne vaut-il pas mieux élargir, comme la mission le propose par ailleurs, les possibilités de saisine pour avis de la HATVP à l'ensemble des maires et présidents d'établissements intercommunaux ?

4.2. Renforcer l'accompagnement des élus et agents publics mis en cause

4.2.1. Renforcer la protection fonctionnelle

4.2.1.1. Des conditions d'octroi étroitement encadrées par la loi

▪ Il résulte d'un principe général du droit dégagé par le Conseil d'Etat que lorsqu'un agent public est mis en cause à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont dépend cet agent de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable, de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle, et, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose, de le protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet^{317, 318}.

Ce principe s'applique à l'ensemble des agents, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions³¹⁹, ainsi qu'aux exécutifs des collectivités territoriales³²⁰.

Il a été réaffirmé par la loi du 13 juillet 1983 dans le statut général des fonctionnaires³²¹ ainsi que par le code général des collectivités territoriales, en ce qui concerne les exécutifs locaux³²². C'est une loi du 16 décembre 1996, faisant suite au rapport « Fournier » sur la responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles³²³, qui, la première, a étendu la protection aux poursuites pénales portant sur des faits non détachables du service.

Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées :

compétence juridique. Il lui demande donc s'il ne serait pas préférable de remplacer le système actuel de désignation des déontologues en créant un déontologue national, ayant dans chaque département un correspondant départemental. Ce serait une organisation inspirée de celle du défenseur des droits, à la différence que le déontologue national aurait infiniment moins de dossiers à gérer et que l'instruction de ceux-ci serait considérablement plus simple. Ainsi, il y aurait une triple garantie à la fois de neutralité, d'indépendance et de compétence des personnes assumant les fonctions de déontologue. Si on prend en compte les rémunérations parfois très élevées versées actuellement par beaucoup de grandes collectivités à leur déontologue, une telle organisation permettrait aussi de réaliser des économies.

³¹⁷ CE Sect., 8 juin 2011, Farré, n° 312700 – l'obligation de couvrir les agents contre des condamnations civiles avait déjà été dégagée par la jurisprudence antérieure (V. CE, 26 avril 1963, CH de Besançon, p. 243).

³¹⁸ C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, *ibid.* p. 546

³¹⁹ Décision Farré précitée, s'agissant du président élu d'un établissement public administratif (en l'espèce, une chambre de commerce et d'industrie), auquel aucune loi consacrant le droit à la protection fonctionnelle n'était applicable.

³²⁰ CE, 5 mai 1971, Gilet, n° 79494

³²¹ Article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

³²² Loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996

³²³ Étude du Conseil d'Etat du 9 mai 1996 citée *supra*

- En ce qui concerne les fonctionnaires, à l'article L. 134-4 du code général de la fonction publique : « *lorsque l'agent public fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection* »³²⁴ ;
- En ce qui concerne les militaires, à l'article L. 4123-10 du code de la défense ;
- En ce qui concerne les magistrats judiciaires à l'article 11 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;
- En ce qui concerne les présidents des exécutifs territoriaux ainsi que les conseillers les suppléant ou ayant reçu une délégation, aux articles L. 2123-34³²⁵, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT.
- La protection peut prendre diverses formes, qui doivent être adaptées aux situations individuelles³²⁶ : assistance juridique directe par l'administration, droit de réponse, soutien psychologique, prise en charge des frais d'avocat (...). Par ailleurs, comme il a été dit, la collectivité supporte alors les condamnations civiles prononcées à l'encontre de l'agent ou de l'élu.

4.2.1.2. *Ne pas remettre en cause le caractère inconditionnel de la protection fonctionnelle*

- Si la protection fonctionnelle peut être abrogée³²⁷ au cas où la faute poursuivie apparaîtrait détachable en cours de procédure, elle ne peut être remise en cause de façon rétroactive que conformément au régime de retrait des actes administratifs créateurs de droit, et donc seulement si la décision qui l'accorde est illégale et si le retrait intervient dans les quatre mois suivant son édicition³²⁸.

La protection fonctionnelle est, par ailleurs, inconditionnelle, son octroi ne pouvant faire l'objet d'aucune condition suspensive ou résolutoire³²⁹.

³²⁴ La protection fonctionnelle en cas de poursuites pénale visant des agents ou décideurs publics non couverts par le CGFP est par ailleurs déclinée dans d'autres codes qui leur sont propres : articles L.4123-10 du code de la défense, L.2123-34, L.3123-28 et L.4135-28 du CGCT et L.113-1 du code de la sécurité intérieure.

³²⁵ Cet article ajoute que la commune est tenue de souscrire, dans un contrat d'assurance, une garantie visant à couvrir le conseil juridique, l'assistance psychologique et les coûts qui résultent de l'obligation de protection à l'égard du maire et des élus précédemment mentionnés. Ce coût est compensé par l'Etat dans les communes de moins de 10 000 habitants. Ces dispositions ne se retrouvent pas pour les exécutifs départementaux et régionaux.

³²⁵ Tout en relevant qu'il « *serait loisible au législateur d'étendre la protection fonctionnelle à d'autres conseillers régionaux* ».

³²⁶ Cf. CE, 28 décembre 2009, Borrel, n° 317080 : « *il appartient dans chaque cas [à l'administration] d'apprécier, sous le contrôle du juge et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, les modalités appropriées à [la protection fonctionnelle]* ».

³²⁷ CE Section, 14 mars 2008, Portalis, n° 283943

³²⁸ Article L. 242-3 du CRPA

³²⁹ Aux termes de la loi n° 2024-247 du 21 mars 2024 renforçant la sécurité et la protection des maires et des élus locaux, la protection fonctionnelle, désormais automatique pour les élus victimes de violences, de menaces ou d'outrages, peut être « *retirée ou abrogée* » par l'assemblée délibérante. Cette référence au retrait de la protection, qui entraîne le cas échéant remboursement par l'élu des sommes qu'il aurait déjà perçues au titre de la protection, constitue une entorse législative au caractère créateur de droit de l'octroi de la protection fonctionnelle. Cette entorse ne concerne cependant que la situation des élus victimes d'infractions, et non les élus poursuivis comme auteurs, qui font l'objet du présent rapport.

- Certains interlocuteurs de la mission ont interrogé ce principe d'inconditionnalité, en suggérant de permettre à l'administration ayant accordé la protection d'exiger le remboursement des sommes exposées, singulièrement les honoraires d'avocat, si le juge pénal estime, au terme de la procédure, que la faute était, contrairement à l'appréciation qu'en avait faite l'administration, détachable de l'exercice des fonctions.

- La mission n'est pas favorable à cette remise en cause du caractère inconditionnel et créateur de droit de la protection fonctionnelle.

La faculté, pour l'administration, de réclamer, au terme de la procédure pénale, le remboursement des dépenses exposées par elle au titre de la protection fonctionnelle risquerait d'abord de la conduire, par confort, à l'accorder systématiquement, ou du moins très largement, en négligeant l'obligation qui est la sienne d'apprécier le caractère détachable ou non de la faute commise par l'agent. Cette déresponsabilisation de l'administration pourrait par là-même conduire à une dérive budgétaire des crédits de contentieux.

Surtout, l'abandon du caractère inconditionnel de l'octroi de la protection fonctionnelle serait un facteur d'insécurité des agents, à tout moment exposés à un risque de remboursement, en fonction de l'appréciation du caractère détachable de la faute par le juge pénal.

Une remise en cause du caractère inconditionnel de la protection fonctionnelle, qui constituerait un changement de paradigme, serait ainsi contreproductive.

4.2.1.3. Harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux fonctionnaires et aux élus et consacrer son bénéfice en cas d'audition libre

a) Un champ d'application qui diffère aujourd'hui selon les agents et les élus

- Le champ de la protection fonctionnelle en cas de mise en cause pénale n'est pas exactement le même dans tous les cas

1°) Dans le cas des fonctionnaires et des militaires, elle s'applique, en vertu des articles L. 134-4 du CGFP et L. 4123-10 du code de la défense précités :

- non seulement à ceux d'entre eux qui font l'objet de « poursuites pénales », c'est-à-dire lorsque l'action publique a été mise en mouvement à leur encontre dans les conditions prévues à l'article 1^{er} du code de procédure pénale³³⁰ ;
- mais également à ceux qui ont été placés sous le statut de témoin assisté ou en garde à vue.

2°) Dans le cas des agents des forces de sécurité intérieure, elle s'étend, outre ces hypothèses, à ceux qui font l'objet d'une audition libre³³¹.

3°) En ce qui concerne les magistrats judiciaires, l'ordonnance à caractère organique du 22 décembre 1958 qui définit leur statut³³² se borne à prévoir qu'ils « *sont protégés contre les*

³³⁰ « L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. / Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ».

³³¹ Article L. 113-1 du code de la sécurité intérieure

³³² Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature

menaces, les agissements constitutifs de harcèlement et les attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions ».

Faisant application du principe général du droit au bénéfice de la protection fonctionnelle, qui s'applique à tous les agents publics, le Conseil d'Etat a jugé qu'il incombait à la collectivité publique dont dépend l'agent de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle³³³.

4°) En revanche, dans le cas des responsables des exécutifs territoriaux, cette protection ne porte que sur les élus faisant l'objet de poursuites pénales. L'octroi de la protection en cas de placement sous le statut de témoin assisté ou de garde à vue n'est pas mentionné par les textes. Il n'en va différemment que lorsqu'ils agissent en tant qu'agents de l'Etat.

5°) Enfin, les autres élus locaux (conseillers n'étant ni suppléants ni titulaires d'une délégation) ne disposent d'aucun droit à la protection fonctionnelle.

▪ Le Conseil d'Etat³³⁴ puis le Conseil constitutionnel³³⁵ ont confirmé l'existence de ces différences de traitement entre les agents publics, les exécutifs territoriaux et les autres élus locaux, à l'occasion de l'examen de deux questions prioritaires de constitutionnalité, qui ont finalement été rejetées par le juge constitutionnel, en raison des différences de situation en lien avec la nature des missions respectives des intéressés et avec les conditions d'exercice de leurs fonctions.

b) Consacrer le droit des fonctionnaires au bénéfice de la protection fonctionnelle en cas d'audition libre

Comme il a été dit, l'octroi de la protection fonctionnelle en cas de convocation en audition libre n'a pas été autorisé par le législateur en ce qui concerne les fonctionnaires et les militaires, à l'exception des dispositions spécifiques applicables aux agents des forces de sécurité intérieure.

Dans une décision³³⁶ du 4 juillet dernier, se fondant sur les travaux préparatoires de la loi du 20 avril 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré cette exclusion non conforme à la Constitution en ce qui concerne les fonctionnaires. En effet, l'audition libre permet l'assistance d'un avocat en cas de crime ou délit punissable d'une peine d'emprisonnement, à l'instar de la garde à vue ou du placement comme témoin assisté, alors même que « *le législateur a entendu accorder le bénéfice de la protection fonctionnelle aux agents publics mis en cause pénalement, y compris lorsqu'ils ne font pas l'objet de poursuites pénales, dans tous les cas où leur est reconnu le droit à l'assistance d'un avocat* ».

La mission ne peut donc que rappeler que l'article L. 134-4 du CGFP doit être modifié en ce sens, le Conseil constitutionnel ayant fixé au 1^{er} juillet 2025 la date limite pour procéder à cette correction, sans préjudice de l'obligation pour les collectivités publiques d'accorder d'ores et déjà la protection fonctionnelle à l'agent public entendu sous le régime de l'audition libre à raison d'un fait non détachable de l'exercice des fonctions.

³³³ CE, 11 février 2015, Ministre de la justice c. Craighero, n° 372359

³³⁴ CE, 315 juillet 2024, Commune d'Istres, n° 490227 : CE, 15 juillet 2024, M. Damerval, n° 469682

³³⁵ Décisions n°s 2024-1106 et 2024-1107 QPC du 11 octobre 2024

³³⁶ n° 2024-1098 QPC

Proposition n° 26 :

Consacrer dans la loi le bénéfice de la protection fonctionnelle en cas d'audition libre

La modification se traduirait par l'ajout suivant :

« L'agent public [/ le militaire / l' élu] entendu en audition libre ou en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficie de cette protection ».

- c) Harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux agents publics

Comme il a été dit, les présidents des exécutifs territoriaux, ainsi que les élus les suppléant ou ayant reçu délégation, ne bénéficient pas de la protection fonctionnelle en cas de placement sous le statut de témoin assisté ou en garde à vue.

Dans sa décision n° 2024-1107 QPC du 11 octobre 2024 précitée, le Conseil constitutionnel a certes jugé que le principe constitutionnel d'égalité n'imposait pas que les mêmes règles s'appliquent aux agents publics et aux élus, mais il a néanmoins souligné qu'il « *serait loisible au législateur d'étendre la protection fonctionnelle bénéficiant aux élus [municipaux] à d'autres actes de la procédure pénale* ».

Ainsi, même en l'absence d'obligation constitutionnelle, il apparaît justifié que les exécutifs territoriaux, qui sont, comme il a été dit, particulièrement exposés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, ne soient pas soumis, en ce qui concerne l'octroi de la protection fonctionnelle, à un régime moins favorable que celui qui s'applique aux fonctionnaires et aux militaires.

Proposition n° 27 :

Modifier les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT afin d'harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux agents publics.

Ces dispositions devraient être complétées par un alinéa, calqué sur l'article L. 134-4 du CGFP, ainsi rédigé :

« La [commune] est tenue d'accorder sa protection au maire, à l' élu [municipal] le suppléant ou ayant reçu une délégation ou à l'un de ces élus ayant cessé ses fonctions lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions.

Les élus mentionnés à l'alinéa précédent entendus en audition libre ou en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficient de cette protection. La collectivité publique est également tenue de protéger ceux d'entre eux qui, à raison de tels faits, sont placés en garde à vue ou se voient proposer une mesure de composition pénale ».

- d) Harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux autres élus locaux

Enfin, dans la même logique, il pourrait également être envisagé d'étendre le bénéfice de la protection aux autres conseillers municipaux, départementaux ou régionaux.

Là encore, si le Conseil constitutionnel a jugé que cette différence de traitement ne méconnaissait pas le principe constitutionnel d'égalité, il n'en a pas moins relevé qu'il était loisible au législateur de procéder à une telle extension du champ de la protection fonctionnelle.

Il est vrai qu'en l'état actuel du droit, les conseillers municipaux, départementaux et régionaux qui n'exercent pas les fonctions de suppléant et qui ne sont pas titulaires de délégations s'exposent peu au risque de mise en cause pénale à raison de faits non détachables de leurs fonctions.

Toutefois, de telles mises en cause demeurent possibles. Surtout, une telle harmonisation juridique apparaîtrait tout particulièrement justifiée si le choix était fait, comme il est proposé *infra*, d'étendre la qualification de fautes non détachables du service à certains faits donnant lieu à des poursuites pour des délits de prise illégale d'intérêts ou de favoritisme, en permettant ainsi, au cas par cas, de leur étendre le bénéfice de la protection fonctionnelle.

En effet, les membres de l'organe délibérant de la collectivité sont également susceptibles d'être poursuivis à raison de telles infractions, notamment en l'absence de déport lors de la délibération (cf. *supra*).

Proposition n° 28 :

Modifier les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT afin d'étendre le bénéfice de la protection fonctionnelle à l'ensemble des élus locaux

Leur 2^{ème} alinéa serait ainsi rédigé :

*« La [commune] est tenue d'accorder sa protection **aux membres du conseil [municipal] au maire, à l'élu [municipal] le suppléant ou ayant reçu une délégation ou à l'un de ces élus ayant cessé ses fonctions** lorsque **ceux-ci font** l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de **leurs** fonctions.*

4.2.1.5. Permettre, dans certaines hypothèses, l'octroi de la protection fonctionnelle avant l'engagement des poursuites pénales

▪ En cas de faute non détachable du service, la protection n'est due que lorsque l'agent ou l'élu fait l'objet de poursuites pénales.

En vertu de l'article 1^{er} du code de procédure pénale, cela implique que l'agent ou l'élu soit visé personnellement par une plainte avec constitution de partie civile, qu'il se soit vu délivrer une citation directe, ou qu'il fasse l'objet de réquisitions du Parquet. Ce n'est donc pas le cas lorsque l'agent est entendu comme simple témoin.

▪ Or, dans certains cas, le contexte de la convocation rend probable l'engagement ultérieur de poursuites pénales pouvant viser l'agent ou l'élu.

Il en est ainsi notamment lorsque, à la suite de certains faits, le parquet a ouvert une information judiciaire ou encore lorsque des personnes ont annoncé qu'elles portaient plainte ou se constituaient partie civile.

L'octroi dès ce stade de la protection, et en particulier le concours d'un avocat pour préparer l'audition comme témoin, pourrait sécuriser les intéressés, sur le plan de la procédure pénale mais aussi sur le plan psychologique – une telle audition pouvant être anxiogène.

D'après les informations communiquées à la mission, certaines administrations accorderaient d'ailleurs parfois la protection dans ce cas de figure, au risque de s'exposer elles-mêmes à des poursuites devant les juridictions pénales et financières (cf. *infra*).

Nombre d'administrations mettent à disposition de leurs fonctionnaires, avant même audition, un accompagnement de nature à les préparer aux questions qui leur seront posées. Ainsi du « *Guide des conduites à tenir pour prévenir les risques de mise en cause pénale* » utilement proposé par le ministère de la transition écologique : « *il n'est pas rare qu'une forte pression psychologique soit exercée sur l'agent qui doit s'y préparer. Cela renforce la nécessité de rechercher les conseils et les éclairages juridiques nécessaires dans la préparation de l'audition* ».

▪ Il pourrait ainsi être envisageable de permettre, sous certaines conditions, l'extension de la protection à certains agents ou élus entendus comme témoins.

La convocation en qualité de témoin ne justifie cependant pas, en principe, le bénéfice de la protection fonctionnelle. Tel ne serait le cas que s'il existait, en l'état des éléments dont l'autorité administrative a connaissance, une forte probabilité de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute détachable.

On pense, par exemple, aux convocations comme témoins d'agents publics à la suite d'un accident lorsque l'administration est mise en cause par les victimes en raison des conditions de sa survenue.

La mission observe toutefois que, pour opportune qu'elle puisse être, cette évolution législative importante pourrait soulever des difficultés d'harmonisation des pratiques entre les administrations et les collectivités – l'appréciation portée sur la probabilité d'engagement de poursuites pénales ultérieures pouvant être difficile à objectiver.

Proposition n° 29 :

Modifier les articles L. 134-4 du CGFP, L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT et L. 4123-10 code de la défense afin de permettre à l'agent ou à l'élu convoqué comme témoin d'obtenir, dès ce stade, la protection fonctionnelle, lorsque l'engagement ultérieur de poursuites pénales apparaît fortement probable en l'état des informations disponibles.

Ces dispositions pourraient être complétées par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque l'agent public [/l'élu / le militaire] est convoqué comme témoin à raison de faits qui ne sont pas détachables de l'exercice de ses fonctions, la protection mentionnée au premier alinéa peut lui être également accordée, à titre exceptionnel, lorsque l'engagement de poursuites pénales à son encontre apparaît fortement vraisemblable en l'état des éléments d'information dont dispose la collectivité publique ».

4.2.1.6. Autoriser, dans certaines circonstances, l'octroi de la protection fonctionnelle pour certaines infractions qualifiées de manquements à la probité

▪ Ainsi qu'il a été dit, la protection fonctionnelle ne peut être accordée que lorsque l'agent public ou l'élu est poursuivi à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute détachable du service.

Or, en l'état de sa jurisprudence, la Cour de cassation retient que les infractions de favoritisme sont, par leur nature-même, détachables des mandats et fonctions publics exercés par leurs auteurs³³⁷. Il en est de même du délit de prise illégale d'intérêts³³⁸. Les personnes poursuivies pour de tels faits ne peuvent donc jamais bénéficier de la protection fonctionnelle, quelles que soient les circonstances de leur commission.

En cas de non-respect de cette exigence, elles s'exposent, comme le juge la décision de 2023 précitée, à une condamnation pour détournement de fonds publics. Elles peuvent, en outre, voir leur responsabilité financière engagée devant la Cour des comptes (cf. *infra*).

▪ Une telle exclusion de principe de la protection fonctionnelle à raison de telles infractions peut poser problème, lorsque la personne poursuivie n'a pas délibérément méconnu la législation de la commande publique ou du conflit d'intérêts.

Or, la jurisprudence du Conseil d'Etat conduit à apprécier pour chaque infraction si les circonstances de l'espèce permettent de retenir cette qualification.

Ainsi, une décision Commune de Roquebrune-sur-Argens du 30 décembre 2015³³⁹ juge que :
- « *présentent le caractère d'une faute personnelle détachable des fonctions de maire des faits qui révèlent des préoccupations d'ordre privé, qui procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques ou qui, eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis, revêtent une particulière gravité* » ;
- « *En revanche ni la qualification retenue par le juge pénal ni le caractère intentionnel des faits retenus contre l'intéressé ne suffisent par eux-mêmes à regarder une faute comme étant détachable des fonctions, et justifiant dès lors que le bénéfice du droit à la protection fonctionnelle soit refusé au maire qui en fait la demande* ».

Cette solution, rendue pour l'application de l'article L. 2123-34 du CGCT, paraît transposable aux dispositions analogues du code général de la fonction publique applicables aux agents publics.

Elle est également en cohérence avec la jurisprudence du Tribunal des conflits, qui retient, depuis l'arrêt Thépaz du 14 janvier 1935³⁴⁰, que la circonstance qu'un agent ait été condamné par les juridictions répressives n'implique pas nécessairement la qualification de faute personnelle³⁴¹.

³³⁷ Cass. crim., 22 février 2012, n° 11-81.476

³³⁸ Cass. crim., 8 mars 2023, n° 22-82.229

³³⁹ CE, 3/8 SSR, 30 décembre 2015, n° 391800, B

³⁴⁰ Rec., p. 224

³⁴¹ C'est ainsi au vu de l'ensemble des pièces dont elle dispose à la date de la décision que l'autorité compétente doit se déterminer, les pièces de la procédure pénale en cours n'étant qu'un élément parmi d'autres (CE, 12 février 2003, Chevalier, n° 238969).

Il sera encore observé qu'en ce qui concerne les députés, le champ de la protection fonctionnelle inclut potentiellement de telles infractions. Ainsi, un arrêté du 6 octobre 2022, ensuite précisé par un arrêté du 3 juin 2024, l'a étendue à l'ensemble des faits présentant un lien avec l'exercice du mandat parlementaire. La protection fonctionnelle est ainsi accordée pour l'ensemble des faits présentant un lien avec l'exercice du mandat, sauf si un motif d'intérêt général³⁴² s'y oppose ou si le député a commis une faute personnelle détachable de son mandat. Le Collège des Questeurs doit donc apprécier si ces critères sont satisfaits lors de l'examen des demandes de protection fonctionnelle³⁴³.

▪ La mission exclut certes toute éventualité d'un octroi systématique de la protection fonctionnelle en cas de poursuite pour des infractions de prise illégale d'intérêts ou de favoritisme, en particulier lorsque les faits laissent apparaître l'intention de leur auteur de tirer un intérêt personnel du manquement commis.

En revanche, il lui paraîtrait opportun d'assimiler, dans certains cas, ces infractions à des fautes non détachables du service ouvrant droit au bénéfice de la protection fonctionnelle.

En particulier, il paraît difficilement concevable qu'une délibération qui octroierait le bénéfice de la protection fonctionnelle soit jugée légale par le juge administratif alors que ses auteurs ou son bénéficiaire seraient condamnés par le juge pénal pour détournement de fonds publics³⁴⁴.

Une telle évolution législative impliquerait :

- Soit d'introduire une mention générale selon laquelle la notion de faute détachable doit s'apprécier quelle que soit la qualification pénale. Ce serait la formulation la plus simple mais elle ne permettrait pas de définir la notion de faute non détachable, ouvrant droit au bénéfice de la protection. Il ne pourrait donc être exclu que le juge pénal continue d'écarter systématiquement cette qualification lorsque sont en cause des faits de prise illégale d'intérêts ou de favoritisme ;
- Soit de reprendre dans ces articles la définition que donne le Conseil d'Etat de la faute non détachable du service, ce qui permettrait de préciser davantage les contours de la faute non détachable.

Proposition n° 30 :

Permettre de qualifier de faits non détachables du service, susceptible d'ouvrir droit au bénéfice de la protection fonctionnelle, certains faits donnant lieu à des poursuites pénales sous les qualifications de favoritisme et de prise illégale d'intérêts

4.2.1.7. Octroyer la protection fonctionnelle en cas de mise en cause de la responsabilité financière du décideur public ?

³⁴² Refus de contribuer à la judiciarisation de la vie publique (affaires opposant des députés entre eux, un député et un membre du Gouvernement, un député et un opposant local), respect de la liberté d'expression ou respect de la liberté de la presse

³⁴³ Les litiges liés aux contrats de location des permanences parlementaires ou opposant le député employeur à ses salariés sont exclus du bénéfice de la protection ; les frais d'avocat pour ces affaires sont imputables sur l'AFM et les condamnations du député employeur par les juridictions prud'homales peuvent être financées au moyen du crédit collaborateur.

³⁴⁴ V. décision de la Cour de cassation de 2012 précitée

On se référera sur ce point au point 5.2.3.

Récapitulatif des modifications législatives proposées ou envisagées concernant la protection fonctionnelle

Article L. 134-4 du CGFP

Lorsque l'agent public fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection.

Les agents publics entendus en audition libre ou en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficient de cette protection.

La collectivité publique est également tenue de protéger l'agent public qui, à raison de tels faits, est placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale.

Lorsque l'agent public est convoqué comme témoin à raison de faits qui ne sont pas détachables de l'exercice de ses fonctions, la protection mentionnée au premier alinéa peut également lui être accordée, lorsque l'engagement de poursuites pénales à son encontre apparaît fortement vraisemblable en l'état des éléments d'information dont dispose la collectivité publique.

Article L. 2123-34 du CGCT

La [commune] est tenue d'accorder sa protection *aux conseillers municipaux* lorsque *ceux-ci font* l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de *leurs* fonctions.

Les conseillers municipaux entendus en audition libre ou en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficient de cette protection.

La collectivité publique est également tenue de protéger ceux d'entre eux qui, à raison de tels faits, sont placés en garde à vue ou se voient proposer une mesure de composition pénale.

Lorsque l'élu municipal est convoqué comme témoin à raison de faits qui ne sont pas détachables de l'exercice de ses fonctions, la protection mentionnée au premier alinéa peut également lui être accordée, lorsque l'engagement de poursuites pénales à son encontre apparaît fortement vraisemblable en l'état des éléments d'information dont dispose la collectivité publique.

4.2.2. Promouvoir la constitution d'archives et en faciliter l'accès aux personnes mises en cause

Les archives peuvent être un élément de sécurisation pour les agents. Pour ce faire, elles doivent être versées et les intéressés doivent se voir reconnaître la possibilité d'y accéder.

- L'agent public mis en cause pénalement a un besoin impératif de disposer, pour organiser sa défense, des notes, correspondances et échanges de courriers électroniques ou par

messageries instantanées. De même, ces pièces peuvent, symétriquement, être utilisées à charge.

De tels documents, produits ou reçus dans l'exercice de leur activité, au sens de l'article L. 211-1 du code du patrimoine, constituent des archives publiques au sens de son article L. 211-4. C'est d'ailleurs ce qu'énonce en substance l'article L. 211-2, aux termes duquel « *la conservation des archives est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche* ».

- Cette gestion des archives est, dans les faits, à l'épreuve de la mobilité, qui est l'une des principales caractéristiques des fonctionnaires d'autorité. Elle devient handicapante lorsque ces fonctionnaires font l'objet de poursuites pénales, longtemps après les faits qui les motivent, et après plusieurs changements de fonctions et d'emplois, voire même après leur mise en retraite³⁴⁵. L'accès aux archives est alors essentiel, pour permettre au fonctionnaire, d'une part, de reconstituer le contexte et le processus de décision, d'autre part, de produire les pièces qu'il estime utiles à sa défense devant le juge pénal.

Déjà problématiques s'agissant des documents papier, la conservation et l'accès aux archives peuvent alors devenir primordiaux pour les documents électroniques, notamment pour la messagerie électronique, vecteur quotidien, désormais, de véritables instructions ou décisions, même énoncées de façon informelle.

Or, la pratique de la copie de la documentation électronique de ces décideurs, et en particulier de leur messagerie professionnelle, qui peut comporter plusieurs milliers voire dizaines de milliers de messages, est loin d'être systématique, notamment parce qu'elle est complexe à organiser et chronophage.

- Si le classement des archives électroniques professionnelles relève de la responsabilité personnelle de chaque utilisateur, il reste donc indispensable que les fonctionnaires mis en cause puissent y conserver un accès, le cas échéant, en fonction du déroulement de la procédure pénale et du calendrier des auditions, dans les plus brefs délais.

Cette problématique de preuve, qui se pose désormais en termes nouveaux du fait de la généralisation des échanges électroniques, y compris entre les cabinets ministériels et les décideurs d'autorité, nécessite que des recommandations méthodologiques précises soient adressées par les administrations à leurs agents, surtout ceux exerçant des fonctions d'autorité, en vue de la conservation de cette documentation, notamment en cas de mise en cause pénale. Il en va ainsi a fortiori en ce qui concerne les échanges par messagerie instantanée.

La mission propose donc que les autorités administratives élaborent de telles recommandations méthodologiques à l'usage de leurs agents, tout particulièrement des fonctionnaires d'autorité, allant des modalités de classement de leur documentation au choix des supports et méthodes de conservation.

En tout état de cause, les administrations d'emploi doivent, conformément à leurs obligations d'archivage prévues par le code du patrimoine, assurer à leurs agents – avec le soutien de ceux-

³⁴⁵ On citera ainsi le cas du préfet du Vaucluse. Celui-ci avait autorisé, en 1965, la construction à Vaison-la-Romaine d'un lotissement emporté par une crue de l'Ouvèze en 1992 (près de 40 victimes). Il a été mis en examen en 1992, à l'âge de 79 ans, quinze ans après sa mise à la retraite.

ci - la conservation sine die de leurs archives électroniques et leur récupération dans des délais compatibles avec le déroulement des procédures.

Proposition n° 31 :

Elaborer des recommandations méthodologiques à destination des agents publics en vue de la constitution d'archives et faciliter leur accès aux agents et élus faisant l'objet d'une mise en cause pénale, y compris lorsqu'ils ont quitté leurs fonctions.

4.3. Mieux protéger la présomption d'innocence

Un tel sujet est tout à la fois nécessaire et sensible puisqu'il s'agit de garantir à la fois la liberté d'expression et de presse et le respect des institutions et des personnes. Aussi la mission ne formule pas de proposition dans le champ pénal mais envisage un élargissement de la procédure civile de l'article 9-1 du code civil.

4.3.1. Les moyens d'action actuels pour protéger la présomption d'innocence

4.3.1.1. Les décideurs publics, victimes régulières d'atteintes à la présomption d'innocence sur les réseaux sociaux

- Les réseaux sociaux sont devenus pour beaucoup la source d'information principale et leur développement a été accompagné de la multiplication d'informations diffamatoires pouvant aller jusqu'à des imputations mensongères relatives à la commission de délits ou de crimes.

Lorsque ces « informations » concernent l'action de décideurs publics, elles sont particulièrement nocives dans la mesure où elles peuvent être de nature à compromettre la poursuite de leur mission, tout en jetant le discrédit sur le fonctionnement des institutions publiques. L'histoire et l'actualité portent trace de tels excès.

L'instantanéité de la diffusion de l'information multiplie de tels risques. En outre, les réseaux sociaux permettent aux internautes de s'exprimer sans retenue et en s'abritant derrière l'anonymat, certains en profitant pour adopter un ton particulièrement agressif et faire circuler délibérément des propos mensongers. C'est ainsi, par exemple, que Twitter (X) a pu être accusé de jouer un rôle dans la production et la diffusion de fausses informations lors de situations de crise³⁴⁶.

4.3.1.2. Les limites du cadre juridique actuel destiné à protéger la présomption d'innocence

La législation actuelle ne prend en compte que de façon imparfaite ce phénomène.

- Sur le plan pénal, tout d'abord, l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 ne punit que de 45 000 euros d'amende la publication, la diffusion ou la reproduction, faite de mauvaise foi, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers.

³⁴⁶ cf. Etude du CSA sur la propagation des fausses informations sur les réseaux sociaux- étude du service twitter - novembre 2020

L'exercice de l'action en diffamation, régi par l'article 29 de cette même loi³⁴⁷, est, par ailleurs très encadré et ne permet pas toujours de protéger la victime de tels agissements. Ainsi, à défaut de pouvoir établir la vérité de ses allégations, la personne visée par une telle action pourra également se défendre en établissant sa bonne foi. Le juge pénal devra notamment rechercher si les propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général, ce qui sera souvent le cas, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque les imputations visent un décideur public³⁴⁸. Les conditions procédurales de l'action en diffamation sont également très encadrées.

Il est vrai que la loi du 29 juillet 1881 prend déjà en considération, dans une certaine mesure, la situation spécifique des agents publics et des élus, dans le cadre de l'exercice d'une telle action. Ainsi, le 3° de son article 48 prévoit que, dans le cas d'injure ou de diffamation envers les agents publics et les élus, la poursuite peut également avoir lieu sur la plainte du ministre dont ils relèvent. Cependant, une telle faculté ne suffit pas à garantir aux décideurs publics une protection satisfaisante contre les mises en cause de plus en plus régulières dont ils font l'objet sur les réseaux sociaux.

▪ Sur le plan civil, ensuite, l'article 9-1 du code civil garantit le droit au respect de la présomption d'innocence. Il permet, à cette fin, à toute personne présentée publiquement, avant toute condamnation, comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, de demander au juge, même en référé, d'ordonner l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, aux frais de la personne qui en est responsable. Et ce, sans préjudice d'une action en réparation des dommages subis et des autres mesures qui peuvent être prescrites en application du nouveau code de procédure civile.

La procédure de référé prévue par l'article 9-1 du code civil constitue une voie procédurale aisée dès lors que les règles de forme prévues par la loi du 29 juillet 1881 ne s'appliquent pas à l'assignation visant une telle atteinte³⁴⁹.

Toutefois, l'insinuation ou l'affirmation de la simple commission d'un fait n'entrent pas dans son champ d'application³⁵⁰. Comme le relève le Pr J-H. Robert³⁵¹ : « *Si on pourchassait toute allusion à une éventuelle culpabilité des personnes mêlées à une affaire pénale, la chronique judiciaire disparaîtrait. Ainsi, ne relèvent du champ de l'article 9-1 que « des conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité »*³⁵².

³⁴⁷ « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou la considération d'une personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ».

³⁴⁸ « en matière de diffamation, lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient aux juges, qui examinent à cette fin si celui-ci s'exprimait dans un but légitime, était dénué d'animosité personnelle, s'est appuyé sur une enquête sérieuse et a conservé prudence et mesure dans l'expression, de rechercher d'abord, en application de ce même texte, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, si lesdits propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante, afin, s'ils constatent que ces deux conditions sont réunies, d'apprécier moins strictement ces quatre critères, notamment s'agissant de l'absence d'animosité personnelle et de la prudence dans l'expression » (Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.172 ; Cass. crim., 20 juin 2023, n° 22-82.155 ; Cass. crim., 5 décembre. 2023, n° 22-87.563).

³⁴⁹ Cass. Civ. 1, 8 novembre 2017, n° 16-23.779

³⁵⁰ C. Bigot, Les modifications récentes du droit de la presse : Gaz. Pal. 1993, 2, p. 1067, 1re col.

³⁵¹ Jurisclasseur civil relatif à l'article 9-1 du code civil

³⁵² Cass. Civ. 1, 6 mars 1996, n° 93-20.478 ; Bull. civ. I, n° 123 ; Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 ; Bull. civ. ass. plén., n° 15

Par ailleurs, la procédure juridictionnelle ainsi organisée, aux fins de faire ordonner par le juge des référés l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, ne trouve à s'appliquer que lorsqu'une procédure pénale a été engagée contre l'intéressé.

La personne mise en cause par des imputations diffamatoires se rapportant à des faits susceptibles de qualification pénale n'est donc pas toujours en mesure d'exercer une telle action.

▪ Enfin, la loi³⁵³ du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information a introduit une procédure spécifique permettant la saisine du juge des référés pendant la période électorale pour faire cesser la diffusion d'informations fausses (article L. 163-2 du code électoral). Cette procédure est plus efficace que la précédente mais son objet est étroitement circonscrit.

4.3.2. Etendre le champ d'application de l'action en protection de la présomption d'innocence devant le juge civil

Une évolution possible, respectueuse de la liberté d'expression et de presse, consisterait à renforcer le champ de la protection civile de la présomption d'innocence organisée par l'article 9-1 du code civil. Il s'agirait d'étendre la protection civile à la personne publiquement présentée comme coupable sans qu'aucune enquête ni, a fortiori, d'instruction judiciaire, n'ait été diligentée.

Cette réforme était suggérée par le groupe de travail sur la présomption d'innocence présidée par Élisabeth Guigou dans son rapport précité. Celui-ci proposait de compléter l'article 9-1 par l'alinéa suivant : « *Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables en cas d'atteinte au respect de l'honneur d'une personne présentée publiquement comme coupable de faits susceptibles de revêtir une qualification pénale* ». Il reprenait sur ce point une proposition du rapport de la commission de réflexion sur la justice, sous la présidence de Pierre Truche, de 1997³⁵⁴.

Cette proposition de rédaction pourrait être rendue encore plus explicite en la complétant par la mention : « *alors même qu'il n'y aurait pas d'enquête pénale en cours* ».

▪ Une telle proposition dépasse certes l'objet du présent rapport en ce que sa portée ne saurait être cantonnée aux seuls décideurs publics. Cependant, au vu de son intérêt en faveur de la préservation de la présomption d'innocence à laquelle toute personne a droit et de sa portée étroitement encadrée, la mission estime qu'elle pourrait, d'ores et déjà, être reprise.

Proposition n° 32 :

³⁵³ n° 2018-1202

³⁵⁴ p. 65 : « *L'article 9-1 du code civil ne protège que la personne faisant l'objet d'une procédure pénale en cours lors de l'atteinte à la présomption d'innocence. Or, si une personne est publiquement présentée comme coupable sans qu'aucune enquête n'ait été diligentée – et pourrait au demeurant ne jamais l'être –, elle ne pourra pas se prévaloir d'une procédure en référé régie par le droit commun, mais devra passer par l'action en diffamation et se soumettre aux exigences de la loi de 1881 ou tenter d'agir sur le fondement de l'article 9 du code civil pour obtenir réparation des atteintes portées à la vie privée* ».

Etendre le champ de l'action tendant à la protection de la présomption d'innocence prévue devant le juge civil à l'hypothèse où une enquête pénale n'est pas en cours

4.3.3. Permettre à l'employeur public (Etat ou collectivité territoriale) d'exercer l'action en protection de la présomption d'innocence

Dans le prolongement de la réécriture proposée pour l'article 9-1 du code civil, il serait important pour les agents publics et les élus³⁵⁵ que lorsque l'atteinte à la présomption d'innocence porte sur des infractions qu'ils auraient commises dans l'exercice de leurs fonctions, l'action prévue par ces dispositions puisse être engagée par le ministre dont ils relèvent ou par leur collectivité. Cette faculté n'existe pas actuellement.

Une telle action ne pourrait cependant être engagée qu'avec l'accord de la personne concernée ou à sa demande.

Son exercice serait une contribution à la protection juridique et marquerait un soutien à la personne victime de tels agissements de la part de la collectivité publique qui agit en son nom. Elle présenterait, en outre, un intérêt propre à cette collectivité, afin, le cas échéant, de lui permettre de réparer son honneur.

Proposition n° 33 :

Permettre à la collectivité publique d'exercer l'action prévue à l'article 9-1 du code civil en lieu et place de l'agent public et de l' élu, sous réserve que celui-ci y consente

4.4. Mieux informer les autorités de poursuite sur les éléments de contexte des collectivités et des services

▪ Les éléments d'information que les autorités administratives peuvent être amenées à communiquer sur le contexte dans lequel s'inscrivent les faits reprochés à un élu ou un agent public dans l'exercice de leur service constituent un élément important dans la conduite de l'enquête pénale. Ils conditionnent ainsi parfois la détermination de la responsabilité des différentes personnes susceptibles d'être impliquées.

Or, il ressort d'un certain nombre de témoignages recueillis, aussi bien de la part de magistrats que de fonctionnaires ou d'élus, que la fourniture d'éléments communiqués à la disposition du juge pénal sur le fonctionnement de l'administration concernée pourrait être améliorée. Il est ainsi d'intérêt public de l'informer sur le détail des compétences des différentes administrations, sur les services qui les composent, sur leur organisation interne, sur leurs différents régimes de délégations de compétences et le rôle institutionnel de leurs agents, ou encore sur les relations institutionnelles entre les collectivités locales et les services déconcentrés.

³⁵⁵ A l'instar de ce qui est prévu par le 3° de l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881 en cas d'injure ou de diffamation envers un fonctionnaire public, un dépositaire de l'autorité publique ou un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public.

En ce sens, certaines dispositions pénales prévoient déjà expressément la nécessité de rechercher les moyens et les pouvoirs dont dispose l'agent. Tel est en particulier le cas de l'article 121-3 précité du code pénal, issu de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996³⁵⁶ et de l'article L. 3136-2 du code de la santé publique.

▪ La communication à l'autorité judiciaire d'un descriptif institutionnel des processus de décision lui permettrait de cerner au mieux les responsabilités. Il en va ainsi tout particulièrement lorsque la décision à l'origine des dommages repose, comme c'est souvent le cas, sur une chaîne de consultations et d'avis, émis parfois collectivement, destinés à éclairer le décideur final.

Ce descriptif est, dans la pratique, laissé à l'appréciation et à l'initiative personnelle des agents mis en cause, situation qui peut les conduire, consciemment ou non, à orienter cette présentation du contexte en fonction de leur propre risque pénal.

Une telle évolution des pratiques sur ce point pourrait s'inspirer des dispositions de l'article 33 de la loi organique³⁵⁷ du 29 mars 2011. Celles-ci permettent au Défenseur des droits de demander à présenter des observations écrites devant les juridictions civiles, administratives et pénales, ou encore de demander à être entendu par ces dernières.

En cas de poursuites exercées contre les élus et les agents publics, les collectivités publiques concernées pourraient ainsi présenter des observations sur les pratiques administratives dans lesquelles s'est inscrite l'action de la personne mise en cause. Il s'agirait ainsi de permettre à l'institution judiciaire de disposer des éléments spécifiques à la marche de l'administration qui pourraient l'éclairer. Selon les circonstances, les observations transmises pourraient être très détaillées ou très succinctes³⁵⁸.

L'exercice d'une telle faculté est d'ailleurs déjà ouverte aux administrations concernées en l'état actuel du droit.

Les éléments transmis à l'autorité judiciaire par l'administration, versés au dossier, sont accessibles au mis en cause. Il est également loisible à ce dernier de solliciter la production d'une telle note, l'autorité administrative ayant bien sûr la faculté de refuser. Enfin, cette autorité peut également communiquer ce document au juge de sa propre initiative, alors même que cela ne lui serait pas demandé.

Aucune évolution législative n'est donc nécessaire : il s'agit surtout de faire prendre conscience aux administrations concernées de l'intérêt d'une telle démarche.

Proposition n° 34 :

Inciter les collectivités publiques concernées à communiquer à l'autorité judiciaire en charge des poursuites pénales des observations écrites décrivant les éléments de pratiques administratives dans lesquelles s'inscrivent les faits reprochés à un élu ou à un agent public

³⁵⁶ « Lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

³⁵⁷ n° 2011-333

³⁵⁸ Comme c'est, par exemple, déjà le cas en contentieux administratif des élections.

5^{ème} partie : Les alternatives éventuelles à la voie pénale

La mission s'est enfin interrogée sur l'opportunité d'élargir ou de faciliter les réponses autres que pénales, moins déstabilisantes pour l'action publique, aux manquements susceptibles d'être reprochés aux décideurs publics.

De telles pistes de réflexion, parfois évoquées ces dernières années, auraient pour objet d'inciter les victimes de ces manquements à utiliser d'autres voies de droit que la mise en cause pénale du décideur pour satisfaire à leur demande de justice.

Le présent rapport examine ainsi brièvement plusieurs de ces options possibles, même si celles-ci ne se rattachent pas directement à l'objet principal de la mission confiée par le Premier ministre. Certaines d'entre elles seront mentionnées pour mémoire, sans que la mission ne propose de les mettre en œuvre. D'autres, en revanche, paraissent susceptibles de constituer, dans une certaine mesure, certes sans doute limitée, des réponses alternatives à la répression pénale. La mission les retient ainsi à titre de propositions ou de pistes de réflexion.

5.1. Une option non retenue : l'extension du champ de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public

▪ L'introduction, en 1992, à l'article 121-2 du nouveau code pénal, du principe de responsabilité pénale des personnes morales résultant d'infractions commises, pour leur compte, par leurs dirigeants, était notamment conçue comme un moyen de limiter les mises en cause personnelles de ces derniers. Cette innovation s'est cependant accompagnée d'une double réserve :

- La responsabilité pénale de l'Etat ne peut jamais être engagée ;
- Celle des collectivités territoriales et de leurs groupements ne peut l'être que pour des infractions commises dans des activités susceptibles d'une délégation de service public.

▪ Ces exclusions de responsabilité, jugées conformes à la Constitution³⁵⁹, ont été, depuis lors, interrogées. Une partie de la doctrine est favorable à leur abandon³⁶⁰. Dans le même sens, le rapport confié au président Massot sur la responsabilité pénale des décideurs publics³⁶¹ proposait de mettre un terme à l'irresponsabilité pénale de l'Etat et d'étendre la responsabilité des collectivités locales aux infractions relevant de la police administrative³⁶².

³⁵⁹ Le Conseil constitutionnel a retenu que la loi pouvait prévoir que « *sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle et, en particulier, du principe d'égalité, certaines personnes physiques ou morales bénéficieront d'une immunité pénale* » (CC 5 mai 1998, n° 98-399 DC, cons. 7). La Cour de cassation a, quant à elle, refusé de transmettre une QPC portant sur la compatibilité de la limitation de responsabilité des collectivités territoriales avec le principe d'égalité devant la loi, au motif que ces collectivités se trouvent dans une situation différente des personnes morales de droit privé (Cass. crim., 16 novembre 2011, n° 11-81-203).

³⁶⁰ J-Y Maréchal, Jcl. Pénal, fasc.20 ; J. Moreau, *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français*, LPA 11 déc. 1996 p. 41 ; E. Dreyer, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 47, 21 novembre 2016, doct. 1256

³⁶¹ Décembre 1999

³⁶² p.39 et suivants

▪ En revanche, le comité des Etats généraux de la justice a proposé le maintien du principe de la non-responsabilité pénale de l'Etat, au regard de sa portée essentiellement symbolique, du risque d'instrumentalisation politique et du caractère limité des sanctions envisageables³⁶³. La mission partage cette analyse.

Ainsi, *en premier lieu*, il ne serait pas concevable d'exposer l'Etat à des poursuites pénales, qui seraient immanquablement instrumentalisées. Or, tel serait le cas si une disposition générale couvrait, par exemple, la conduite des politiques publiques dont il a la charge (santé, environnement, lutte contre les modifications climatiques, champ social etc.) et plus généralement l'exercice de la puissance publique. Il serait donc impératif de circonscrire très précisément le champ de l'action étatique exposée à la sanction pénale. Son identification serait cependant juridiquement délicate, politiquement périlleuse et génératrice d'effets de bord difficilement maîtrisables³⁶⁴.

En outre, du fait du rôle de l'Etat dans l'exercice de la répression pénale, celui-ci pourrait être vu comme associé ou initiateur des poursuites dont il pourrait faire l'objet, par l'intermédiaire du parquet, qui exerce en son nom l'action publique.

En deuxième lieu, en ce qui concerne plus spécifiquement les collectivités locales, l'extension de leur responsabilité pénale à la police administrative pourrait difficilement être envisagée si l'Etat n'était pas, lui aussi, susceptible de poursuites. En effet, ce dernier exerce également, parfois par substitution, des missions de police administrative, générale ou spéciales.

En troisième lieu, l'effet utile de l'abandon de l'immunité pénale de l'Etat et des collectivités locales sur la sécurisation pénale des décideurs publics serait très hypothétique.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.³⁶⁵ La responsabilité de la personne morale ne pouvant résulter que d'une faute commise en son nom par son dirigeant, celui-ci resterait susceptible de mise en cause pénale, concurremment à la collectivité au nom de laquelle il agit. La sécurité juridique personnelle des décideurs publics, qui serait recherchée par cette mesure, serait de ce fait réduite.

Enfin, les sanctions pénales envisageables contre les personnes morales de droit public sont nécessairement réduites³⁶⁶. Seule l'amende peut être envisagée à leur encontre. Or, cette amende serait supportée par le contribuable – qui paierait donc par l'impôt la faute pénale commise par la puissance publique – et le produit de l'amende bénéficierait à l'Etat. Pour

³⁶³ p.127

³⁶⁴ Devrait-il s'agir des seules activités susceptibles d'une délégation de service public, comme pour les collectivités locales ? Cette limitation serait alors d'une utilité limitée, puisque ces activités ne sont pas celles à l'occasion desquelles les décideurs de l'Etat s'exposent le plus couramment au risque pénal.

Devrait-on y inclure des épisodes de politique internationale, alors que le tribunal administratif de Paris juge, le 14 novembre 2024, qu'il n'est pas compétent dès lors que les décisions et agissements de l'Etat français au Rwanda entre 1990 et 1994 « ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales de la France » (jugement n° 2309845/4-1) ?

Devrait-on la prévoir exclusivement pour l'exercice de missions de police administrative ? Son champ serait excessivement vaste, puisqu'il couvrirait à la fois la police générale et les polices spéciales, allant de l'édition de mesures de police administrative – y compris par décret – aux mesures d'exécution (par exemple en matière de maintien de l'ordre).

³⁶⁵ 3^{ème} alinéa de l'article 121-2 du code pénal

³⁶⁶ « La plupart des peines applicables aux personnes morales prévues par le code pénal (articles 131-37 à 131-49 du code) sont inadaptées aux personnes morales de droit public » (rapport Massot p.34).

l'éviter, il faudrait concevoir un mécanisme, administrativement complexe, d'affectation de ce produit à un tiers (agence, fonds spécial etc.) pour l'isoler budgétairement³⁶⁷.

Pour l'ensemble de ces raisons, la mission ne revient pas sur les exonérations de responsabilité pénale des personnes morales de droit public prévues aux deux premiers alinéas de l'article 121-2 du code pénal.

5.2. Une option à examiner ultérieurement en fonction des résultats de la réforme de 2022 : le transfert de la sanction de certaines atteintes à la probité du pénal au financier

5.2.1. La priorité : mettre en œuvre de façon progressive la réforme de 2022 sur la responsabilité financière des décideurs

La mission s'est ensuite interrogée sur une éventuelle extension de la responsabilité financière des décideurs publics devant la Cour des comptes, en contrepartie d'une dépenalisation partielle de certains faits, en particulier en matière de favoritisme. Cependant, sans prendre parti sur l'opportunité d'un éventuel élargissement à terme des compétences de la juridiction financière, elle ne propose pas de corréler une telle réforme avec une éventuelle condition de mise en jeu de la responsabilité pénale des responsables publics.

- Une première option évoquée porte sur une éventuelle extension de la responsabilité budgétaire des décideurs devant la Cour des comptes, en contrepartie du resserrement du champ de certaines infractions pénales, notamment les délits de prise illégale d'intérêts, de favoritisme ou de détournement de fonds publics par négligence. Elle est, en particulier, évoquée par le récent rapport précité sur la décentralisation remis par la mission confiée à Eric Woerth.

Et le Garde des sceaux lance, le 20 novembre 2024, une mission d'études sur la possibilité *« transférer certains contentieux du juge pénal vers le juge financier ou administratif notamment dans le champ de la commande publique »*.

Selon ses promoteurs, notamment le premier président de la Cour des comptes, l'intérêt d'une telle substitution de la responsabilité financière à la responsabilité pénale des décideurs tiendrait notamment à la nature des sanctions susceptibles d'être prononcées (uniquement des amendes), voire également au caractère moins intrusif de la procédure (pas de possibilité de perquisition).

- La récente refonte des conditions de mise en cause de la responsabilité financière des gestionnaires publics par l'ordonnance du 23 mars 2022³⁶⁸ pourrait constituer le socle d'une telle substitution.

Ce texte transfère, en effet, à la Cour des comptes (et, en appel, à la nouvelle Cour d'appel financière) les pouvoirs de sanction jusqu'alors dévolus à la Cour de discipline budgétaire et financière et, surtout, il redéfinit les infractions poursuivies, en étendant la responsabilité

³⁶⁷ Sur ce point, cf. les conclusions M. Hoynek sur CE Ass., 10 juillet 2020, Association Les Amis de la Terre France, n° 428409, à propos de l'éventuelle liquidation d'une astreinte prononcée contre l'Etat.

³⁶⁸ Ordonnance n° 2022-408, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2023

financière à la plupart des agents publics ayant la qualité de gestionnaires publics, y compris les ordonnateurs.

L'article L. 131-9 du CJF incrimine ainsi les fautes graves, constitutives d'infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens, « *ayant causé un préjudice financier significatif* »³⁶⁹ ainsi que les fautes commises par les autorités de tutelle en approuvant de tels faits.

Ainsi, la Cour condamne, en juillet 2024, un fonctionnaire territorial à une amende de 1500 euros pour avoir engagé des dépenses, à hauteur de 610 000 euros « *sans en avoir le pouvoir ou sans en avoir reçu délégation* ».

L'article L. 131-12 réprime, quant à lui, le fait, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, et « *par intérêt personnel direct ou indirect* », « *de procurer à une personne morale, à autrui, ou à lui-même, un avantage injustifié, financier ou en nature* ».

Les personnes coupables de tels faits s'exposent, en règle générale, à une amende d'un montant maximal égal à six mois de leur rémunération annuelle à la date de l'infraction (art. L. 131-16).

Exemple d'applications de ces nouvelles dispositions par la Cour : arrêt n° S-2024-1305 du 7 octobre 2024

Pendant une période de deux ans, l'ancienne directrice générale des services de la commune a omis de transmettre à l'assureur, dans les délais contractuellement prévus, plusieurs déclarations de sinistre concernant des agents en congé maladie d'au moins 15 jours. Cette omission avait privé la commune du bénéfice des prestations pour un montant total de l'ordre de 45 000 euros. En rapport avec un budget de fonctionnement de 1,5M€, le préjudice pour la commune est jugé « significatif ».

La Cour relève que s'il s'agissait d'une faute de service, l'omission de ces actes de gestion avait privé la commune de ressources, eu égard à la simplicité de la tâche à exécuter et à la répétition de la négligence commise. L'absence de transmission de ces dossiers constituait ainsi une faute grave.

Elle relève toutefois, à titre de circonstance atténuante, l'importante charge de travail de cette directrice, notamment du fait des incidences de l'épidémie de covid 19 et de l'organisation des élections municipales, et ce malgré ses alertes auprès des élus.

En conséquence, le montant de l'amende qui lui est infligé a été limité à 1 000 euros.

▪ En l'état actuel du droit, les procédures devant les juridictions financière et pénale peuvent parfois se cumuler, mais sous d'importantes limitations qui tiennent tant à la jurisprudence constitutionnelle qu'au processus de coordination mis en place :

1°) Ainsi, le Conseil constitutionnel³⁷⁰ n'a admis la conformité à la Constitution des dispositions législatives relatives au prononcé des sanctions devant l'ancienne Cour de discipline budgétaire et financière qu'à la double condition que, lorsque la personne est également poursuivie devant le juge pénal :

- le cumul éventuel de poursuites et de sanctions ne méconnaisse pas le principe de nécessité des délits et des peines, qui implique qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même nature pour les mêmes faits, en application de corps de règles protégeant les mêmes intérêts sociaux ;
- le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

³⁶⁹ Il est précisé que « *Le caractère significatif du préjudice financier est apprécié en tenant compte de son montant au regard du budget de l'entité ou du service relevant de la responsabilité du justiciable* ».

³⁷⁰ Décision n° 2016-550 QPC du 1er juillet 2016 [M. Stéphane R.]

2°) Une coordination est, en outre, organisée entre les juridictions pénales et financières. Plusieurs circulaires symétriques, et en dernier lieu, une circulaire du Garde des sceaux en date du 29 juin 2023 aux parquets et une circulaire du procureur général de la Cour des comptes du 7 mars 2024 aux procureurs financiers près les chambres régionales, définissent ainsi les lignes directrices des relations entre l'autorité judiciaire et les juridictions financières, afin d'institutionnaliser leurs échanges³⁷¹.

La circulaire du garde des sceaux souligne en particulier l'intérêt qui s'attache à la possibilité pour le procureur de la République de déférer les faits auprès du procureur général près la Cour des comptes :

« Cette saisine (le déféré) apparaît comme une alternative particulièrement intéressante dans des procédures où la caractérisation de l'infraction, et notamment de son élément intentionnel, est difficile à établir ou dans lesquelles des poursuites pénales paraissent inopportunes. Dans des affaires de fraude ou d'atteinte à la probité, cette saisine du procureur général près la Cour des comptes peut aussi viser à mettre en jeu la responsabilité de gestionnaires, qui, sans être directement responsables pénalement de la fraude ou de l'atteinte à la probité concernée, en ont facilité la commission, notamment par des carences fautives dans la mise en œuvre de mesures de contrôle interne ».

Il est demandé aux procureurs de la République, avant de formaliser une telle saisine, *« de se rapprocher des procureurs financiers près la chambre régionale et territoriale des comptes de leur ressort ou, le cas échéant, du parquet général près la Cour des comptes, pour envisager la pertinence d'une telle démarche ».*

« L'instruction » du procureur général « reprend et précise pour les juridictions financières les dispositions de la circulaire du garde des sceaux ». Elle précise notamment les signalements et la communication des pièces et se réfère à la *« préservation de l'ordre public financier ».*

Il restera à définir les modalités concrètes des échanges entre les deux ordres, et notamment à déterminer si la justice financière est une *« alternative pertinente dans des procédures où la caractérisation de l'infraction serait difficile à établir ».*

▪ L'idée a pu être émise que le champ de compétences de la juridiction financière puisse être encore élargi de deux façons distinctes : soit en étendant la liste des justiciables de la juridiction financière, soit en rendant la Cour des comptes compétente pour connaître de nouvelles infractions.

1°) En ce qui concerne, d'une part, les justiciables, la loi ne permet actuellement la mise en cause d'élus locaux que dans des hypothèses étroitement circonscrites. Ceux-ci ne sont pas justiciables des infractions prévues aux articles L. 131-9 et L. 131-12 du CJF, sauf, dans le cas de l'avantage injustifié, lorsqu'ils engagent leur responsabilité propre à l'occasion d'un ordre de réquisition du comptable public. Les membres du Gouvernement ne relèvent, quant à eux, de cette juridiction que lorsqu'ils sont reconnus comptables de fait³⁷².

Le rapport Woerth évoque la cohérence qu'il y aurait à ce que les élus et les autres décideurs publics relèvent d'un même régime de responsabilité, devant le juge financier.

2°) En ce qui concerne, d'autre part, les manquements réprimés, les violations du droit de la commande publique ne sont aujourd'hui sanctionnées que lorsqu'est notamment démontré un

³⁷¹ Communication de pièces ; information de la juridiction financière sur les suites de la procédure pénale ; organisation d'échanges périodiques ; procédure de saisine du juge pénal par le parquet financier.

³⁷² Article L. 131-15 du CJF

« préjudice financier significatif », ce qui, en cette matière, est très délicat. Il faut, en effet, pouvoir estimer les dépenses qui auraient été celles de la collectivité si le contrat avait été passé avec une autre entreprise, en les comparant avec celles qui l'ont effectivement été.

Une piste possible serait de revenir sur cette condition de préjudice financier significatif, tout en limitant la responsabilité devant la Cour des comptes aux seuls « manquements graves » aux règles de la commande publique.

Le plus raisonnable est cependant, peut-il sembler, de stabiliser d'abord la nouvelle jurisprudence sur « *les infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens de l'Etat, des collectivités, établissements et organisations mentionnés* » à l'article L. 131-1. Laisser le temps d'établir cet équilibre que le procureur général de la Cour des comptes définissait à son départ de manière forte et imagée : faire que par la politique de poursuite de la Cour aboutisse à une « *situation plus apaisée. Pour les uns parce qu'il y a la certitudes qu'un gendarme est au bord de la route et pour les autres, parce que ce gendarme sanctionne les infractions mais n'interdit pas la circulation libre* ³⁷³ ».

5.2.2. D'éventuelles réformes qui ne concourraient pas à la sécurisation des décideurs

- Eu égard à l'objet du rapport sollicité, la mission ne se prononce pas sur l'intérêt intrinsèque de telles évolutions de la responsabilité financière des agents publics, mais uniquement sur les conséquences qui en résulteraient sur la sécurisation de l'action publique.

Or, à cet égard, le caractère récent de la réforme, le manque de recul sur les conditions d'exercice des poursuites et le caractère encore en formation de la jurisprudence de la Cour des comptes permettent difficilement d'être catégorique. Comment s'apprécie en pratique l'opportunité des poursuites ? Comment s'apprécie, en particulier, la gravité des manquements justifiant la saisine du juge financier ? Quel est le barème des sanctions appliquées ? Les interrogations sont encore nombreuses.

Lors des auditions réalisées, plusieurs interlocuteurs, en particulier au sein des directions juridiques, ont évoqué le caractère « anxigène » et « traumatisant » pour les décideurs de telles poursuites. La procédure est ressentie, par certains, comme peu protectrice, du fait notamment du caractère éprouvant des auditions, qui seraient comparables à celles devant le juge pénal, du manque d'accompagnement des intéressés et des interrogations quant à la possibilité pour eux de bénéficier de la protection fonctionnelle ou encore de la difficulté pour accéder à certaines pièces du dossier.

Le constat de manquements, même formels ou susceptibles de trouver leur origine dans le manque de moyens du service, conduirait régulièrement à l'engagement de poursuites et au prononcé de sanctions, y compris à l'encontre d'agents relevant de l'encadrement intermédiaire. Quant aux éventuelles condamnations à des amendes (dont le montant maximal est souvent plus lourd que celui des amendes prévues par le code pénal), elles sont souvent vécues comme une marque d'infamie pour les intéressés, parfois au risque même de les démotiver pour la suite de leur carrière.

³⁷³ *Le Monde* du 30 septembre 2024

- Ces craintes exprimées par nombre de décideurs publics interrogent sur la sécurisation qu’entraînerait une substitution de la responsabilité financière à l’actuelle responsabilité pénale à raison de certaines infractions et sur les effets d’une telle réforme en ce qui concerne la restauration d’une certaine sérénité dans l’exercice de leurs fonctions.

Par ailleurs, la mise en œuvre d’une telle réforme serait délicate et mériterait des réflexions approfondies. Comment distinguer de façon suffisamment claire le champ des infractions relevant du juge pénal et du juge financier ? N’y a-t-il pas un risque que les incertitudes en la matière ne contribuent à prolonger la durée globale des poursuites ? Et comment traiter le cas dans lequel des personnes privées seraient poursuivies, dans la même affaire, devant le juge pénal ?

- Les propositions de la mission en ce qui concerne les règles pénales de fond, qui portent essentiellement sur des manquements non délibérés ou justifiés par un intérêt public impérieux à certaines réglementations (cf. *supra*), n’appellent pas nécessairement, en contrepartie, une extension concomitante d’une autre forme de responsabilité des intéressés.

La mise en cause de la légalité des actes administratifs litigieux devant le juge administratif, les sanctions administratives actuelles, dans le cas des agents publics, et la responsabilité politique, en ce qui concerne les élus, apparaissent le plus souvent comme des réponses adaptées et suffisantes à la nature de tels faits, lorsqu’ils présentent un caractère illicite.

La mission ne reprend donc pas cette proposition.

5.2.3. Une réflexion possible sur un meilleur accompagnement des agents mis en cause

La protection fonctionnelle n’est due, selon les textes, qu’en cas de poursuites pénales ou civiles. Ces textes ne prévoient pas, en revanche, l’octroi de la protection en cas de poursuites devant les juridictions financières. Telle est la position exposée dans une note de la Secrétaire générale du Gouvernement de 2024³⁷⁴.

Son octroi dans le cadre de telles poursuites ne pourrait, en l’état actuel du droit, que résulter du principe général du droit à la protection fonctionnelle³⁷⁵. Cependant, dans une récente décision du 29 janvier 2025³⁷⁶, le Conseil d’Etat, rejetant un recours dirigé contre la note précitée, a exclu l’existence d’un tel principe et jugé que la protection fonctionnelle ne saurait être accordée à un agent faisant l’objet d’une procédure devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes. Il a toutefois relevé qu’il était « *toujours loisible à l’administration de lui apporter un soutien, notamment par un appui juridique, technique ou humain dans la préparation de sa défense* ».

³⁷⁴ Note 360/24/SG du 2 avril 2024

³⁷⁵ Ce principe avait été dégagé par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris, afin de motiver la suspension d’une décision de refus qui avait été opposée par son administration à un agent poursuivi devant le juge financier (TA Paris, 14 mars 2024, n° 2403460, C+).

³⁷⁶ CE, 6/5 CHR, 29 janvier 2025, société UGGC avocats, n°s 497840, 498835, B

Cette décision refuse également de transmettre, pour le même motif, une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre l’article L. 134-4 du CJF.

Il demeure possible de s'interroger sur l'opportunité d'une éventuelle évolution législative, qui aurait pour objet d'étendre la protection fonctionnelle à la responsabilité financière des agents publics.

Plusieurs administrations et agents auditionnés par la mission ont exprimé le souhait d'une telle réforme. Il en va de même du syndicat des juridictions financières³⁷⁷. Il semblerait d'ailleurs qu'en pratique, des agents mis en cause devant les juridictions financières se voient, à tout le moins, proposer, lorsque les circonstances le justifient, un accompagnement par leur administration.

Ainsi, par exemple, une note de la secrétaire générale du ministre de la justice du 11 juillet dernier invite les agents mis en cause à se signaler afin de solliciter, s'ils le souhaitent, une assistance pour préparer les éléments de réponse écrits et oraux à la Cour des comptes. Une assistance technique peut alors leur être fournie par les services compétents du ministère, et un accompagnement leur être proposé par le service des ressources humaines.

Le débat est d'autant plus légitime que l'ordonnance du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics sanctionne désormais les gestionnaires publics, ordonnateurs ou comptables, qui, par une infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens publics, ont commis « *une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif* », en les exposant à des amendes dont le montant peut aller jusqu'à six mois de rémunération annuelle (cf. *supra*). Et ce, quel que soit le niveau de responsabilité des gestionnaires publics³⁷⁸.

Dans ce contexte, la mission estime, à tout le moins, souhaitable que les agents mis en cause se voient proposer, lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, un accompagnement par leur administration, comme cela se pratique déjà ponctuellement.

Une réflexion pourrait également être engagée sur l'éventuelle reconnaissance aux employeurs publics de la faculté d'accorder à leurs agents le bénéfice de la protection fonctionnelle en cas de poursuites devant les juridictions financières, sous réserve, bien sûr, qu'ils n'aient pas agi, au sens de l'article L. 131-12 du CJF, « *par intérêt personnel direct ou indirect* ».

Si cette piste était suivie, elle conduirait à compléter l'article L. 134-4-1 du CGFP (ainsi que les dispositions équivalentes des autres codes) par un alinéa ainsi rédigé : « *Lorsque l'agent public fait l'objet de poursuites devant les juridictions financières et qu'il n'a pas agi par intérêt personnel direct ou indirect, la collectivité publique peut lui accorder sa protection* ».

Une telle évolution serait très lourde de conséquences :

- La nature des poursuites engagées devant le juge financier, aussi perturbante puisse-t-elle être pour les décideurs, n'est pas assimilable à celles qui le sont devant le juge pénal. Celles-ci sont, en effet, encore plus éprouvantes et elles exposent les personnes mises en cause à des peines d'emprisonnement et à une stigmatisation encore plus forte ;
- La prise en charge d'honoraires d'avocat, potentiellement élevés, pourrait sembler paradoxale, alors qu'il est précisément reproché au décideur d'avoir causé un préjudice

³⁷⁷ Note à la mission en date du 14 septembre 2024.

³⁷⁸ « *La Cour ne limite pas la sanction aux agents ayant pris une part directe dans les irrégularités et recherche également la responsabilité de tout justiciable du fait des obligations attachées à ses fonctions, même s'il n'est pas démontré que celui-ci a activement participé à la commission des irrégularités* » (Cour des comptes, 31 mai 2023, commune d'Ajaccio, n° 2023-0667, aff. 876). La Cour a, par exemple, considéré que les infractions prévues au 1 de l'article L. 131-14 du CJF pouvaient être imputées à des attachés d'administration exerçant des fonctions de chef de bureau (Cour des comptes, 10 juillet 2023, Centre hospitalier Sainte-Marie, n° 2023-085, aff. 882).

financier significatif. On ne saurait même exclure que, dans certains cas, leur montant excède celui de l'amende finalement infligée ;

- Il pourrait être difficile de circonscrire le champ de cette évolution pour les administrations de l'Etat comme pour les collectivités : dans quel cas précis l'octroi de la protection serait-il justifié ? Le risque de pratiques divergentes entre les collectivités publiques, donnant lieu à de nombreux recours devant le juge administratif, ne doit pas être sous-estimé.

Cette question étant nettement distincte de la responsabilité pénale des décideurs publics, la mission ne peut donc que souligner la légitimité du soutien à certain des agents mis en cause devant la Cour des comptes à raison de fautes de service et appeler à l'engagement, le cas échéant, d'une réflexion plus approfondie (accompagnée d'une étude d'impact) sur ses modalités concrètes.

5.3. Les options proposées ou à approfondir

5.3.1. Veiller à l'effectivité de la réponse administrative et disciplinaire

Un même fait peut constituer un manquement de l'agent public à ses obligations professionnelles, et être susceptible, à ce titre, de donner lieu à des sanctions disciplinaires, alors même qu'il ne constituerait pas une infraction pénale.

L'absence de poursuites pénales, ou, a fortiori, l'absence de condamnation pénale, ne saurait donc motiver l'inertie de l'autorité disciplinaire. C'est le cas, notamment, lorsqu'un agent est mis en cause pour des faits de harcèlement moral ou sexuel. Mais ce constat vaut aussi lorsque lui sont reprochées des négligences dans l'exercice de ses missions.

De même, lorsque sont mis en évidence des éléments suggérant l'existence de tels manquements, l'autorité administrative doit s'interroger sans tarder sur la réponse administrative adaptée, telle une éventuelle mesure de suspension ou, si le disciplinaire n'est pas nécessaire, de mutation dans l'intérêt du service. Elle peut prendre cette initiative disciplinaire sans attendre l'aboutissement d'une éventuelle poursuite pénale.

L'absence d'une réponse administrative et disciplinaire suffisamment adaptée apparaît d'abord préjudiciable pour le bon fonctionnement du service (risque de nouveaux manquements, tensions en interne, image vis-à-vis du public...). Mais elle peut également inciter les personnes qui se disent victimes de tels faits à saisir le juge pénal, ce qu'elles n'auraient pas fait spontanément. De même, il peut arriver que le parquet prenne en compte cette réponse dans le cadre de l'appréciation portée sur l'opportunité des poursuites.

Proposition n° 35 :

Rappeler, par voie d'instructions ministérielles, la nécessité de recourir à une réponse administrative et disciplinaire toutes les fois que cela se justifie.

5.3.2. Reconnaître à la HATVP d'un pouvoir de sanction en cas de non-remise d'une déclaration, en lieu et place de l'actuel délit

L'article 26 de la loi du 11 octobre 2013 réprime de trois ans d'emprisonnement, de 45 000 euros d'amende et, à titre complémentaire, de l'interdiction des droits civiques et de l'exercice de toute fonction publique, l'absence de dépôt d'une déclaration de situation patrimoniale ou d'une déclaration d'intérêts, ainsi que l'omission de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine³⁷⁹.

L'opportunité d'une réponse pénale pour l'ensemble des faits ainsi incriminés peut interroger. Si l'omission de déclaration d'une partie substantielle du patrimoine ou, a fortiori, la transmission d'une évaluation mensongère mettent en cause l'honnêteté du déclarant, coupable de dissimulation délibérée, il n'en va, en général, pas de même de la simple absence de remise, dans les délais impartis, de la déclaration. Dans ce dernier cas, le manquement relève de la négligence administrative, la HATVP en ayant nécessairement connaissance dans le cadre de ses contrôles habituels, sans besoin d'investigations complémentaires. Le plus souvent d'ailleurs, des relances ultérieures lui permettent d'obtenir les pièces manquantes.

Il apparaît certes nécessaire de prévoir dans la loi des sanctions afin de garantir le respect effectif des obligations à la charge du déclarant, mais celles-ci ne passent pas nécessairement par la voie pénale et la peine d'emprisonnement prévue peut sembler, en tout état de cause, inadaptée dans cette hypothèse.

Ce constat a été souligné par la HATVP, notamment dans son rapport d'activité au titre de l'année 2022. La Haute autorité suggère ainsi, en ce qui concerne ces manquements formels du décideur public à ses obligations déclaratives, de substituer au délit aujourd'hui réprimé une sanction administrative, qui serait prononcée par la Haute autorité elle-même et qui consisterait en une amende administrative. Elle estime qu'une telle sanction pourrait être décidée plus rapidement, ce qui renforcerait son effet dissuasif, et qu'elle serait mieux proportionnée au degré de gravité de ces faits.

La mission partage cette analyse, qui rejoint les constats plus généraux dressés précédemment quant à la nécessité de mettre un frein à l'inflation parfois injustifiée des dispositions pénales sanctionnant les décideurs publics dans l'exercice de leurs fonctions, lorsque les faits réprimés relèvent de la négligence administrative et ne mettent en cause ni l'intégrité corporelle des tiers, ni la préservation de l'environnement ni les droits et libertés individuelles. Il pourrait être prévu que seule la récidive de tels agissements dans un délai déterminé justifie une sanction pénale.

Elle souligne toutefois qu'une telle réforme pourrait impliquer une réorganisation en profondeur de la HATVP, comme c'est déjà le cas pour les autres autorités administratives indépendantes dotées par la loi d'un pouvoir de sanction. Il résulte, en effet, de la jurisprudence constitutionnelle et européenne que les agents en charge de l'engagement des poursuites ne peuvent, sauf à méconnaître l'exigence d'impartialité, participer aux délibérations sur le prononcé des sanctions³⁸⁰.

A titre subsidiaire, une option alternative pourrait être de modifier la loi pénale en supprimant la peine d'emprisonnement prévue (comme la mission le suggère par ailleurs pour d'autres infractions sanctionnant des faits de négligence administrative – cf. *supra*).

³⁷⁹ Par ailleurs, le fait de ne pas déférer aux injonctions de la HATVP ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

³⁸⁰ V. par ex. CC, 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC, Société Numéricable SAS

Proposition n° 36 :

Transférer du pénal à l'administratif la répression des faits de non-dépôt des déclarations d'intérêts et d'activité et des déclarations de situation de patrimoine en confiant une telle compétence à la HATVP

5.3.3. Orienter les victimes vers la réparation plutôt que vers la punition

5.3.3.1. Une incidence possible sur la pénalisation de la vie publique

La mission s'est interrogée sur l'intérêt de faciliter l'accès des victimes aux juridictions civiles et administratives, de façon à inciter certaines d'entre elles à privilégier cette voie de recours de préférence à la voie pénale. En les orientant ainsi vers la réparation plutôt que vers la punition

Ainsi, l'accident dit « du panneau de basket » qui a causé la mort tragique d'un lycéen le 5 décembre 1991 à Saint-Denis a trouvé son épilogue en réparation devant la cour administrative d'appel³⁸¹ et non au pénal puisque, d'une part, ainsi que le rappelle le père du lycéen, aucun élu n'a été mis en cause et, d'autre part, le fonctionnaire concerné a été relaxé.

Même si de telles pistes mériteraient, le cas échéant, de donner lieu à des réflexions plus approfondies, elles pourraient participer à l'équilibre global d'une réforme d'ensemble, par la meilleure prise en compte des attentes des victimes, et en particulier en ce qui concerne les faits d'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle.

Ainsi que cela a été évoqué devant la mission par le directeur général de l'association France Victimes, le dépôt d'une plainte devant le juge pénal peut parfois être motivé par l'ignorance des autres voies de recours possibles, ou encore par des considérations pratiques. Il en est ainsi de l'absence d'obligation de recours au ministère d'un avocat, de la large possibilité reconnue aux associations de saisir la juridiction ou encore de la possibilité d'obtenir la réalisation d'investigations approfondies sans avoir à en avancer les frais.

S'il est difficile de quantifier le phénomène, il pourrait être ainsi envisageable de chercher à adapter les procédures contentieuses devant les juridictions non pénales, afin de les rendre plus « attractives » pour les victimes.

5.3.3.2. Orienter les victimes vers la réparation devant le juge civil

Parmi les raisons qui peuvent conduire les victimes à se tourner vers le juge pénal plutôt que de chercher à obtenir directement réparation de leur préjudice devant le juge civil, deux méritent d'être relevées : le principe selon lequel « le criminel tient le civil en l'état » et le manque d'information sur les possibilités d'indemnisation ouvertes devant la juridiction civile.

³⁸¹ CAA de Paris, 23 novembre 1995, n° 94PA01302.

- Destiné à prévenir les contrariétés de décision entre le pénal et le civil, et, partant les risques de déni de justice³⁸², le principe selon lequel « le criminel tient le civil en l'état », posé par l'article 4 du CPP³⁸³, est susceptible d'inciter les victimes à privilégier la voie pénale.

Ce principe comporte cependant déjà certaines exceptions, qui en atténuent fortement la portée :

- La loi du 10 juillet 2000³⁸⁴ a introduit dans le code de procédure pénale un article 4-1, qui prévoit que l'absence de faute pénale ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant le juge civil afin d'obtenir la réparation d'un dommage ;
- La loi du 5 mars 2007 a complété ce même article 4, aux fins de prévoir que : « *La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* ».
- En revanche, l'information des victimes sur les possibilités d'indemnisation offertes par la voie civile demeure insuffisante.

La loi elle-même les incite à s'orienter vers la voie pénale en se constituant parties civiles. C'est ainsi que l'article 10-2 du CPP prévoit que les officiers et les agents de police judiciaire ou, sous leur contrôle, les assistants d'enquête informent par tout moyen les victimes de leur droit d'obtenir la réparation de leur préjudice, de se constituer partie civile et d'être, dans cette dernière hypothèse, assistées d'un avocat. Ces dispositions ne font ainsi pas expressément référence à la voie de l'indemnisation par la saisine d'un juge autre que le juge pénal.

Afin d'orienter les victimes vers la réparation plutôt que vers la punition, il apparaît ainsi opportun d'améliorer leur information sur les voies alternatives à l'engagement de poursuites pénales qui leur sont ouvertes devant les juridictions administrative et civile, afin de leur permettre d'obtenir une indemnisation de leur préjudice.

Dans certains cas, en effet, le dépôt d'une plainte contre un élu ou un agent public est moins motivé par un souhait de répression pénale que par l'ignorance, par la victime, voire même parfois par les organismes vers lesquels elle se tourne, des autres procédures juridictionnelles qui lui permettraient d'obtenir réparation³⁸⁵.

Piste de réflexion n° 6 :

Améliorer l'information des victimes sur les voies alternatives devant les juridictions administrative et civile

³⁸² Cass. ass. plén., 29 nov. 1996, n° 93-20.799, Bull. inf. C. cass. 15 janv. 1997, concl. Monnet, rapport et note Aubert ; JCP 1997, II, 22807, note Le Bars. - Cass. 1re civ., 13 janv. 1998, n° 96-15.718 : Bull. civ. I, n° 9 - Cass. ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 09-13.944 ; JCP 2009, n° 52, 583, p. 16, obs. Cholet ; D. 2010, act. jurispr. 19, obs. Girault

³⁸³ « *L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique... Toutefois, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement* ».

³⁸⁴ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

³⁸⁵ Audition de Jérôme BERTIN, Directeur général de la Fédération France Victimes, le 19/09/2024

5.3.3.3. Renforcer les pouvoirs d'investigation du juge administratif

- Il serait également envisageable de renforcer les pouvoirs d'investigation du juge administratif, en s'inspirant, dans une certaine mesure, de ceux à la disposition de son homologue pénal.

- En l'état actuel du droit, le juge du fond, de même que le juge des référés, disposent déjà d'un certain nombre de prérogatives pour éclairer l'éventuelle existence de manquements de l'administration à ses obligations légales.

Le juge du fond peut ainsi diligenter une expertise par une décision avant dire droit (article R. 621-1 du CJA). Il peut également, même si ces prérogatives sont très rarement utilisées en pratique, décider une visite des lieux (article R. 622-1) et prescrire une enquête sur des faits, en invitant les parties à présenter leurs témoins (article R. 623-1). En 2023³⁸⁶, la faculté lui a encore été reconnue de tenir une séance orale d'instruction, afin d'entendre les parties sur des questions de droit ou de fait (article R. 625-1).

Le juge des référés peut, quant à lui, notamment prescrire une mesure utile d'expertise ou d'instruction (article R. 532-1).

Dans ces différentes instances, les frais d'expertise sont, en principe, mis à la charge du demandeur dans l'attente de la décision prise sur le recours de fond, sauf à ce que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la juridiction décide de faire supporter tout ou partie de leur montant par l'administration défenderesse.

- Les prérogatives du juge des référés seraient encore susceptibles d'être renforcées, en présence d'indices sérieux laissant penser que le dysfonctionnement du service public a pu provoquer des dommages d'une particulière gravité, particulièrement aux personnes (décès ou préjudices corporels lourds)³⁸⁷.

Afin d'établir la matérialité des faits et l'origine des dommages, et d'assurer ensuite, le cas échéant, la réparation de ces dommages, le juge pourrait ainsi se voir reconnaître, par une disposition législative, la faculté de convoquer des témoins.

En outre, il pourrait être prévu que les frais d'expertise soient mis à la charge de l'Etat, et non du demandeur.

- Une telle démarche ne serait pas sans rappeler celle mise en œuvre, en matière non pénale (administrative et civile), par la loi « Kouchner » du 4 mars 2002, avec la mise en place des commissions de conciliation et d'indemnisation. Destinées à prévenir l'engorgement des juridictions administratives et à simplifier la réparation des préjudices corporels, ces commissions ont été rendues attractives pour les victimes d'accidents médicaux par les délais plus brefs d'indemnisation et sur tout par la prise en charge par l'Etat des frais d'expertise.

- Une telle évolution des pouvoirs du juge administratif représenterait ainsi un progrès supplémentaire. Elle ne pourrait cependant intervenir sans une réflexion approfondie impliquant l'ensemble des acteurs concernés.

³⁸⁶ Décret n° 2023-10 du 9 janvier 2023

³⁸⁷ Et sauf à ce qu'il apparaisse, en l'état du dossier, que la responsabilité sans faute de l'administration peut, d'ores et déjà, être engagée.

Il conviendrait, notamment de veiller à ce que ces nouveaux pouvoirs d'investigation du juge administratif des référés s'articulent avec l'éventuelle instruction pénale portant sur les mêmes faits.

Piste de réflexion n° 7 :

Organiser une réflexion sur l'éventuelle extension des pouvoirs d'investigation du juge administratif des référés, quand la nature des faits le justifie

Conclusion

Les propositions et pistes de réflexion exposées ci-dessus ont pour objectif final la confiance des citoyens dans l'efficacité, l'innovation et la déontologie des institutions qu'ils se sont choisies. Les décideurs n'oublient jamais qu'ils sont au service de la nation et du peuple français.

Ces propositions sont donc déterminées par les trois préoccupations de la mission :

- Valoriser la règle de droit et affirmer le devoir d'exemplarité des décideurs publics, élus ou fonctionnaires ;
- Appliquer le principe de responsabilité imposé par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, partie intégrante de notre Constitution ;
- Sécuriser l'action publique en concentrant les poursuites pénales sur les comportements attentatoires à l'intérêt général (corruption, violences, harcèlement).

Parce que la responsabilité des décideurs n'a de sens que par rapport à un service public de qualité au service de tous.

A l'heure du terrorisme et de la lutte contre le narcotrafic et la criminalité organisée qui tentent de corrompre les institutions de toute nature, la lutte pour la probité est plus que jamais indispensable. Elle consolide notre Constitution.

Encore faut-il des représentants des institutions qui ne soient pas ralentis, dispersés, hésitants à prendre des initiatives par crainte d'être saisis eux-mêmes par le droit pénal.

Les propositions de ce rapport en vue de sécuriser l'action publique, considérées séparément, restent modestes. Mais prises ensemble, elles peuvent concourir dans la réalité, comme l'a réussi la loi « Fauchon-Guigou » en 2000 pour les infractions non intentionnelles, à déplacer le centre de gravité de l'action publique vers l'initiative et la prise de risque plus que la défense et l'assurance contre les risques.

L'utilisateur et le citoyen bénéficieraient de la confiance des institutions en elles-mêmes sous le contrôle renforcé du juge de la légalité et du juge financier. Avec l'action nécessaire du juge pénal choisissant ses interventions dans le cadre de l'opportunité des poursuites pour les infractions qui menacent la cohésion de la société.

Quant à la réparation due aux victimes, préoccupation constante de notre société, particulièrement lorsque l'action publique est à l'origine du sinistre, elle doit être assurée selon la loi, au premier chef, par les juges administratif et civil.

Les citoyens devraient percevoir une diligence accrue des collectivités et institutions à leur service et au service de leur pays.

Ce projet passe par la confiance dans les juges, tous les juges : aux juges de la légalité et de la régularité financière l'ordonnancement quotidien de l'action publique et, naturellement, au juge pénal les occasions où le décideur passe de l'autre côté du miroir pour devenir un délinquant.

L'autorité du juge pénal serait renforcée par ces ajustements des rôles et il pourrait se consacrer aux affaires, mettant en cause la probité des personnes poursuivies, qui justifient réellement son intervention.

La République a besoin d'élus et d'agents capables d'initiatives et d'audace au service de la mission que le peuple français leur a confiée soit par l'élection, conformément au code général des collectivités territoriales et au code électoral, soit par la nomination conformément au code général de la fonction publique. L'action publique et le juge doivent se rejoindre, chacun dans leur rôle, au service de l'Etat de droit.

Puisse le présent rapport contribuer à renforcer cette conciliation entre principe de légalité et principe d'action collective d'utilité publique.

Annexes

Lettre de mission



Paris, le

19 MARS 2024.

Monsieur le président de section honoraire,

Alors que près de 20 000 plaintes ont été déposées devant la Cour de justice de la République et les tribunaux judiciaires, notamment le pôle santé publique du parquet de Paris, contre les décideurs publics ou les cadres dirigeants d'entreprises et de l'administration depuis mars 2020, il convient de s'interroger sur le système de mise en cause de la responsabilité des élus et dirigeants. Sur la mandature 2014 à 2020, environ 2 000 élus, soit une hausse de 50 % par rapport au mandat précédent, et 970 fonctionnaires, ont été poursuivis.

Le développement de ces mises en cause s'inscrit dans un contexte plus difficile pour les responsables publics, marqué par une exigence accrue de sécurité, une perte de confiance des citoyens dans les institutions, une place croissante occupée par les victimes, une judiciarisation de la société, un renforcement légitime des exigences morales et de transparence de la vie publique.

L'application des règles de droit actuelles s'articule donc parfois difficilement avec le temps de la communication politique, les décisions à prendre et les exigences du statut des élus.

Ainsi, des élus locaux, des fonctionnaires en position d'autorité, ont vu leur responsabilité pénale questionnée ou mise en cause soit dans des affaires de mise en danger de la vie d'autrui, d'homicides ou de blessures involontaires, soit pour des infractions en lien avec des manquements aux devoirs de probité ou s'agissant de décisions prises dans le cadre des politiques publiques, notamment en matière sanitaire, environnementale et d'urbanisme. Il existe une transformation profonde du contrôle de l'action des décideurs publics et, en conséquence une insécurité qui peut en résulter pour ceux-ci, les incitant dans certains cas, à des biais dans la prise de décision publique ou à des abstentions de prises de décisions lorsqu'elles peuvent être polémiques et déboucher sur des plaintes pénales. Cette tendance ne peut que porter préjudice à l'efficacité de l'action publique.

Malgré les avancées de la loi du 13 mai 1996, de la loi du 10 juillet 2000 dite Fauchon, de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance en l'institution judiciaire qui a modifié la définition du délit de prise illégale d'intérêt en substituant à la notion très large de prise d'un « intérêt quelconque » celle, plus précise, d'un « intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » et de la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale dite 3DS qui a poursuivi la réforme, le sujet du risque pénal pour les gestionnaires publics reste prégnant.

Le comité des États généraux de la justice a proposé, dans son rapport du 8 juillet 2022, des pistes de réflexion.

Je souhaite en conséquence que vous puissiez approfondir cette réflexion et étudier les pistes qui permettraient de lever les freins à l'action publique, fragilisant l'exigence d'exemplarité qui s'applique aux responsables publics, notamment :

- dire s'il est nécessaire de revoir les règles de fond qui gouvernent la responsabilité pénale en cas de délits non intentionnels des élus, hauts fonctionnaires et cadres dirigeants, notamment en matière de conflits d'intérêt ;
- étudier si la nature des décisions prises par les dirigeants justifie une définition spécifique de certaines infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, si une appréciation distincte de la faute doit être trouvée, s'il convient notamment de retenir une faute caractérisée commise dans l'application de règles de sécurité ou en cas de manquement manifeste et d'une exceptionnelle gravité à une obligation générale de prudence ;
- dire si les règles applicables aux faits d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence et de sécurité ou encore celles relatives à l'erreur de droit, fixées aux articles 121-3 et 122-3 du code pénal, doivent être revues pour mieux tenir compte des missions, des compétences et des moyens dont disposait l'auteur des faits afin de moduler sa responsabilité en fonction du caractère direct ou non du lien de causalité entre la faute commise et le dommage subi par la victime.

Sur la base de vos constats, vous formulerez toutes préconisations utiles et ferez toutes autres recommandations, le cas échéant en formulant des propositions de modification des textes applicables.

Les directions des ministères chargés de la Justice, de l'économie, de l'intérieur et des outre-mer et des collectivités territoriales se tiennent à votre disposition pour vous communiquer tout élément nécessaire à votre mission.

Vous remettrez votre rapport dans un délai de trois mois à compter de votre saisine.



Gabriel ATTAL

Composition de la mission

Christian Vigouroux, président de section honoraire au Conseil d'Etat

Florian Roussel, maître des requêtes au Conseil d'Etat (rapporteur général de la mission)

Didier Guérin, président de chambre honoraire à la Cour de cassation

Pascal Girault, inspecteur général de l'administration, et Charles Duchaine, inspecteur général de la justice

Liste des personnes auditionnées

Parlement

Gérard LARCHER, président du Sénat

Yaël BRAUN-PIVET, Présidente de l'Assemblée Nationale

Éric WOERTH, Député – Responsable la Mission décentralisation et clarification de l'action publique territoriale

Conseil d'Etat

Didier TABUTEAU, vice-président du Conseil d'Etat

Thierry TUOT, président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat

Autorités administratives indépendantes

Didier MIGAUD, Président de la HATVP

Administration centrale

Services du Premier ministre

Claire LANDAIS, Secrétaire générale du Gouvernement

Laure DURAND-VIEL, Conseillère juridique auprès de la directrice, adjointe à la Secrétaire générale du Gouvernement

Michel CADOT, préfet, Délégué interministériel aux Jeux olympiques et paralympiques

Services à compétence nationale

Isabelle JEGOUZO, Directrice de l'agence française anticorruption

Ministère de l'intérieur

Claude D'HARCOURT, Préfet, Conseiller du Ministre de l'Intérieur

Michèle KIRRY, Présidente du Conseil supérieur de l'appui territorial et de l'évaluation

Didier MARTIN, Secrétaire général du Ministère de l'Intérieur

Cécile RAQUIN, Directrice générale des collectivités locales

Pascale LÉGLISE, Directrice des libertés publiques et des affaires juridiques

Général Christian RODRIGUEZ, Directeur général de la gendarmerie nationale

Frédéric VEAU, Directeur général de la police nationale

David LE BARS, Directeur de l'École nationale supérieure de police

Ministère de l'économie et des finances

Jérôme FOURNEL, Directeur de cabinet du ministre de l'Economie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique

Clémence OLSINA, Directrice des affaires juridiques

Ministère de la fonction publique

Paul PENY, Directeur de cabinet du ministre de la Transformation et de la fonction publiques

Nathalie COLIN, Directrice générale de l'administration et de la fonction publique

François CHARMONT, Directeur, adjoint de la directrice générale de l'administration et de la fonction publique

Ministère de la justice

Éric DUPOND-MORETTI, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice

Didier MIGAUD, Garde des Sceaux, Ministre de la justice

Laurent RIDEL, Inspecteur général de la justice

Sébastien CAUWEL, Directeur de l'administration pénitentiaire

Ministère de la Défense

Laurence MARION, Directrice des affaires juridiques

Ministère des affaires étrangères

Julien STEIMER, Directeur général de l'administration et de la modernisation

Ministères sociaux

Pearl N’GUYEN DUY, Directrice des affaires juridiques - Ministères sociaux

Ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires

Cédric BOURILLET, Directeur général de la prévention des risques

Damien BOTTEGHI, Directeur de l'habitat, de l'urbanisme et des paysages

Olivier FUCHS, Directeur des affaires juridiques

Ministère de l’Education nationale

Guillaume ODINET, Directeur des affaires juridiques

Ministère de l’agriculture et de la souveraineté alimentaire

Guillaume de LA TAILLE LOLAINVILLE, Directeur des affaires juridiques

Institut national du service public

Maryvonne LE BRIGNONEN, Directrice de l’Institut national du service public

Collectivités territoriales

François SAUVADET, Président, Assemblée des Départements de France

David LISNARD, Président, Association des maires de France

Christophe BOUILLON, Président, Association des Petites Villes de France

Philippe BAILBE, Délégué général, Régions de France

Leïla DEROUICH, Directrice des affaires juridiques - Mairie de Paris

Administration déconcentrée

Marc GUILLAUME, Préfet de région d’Île-de-France, Préfet de Paris

François-Xavier LAUCH, Préfet de l’Hérault

Laurent PREVOST, ancien Préfet, Inspecteur général d’administration

Michel CADOT, Préfet, Délégué interministériel aux jeux Olympiques et Paralympiques 2024

Emmanuelle DUBEE, Préfète des Deux-Sèvres

Laurent TOUVET, Préfet de Moselle

Bertrand GAUME, Préfet de région Hauts-de-France

Adolphe COLRAT, Préfet hors classe

Institutions judiciaires

Rémy HEITZ, Procureur général près la Cour de cassation

Frédéric DESPORTES, Premier avocat général près la Cour de cassation

Nathalie RORET, Directrice de l'École nationale de la magistrature

Juridictions financières

Louis GAUTIER, Procureur général près la Cour des comptes

Audrey CAVAILLIER, Présidente du Syndicat des juridictions financières

Associations

Jérôme BERTIN, Directeur général de la Fédération France Victimes

Patrick LEFAS, Président, Transparency International

Autres personnes entendues

Paul LE MAOUT, Directeur général de SMACL Assurances

Pascal BEAUVAIS, Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles à l'École de droit de la Sorbonne

Maître Samuel DYENS, Avocat au barreau de Nîmes, Associé gérant

Maître Claude LIENHARD, Avocat spécialisé en droit de la réparation du dommage corporel

NOTA : Les fonctions mentionnées correspondent à celles qu'exerçaient les intéressés à la date à laquelle l'audition a été réalisée.

Liste des personnes ayant remis des contributions écrites

François BAROIN, Maire de Troyes

Rémi DECOUT-PAOLINI, Directeur des affaires civiles et du sceau

France BURGY, Directrice générale du Centre national de la fonction publique territoriale

NOTA : Seules sont ici mentionnées les personnes autres que celles auditionnées, dont le nom est rappelé à l'annexe précédente.

Liste des propositions

Proposition n° 1 : Consacrer la possibilité pour le représentant d'une collectivité territoriale de participer ès qualités au sein des organes décisionnels d'une personne publique chargée d'un service public administratif

Proposition n° 2 : Consacrer l'absence de conflits d'intérêts lorsque la désignation d'un représentant de la collectivité au sein d'un organisme découle nécessairement de la loi, alors même que celle-ci ne la prévoit pas expressément.

Proposition n° 3 : Autoriser un élu appartenant en même temps à l'organe décisionnel d'une autre entité, à participer aux délibérations portant sur sa désignation au sein d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé.

Proposition n° 4 : Confirmer la possibilité pour les représentants de l'Etat de siéger au sein de certains organismes au titre de leur activité de tutelle et de contrôle

Proposition n° 5 : Compléter l'article 432-12 par un alinéa prévoyant que l'infraction n'est pas constituée lorsque l'intérêt pris, reçu ou conservé l'a été dans l'exercice d'une activité de service public administratif

Proposition n° 6 : Compléter l'article 432-12 par la mention selon laquelle le délit de prise illégale d'intérêts n'est pas caractérisé lorsque la décision de prise, de réception ou de conservation d'un intérêt personnel repose sur un motif impérieux d'intérêt général.

Proposition n° 7 : Mieux faire apparaître que le délit de prise illégale d'intérêts n'est caractérisé que si une atteinte effective est portée aux exigences d'impartialité, d'indépendance ou d'objectivité

Proposition n° 8 : Mieux articuler les différentes dispositions légales relatives à la gestion des conflits d'intérêts

Piste de réflexion n° 1 : *Mieux affirmer l'élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts en subordonnant sa caractérisation à la méconnaissance « délibérée » par l'agent des exigences d'impartialité, d'indépendance et d'objectivité ou en abaissant le quantum des peines en cas d'infraction non délibérée*

Proposition n° 10 : Modifier l'article 432-14 du code pénal afin de confirmer l'exonération de responsabilité pénale lorsque l'élu ou l'agent agit uniquement en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux

Piste de réflexion n° 2 : *Mieux affirmer l'élément intentionnel du délit de favoritisme*

Proposition n° 11 : Limiter les possibilités de mise en cause pénale des personnes physiques qui accomplissent, dans le cadre de leurs fonctions de service public, une action nécessaire à la prévention ou la cessation d'un danger actuel ou imminent pour l'intégrité des personnes aux seules hypothèses de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité.

Piste de réflexion n° 3 : *Limiter la mise en cause des décideurs qui ne prennent pas toutes les mesures nécessaires pour faire face à un péril grave ou imminent, en prévoyant qu'ils ne pourraient être mis en cause qu'en cas de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité.*

Proposition n° 12 : Exonérer de responsabilité pénale la personne qui applique la règle de droit conformément à l'interprétation formelle qu'en donnait une autorité administrative compétente, sauf illégalité manifeste

Proposition n° 13 : Exonérer de responsabilité pénale la personne qui accomplit un acte expressément autorisé par l'autorité légitime, sauf illégalité manifeste

Proposition n° 14 : Limiter les cas de mise en cause pénale des préfets à raison de l'exercice de leur pouvoir de dérogation à l'hypothèse dans laquelle ils ne pouvaient se méprendre sur l'illégalité commise

Proposition n° 15 : Inciter les parquets, par des directives de politique pénale du Garde des sceaux :

- à recourir à des enquêtes préliminaires dans le délai de trois mois prévu à l'article 85 du CPP, afin d'assurer un prompt traitement des procédures portant sur des infractions mettant en cause de façon plus spécifique des décideurs publics ;
- à optimiser le résultat de leurs investigations sur plainte des victimes, en saisissant les juges d'instruction, lorsque cette plainte est infondée, de réquisitions de non-informer ou de non-lieu, motivées au vu des résultats de leurs propres diligences ou analyses.

Proposition n° 16 : Renforcer au niveau des JIRS la capacité de traitement des affaires en matière économique et financière mettant en cause les des fonctionnaires et les élus dans l'exercice de leurs fonctions.

Proposition n° 17 : Modifier l'article 43 du code de procédure pénale relatif au dépaysement de la procédure en permettant qu'il soit procédé à un éloignement géographique dans le ressort d'une autre cour d'appel

Piste de réflexion n° 4 : *Limiter le statut de mis en examen à l'hypothèse dans laquelle une mesure coercitive est décidée et à celle où la personne est renvoyée devant le tribunal correctionnel ou mise en accusation devant la juridiction criminelle*

Proposition n° 18 : Encourager les administrations centrales et les collectivités territoriales d'une certaine taille qui n'ont pas encore mis en place une cartographie des risques à élaborer un tel document

Piste de réflexion n° 5 : *Poser l'obligation légale pour ces mêmes administrations et collectivités de se doter d'un tel outil*

Proposition n° 19 : Développer la formation sur l'utilisation du droit pénal et favoriser les échanges au cours de ces formations entre élus, administrateurs et magistrats mais aussi journalistes ou entrepreneurs

Proposition n° 20 : Inciter les décideurs publics à solliciter l’avis préalable, ou à défaut, ex post, en particulier de l’Agence française anticorruption et des centres de gestion de la fonction publique territoriale lorsqu’ils identifient un risque de mise en cause pénale

Proposition n° 21 : Mettre en place un « droit de tirage » au bénéfice de certaines administrations pour recourir à des avocats

Proposition n° 22 : Permettre à tout maire et à tout président d’établissement intercommunal, quel que soit le nombre d’habitants de la collectivité, de saisir la HATVP d’une demande d’avis sur les questions d’ordre déontologique qu’il rencontre dans l’exercice de son mandat ou de ses fonctions

Proposition n° 23 : Modifier le décret du 10 avril 2017 aux fins de prévoir la désignation d’un référent extérieur à l’administration concernée, en plus de celui désigné en son sein.

Proposition n° 24 : Demander aux préfets de rappeler aux élus concernés l’obligation juridique qui leur incombe de choisir un référent déontologue auquel ils s’adresseront, en portant à leur attention l’intérêt qu’ils y trouveraient en termes de sécurité juridique

Proposition n° 25 : Modifier le code général des collectivités territoriales afin de permettre aux centres de gestion d’exercer de plein droit les fonctions de référent déontologue des élus locaux

Proposition n° 26 : Consacrer dans la loi le bénéfice de la protection fonctionnelle en cas d’audition libre

Proposition n° 27 : Modifier les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT afin d’harmoniser les conditions d’octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux agents publics.

Proposition n° 28 : Modifier les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT afin d’étendre le bénéfice de la protection fonctionnelle à l’ensemble des élus locaux

Proposition n° 29 : Modifier les articles L. 134-4 du CGFP, L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT et L. 4123-10 code de la défense afin de permettre à l’agent ou de l’élu convoqué comme témoin d’obtenir, dès ce stade, la protection fonctionnelle, lorsque l’engagement ultérieur de poursuites pénales apparaît fortement probable en l’état des informations disponibles.

Proposition n° 30 : Permettre de qualifier de faits non détachables du service, susceptible d’ouvrir droit au bénéfice de la protection fonctionnelle, certains faits donnant lieu à des poursuites pénales sous les qualifications de favoritisme et de prise illégale d’intérêts

Proposition n° 31 : Elaborer des recommandations méthodologiques à destination des agents publics en vue de la constitution d’archives et faciliter leur accès aux agents et élus faisant l’objet d’une mise en cause pénale, y compris lorsqu’ils ont quitté leurs fonctions.

Proposition n° 32 : Etendre le champ de l'action tendant à la protection de la présomption d'innocence prévue devant le juge civil à l'hypothèse où une enquête pénale n'est pas en cours

Proposition n° 33 : Permettre à la collectivité publique d'exercer l'action prévue à l'article 9-1 du code civil en lieu et place de l'agent public et de l'élu, sous réserve que celui-ci y consente

Proposition n° 34 : Inciter les collectivités publiques concernées à communiquer à l'autorité judiciaire en charge des poursuites pénales des observations écrites décrivant les éléments de pratiques administratives dans lesquelles s'inscrivent les faits reprochés à un élu ou à un agent public

Proposition n° 35 : Rappeler, par voie d'instructions ministérielles, la nécessité de recourir à une réponse administrative et disciplinaire toutes les fois que cela se justifie

Proposition n° 36 : Transférer du pénal à l'administratif la répression des faits de non-dépôt des déclarations d'intérêts et d'activité et des déclarations de situation de patrimoine en confiant une telle compétence à la HATVP

Piste de réflexion n° 6 : *Améliorer l'information des victimes sur les voies alternatives devant les juridictions administrative et civile*

Piste de réflexion n° 7 : *Organiser une réflexion sur l'éventuelle extension des pouvoirs d'investigation du juge administratif des référés, quand la nature des faits le justifie*

Liste des propositions (tableau tricolore)

Texte actuel

1°) Prise illégale d'intérêts

Article 432-12

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 de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité 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 d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Proposition

Article 432-12

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, sous réserve des cas où la loi l'y autorise, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt compromettant son impartialité, son indépendance ou son objectivité, 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 d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

L'infraction définie au premier alinéa n'est pas constituée lorsque :

Observations

Proposition n° 7 : Mieux faire apparaître que le délit de prise illégale d'intérêts n'est caractérisé que si une atteinte effective est portée aux exigences d'impartialité, d'indépendance ou d'objectivité

Proposition n° 6 : Compléter l'article 432-12 par la mention selon laquelle le délit de prise illégale d'intérêts n'est pas caractérisé lorsque la décision de prise, de réception ou

- La personne mentionnée au premier alinéa a agi en vue de répondre à un motif impérieux d'intérêt général [dès lors qu'elle s'est prévalu de ce motif dans l'acte en cause] ;

- L'intérêt a été pris, reçu ou conservé dans l'exercice d'une activité de service public administratif, en l'absence d'intérêt personnel déterminant.

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

~~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~~

de conservation d'un intérêt personnel repose sur un motif impérieux d'intérêt général.

Proposition n° 5 : Compléter l'article 432-12 par un alinéa prévoyant que l'infraction n'est pas constituée lorsque l'intérêt pris, reçu ou conservé l'a été dans l'exercice d'une activité de service public administratif

Les alinéas suivants, relatifs aux communes, seraient déplacés dans le CGCT : c'est la légalité des délibérations qui est ici en cause, pas le champ du délit.

En lien avec proposition n° 8 : Mieux articuler les différentes dispositions légales relatives à l'interdiction des conflits d'intérêts

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.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.

Article 432-12-1

~~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.~~

~~Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.~~

Article 432-12-1

Constitue une prise illégale d'intérêts punie des peines prévues à l'article 432-12 le fait, par un magistrat ou toute personne exerçant des fonctions juridictionnelles, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, dans une entreprise ou dans une opération à l'égard de laquelle elle a la charge de prendre une décision judiciaire ou juridictionnelle, un intérêt de nature à influencer, au moment de sa décision, l'exercice indépendant, impartial et objectif de sa fonction.

Constitue une prise illégale d'intérêts punie des peines prévues à l'article 432-12 le fait, par un magistrat ou toute personne exerçant des fonctions juridictionnelles, sous réserve des cas où la loi l'y autorise, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, dans une entreprise ou dans une opération à l'égard de laquelle elle a la charge de prendre une décision judiciaire ou juridictionnelle, un intérêt compromettant, au moment de sa décision, l'exercice indépendant, impartial et objectif de sa fonction.

Mêmes évolutions législatives concernant les magistrats

L'infraction définie au premier alinéa n'est pas constituée lorsque :

- La personne mentionnée au premier alinéa a agi en vue de répondre à un motif impérieux d'intérêt général [dès lors qu'elle s'est prévalu de ce motif dans l'acte en cause] ;

- L'intérêt a été pris, reçu ou conservé dans l'exercice d'une activité de service public administratif, en l'absence d'intérêt personnel.

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013

[Article 2](#)

I. - Au sens de la présente loi, 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 :

Article L. 121-5 CGFP

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013

[Article 2](#)

Inchangé

Lorsque la tutelle ou le contrôle qu'exerce l'Etat sur une personne morale de droit public ou privé implique qu'un de ses représentants soit désigné pour siéger au sein des organes décisionnels de cette personne, ce représentant n'est pas considéré, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt au sens du premier alinéa.

La dépenalisation du conflit d'intérêts « public public » n'affecterait pas par elle-même la légalité des décisions où est en cause un tel conflit.

Les exceptions à ce principe d'interdiction n'en sont pas vraiment : la loi se bornerait à prévoir que dans certaines situations précises, les intéressés ne sont pas regardés en situation de conflit d'intérêts. Ces mentions pourraient être insérées dans les codes concernés (CGFP, CGCT...) plutôt que dans la loi de 2013.

Proposition n° 4 : Confirmer la possibilité pour les représentants de l'Etat de siéger au sein de certains organismes au titre de leur activité de tutelle et de contrôle

Au sens du présent code, 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 paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions de l'agent public.

Au sens du présent code, 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 paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions de l'agent public.

Pas de modification à prévoir pour les dispositions du CGFP, relatives aux obligations des agents publics

CGCT

Article L1111-6

I.- En application de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, les personnes titulaires d'un mandat électif local veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts au sens de l'article 2 de cette même loi.

Il est proposé de regrouper à l'article L. 1111-6 les dispositions, aujourd'hui éparses, encadrant l'obligation de conflits d'intérêts pour les élus locaux. C'est la légalité des décisions et délibérations qui serait ici en cause, pas le volet pénal.

Par souci de cohérence et de lisibilité, le I renverrait, en ce qui concerne l'obligation générale, à la loi de 2013.

II. – Lorsque des dispositions législatives prévoient la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales aux organes décisionnels d'un groupement de collectivités territoriales ou d'un autre organisme de droit public chargé d'une

Proposition n° 1 : Consacrer la possibilité pour le représentant d'une collectivité territoriale de participer ès qualités au sein des organes décisionnels d'une personne publique chargée d'un service public administratif

mission de service public administratif, ou lorsqu'elles leur permettent d'être membres de tels organismes [/ lorsqu'elles impliquent nécessairement une telle participation], les représentants de la collectivité ou du groupement ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt au sens du I.

I.- Les représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales désignés pour participer aux organes décisionnels d'une autre personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé en application de la loi ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté.

II.-Toutefois, à l'exception des délibérations portant sur une dépense obligatoire au sens de

III. – Lorsque des dispositions législatives prévoient la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales aux organes décisionnels d'une personne morale autre qu'un groupement de collectivités territoriales ou d'un autre organisme de droit public chargé d'une mission de service public administratif, ou lorsqu'elles leur permettent d'être membres de tels organismes [/ lorsqu'elles impliquent nécessairement une telle participation], les représentants de la collectivité ou du groupement ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt au sens du I si la délibération à laquelle ils ont pris part porte sur le vote d'une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15 du présent code ou sur le vote du budget.

Les représentants mentionnés au premier alinéa ne sont pas non plus regardés comme ayant un intérêt au sens du I lorsque la

Proposition n° 2 : Consacrer l'absence de conflits d'intérêts lorsque la désignation d'un représentant de la collectivité au sein d'un organisme découle nécessairement de la loi, alors même que celle-ci ne la prévoit pas expressément.

l'article L. 1612-15 du présent code et sur le vote du budget, les représentants mentionnés au I du présent article ne participent pas aux décisions de la collectivité territoriale ou du groupement attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande publique, une garantie d'emprunt ou une aide revêtant l'une des formes prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 1511-2 et au deuxième alinéa de l'article L. 1511-3, ni aux commissions d'appel d'offres ou à la commission prévue à l'article L. 1411-5 lorsque la personne morale concernée est candidate, ni aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de la personne morale concernée.

III.-Le II du présent article n'est pas applicable :

1° Aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités territoriales ;
2° Aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels des établissements mentionnés aux articles L. 123-4 et L. 123-4-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 212-10 du code de l'éducation

décision à laquelle ils ont pris part ne porte ni sur leur rémunération au sein de la personne morale concernée, ni sur l'attribution à la personne morale concernée d'un contrat de la commande publique, d'une garantie d'emprunt ou d'une aide revêtant l'une des formes prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 1511-2 et au deuxième alinéa de l'article L. 1511-3 et qu'ils **n'ont participé ni** aux commissions d'appel d'offres ni à la commission prévue à l'article L. 1411-5 lorsque la personne morale concernée est candidate.

Proposition n° 3 : Autoriser un élu appartenant en même temps à l'organe décisionnel d'une autre entité, à participer aux délibérations portant sur sa désignation au sein d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé.

IV. - Par dérogation au second alinéa du III, 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

Reprise des derniers alinéas de l'article 432-12 CP.

Ils traitent de la légalité des délibérations et non pas de l'incrimination pénale.

A titre alternatif, elles pourraient également être insérées à l'article L 2131-11.

biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos

Article L1524-5

Nonobstant l'article L. 1111-6 du présent code, les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés, de ce seul fait, comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2

Article L1524-5

Nonobstant l'article L. 1111-6 du présent code, les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés, de ce seul fait, comme étant intéressés à l'affaire, au sens des articles L. 2131-11, L. 3132-5 et L. 4142-5 du présent code, de l'article

Modification de mise en cohérence

de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale. Cette seule qualité emporte les mêmes conséquences lorsque l'élu local participe aux délibérations du conseil d'administration ou de surveillance de la société portant sur ses relations avec la collectivité ou le groupement qu'il représente. Elle n'entraîne pas davantage l'application des articles L. 225-40 et L. 225-88 du code de commerce.

Toutefois, lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres, ni aux commissions mentionnées à l'article L. 1411-5, ni à la délibération attribuant le contrat. De la même façon, ils ne peuvent participer aux délibérations accordant à cette société une aide régie par le titre Ier du présent livre ou une garantie d'emprunt prévue aux articles L. 2252-1, L. 3231-4 ou L. 4253-1, ni aux délibérations mentionnées aux premier, troisième et dixième alinéas du présent article.

Article L2131-11

Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil

432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale. Cette seule qualité emporte les mêmes conséquences lorsque l'élu local participe aux délibérations du conseil d'administration ou de surveillance de la société portant sur ses relations avec la collectivité ou le groupement qu'il représente. Elle n'entraîne pas davantage l'application des articles L. 225-40 et L. 225-88 du code de commerce.

Toutefois, lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres, ni aux commissions mentionnées à l'article L. 1411-5, ni à la délibération attribuant le contrat. De la même façon, ils ne peuvent participer aux délibérations accordant à cette société une aide régie par le titre Ier du présent livre ou une garantie d'emprunt prévue aux articles L. 2252-1, L. 3231-4 ou L. 4253-1, ni aux délibérations mentionnées aux premier, troisième et dixième alinéas du présent article.

Article L2131-11

Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part, en méconnaissance de l'article L.

intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires. En application du II de l'article L. 1111-6, les représentants des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales mentionnés au I du même article L. 1111-6 ne sont pas comptabilisés, pour le calcul du quorum, parmi les membres en exercice du conseil municipal.

1111-6, un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

En application du II de ce même article, les représentants des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales mentionnés à son I ne sont pas comptabilisés, pour le calcul du quorum, parmi les membres en exercice du conseil municipal.

Conséquence de l'ajout du principe de l'interdiction des conflits d'intérêts au I de l'article L 1111-6.

Article L. 3132-5 du CGCT

Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part, en méconnaissance de l'article L. 1111-6, un ou plusieurs membres du conseil départemental intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

En application du II de ce même article, les représentants des collectivités territoriales mentionnés à son I ne sont pas comptabilisés, pour le calcul du quorum, parmi les membres en exercice du même conseil.

Ajout concernant l'extension aux départements et aux régions

Article L. 4142-5 du CGCT

Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part, en méconnaissance de l'article L. 1111-6, un ou plusieurs membres du conseil régional intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

En application du II de ce même article, les représentants des collectivités territoriales mentionnés à son I ne sont pas comptabilisés, pour le calcul du quorum, parmi les membres en exercice du même conseil.

2°) Favoritisme

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 (...), d'avoir procuré ou tenté de procurer à une personne 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 ou les contrats de concession. »

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 (...), d'avoir procuré ou tenté de procurer à une personne 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 ou les contrats de concession, à moins que ces faits n'aient eu pour finalité que la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux qui ne pouvait

Proposition n° 10 : Modifier l'article 432-14 du code pénal afin de confirmer l'exonération de responsabilité pénale lorsque l'élu ou l'agent agit uniquement en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général impérieux

être assurée dans le respect de ces dispositions législatives et réglementaires [et dès lors que la personne s'est prévalu de ce motif dans l'acte en cause]. »

3° Etat de nécessité

Article 122-7-1

« N'est pas pénalement responsable la personne physique qui, dans le cadre de ses fonctions de service public, face à un danger actuel ou imminent pour l'intégrité des personnes, a recours à des moyens [/accomplit une action] nécessaire à la collectivité publique pour prévenir ou faire cesser le danger, sauf si elle a méconnu de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou si elle a commis une faute d'une exceptionnelle gravité [, obligation ou faute devant être appréciée au regard des circonstances du danger mentionné ci-dessus]. »

Proposition n° 11 : Limiter les possibilités de mise en cause pénale des personnes physiques qui accomplissent, dans le cadre de leurs fonctions de service public, une action nécessaire à la prévention ou la cessation d'un danger actuel ou imminent pour l'intégrité des personnes aux seules hypothèses de méconnaissance manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou de faute d'une exceptionnelle gravité.

4° Erreur de droit

Article 122-3

« N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte

Article 122-4

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal

Article 122-3

« N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte

N'est pas davantage pénalement responsable la personne qui applique la règle de droit conformément à l'interprétation formelle qu'en donnait une autorité administrative compétente [pour élaborer ou veiller à l'application] d'une telle règle, à moins que l'auteur des faits n'ait pu se méprendre sur l'illégalité d'une telle interprétation. »

Article 122-4

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal

Proposition n° 12 : Exonérer de responsabilité pénale la personne qui applique la règle de droit conformément à l'interprétation formelle qu'en donnait une autorité administrative compétente, sauf illégalité manifeste

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte qui a été expressément autorisé par l'autorité légitime, au vu de l'ensemble des éléments d'information nécessaires pour permettre à cette dernière de se prononcer en toute connaissance de cause sur la légalité d'un tel acte, sauf si l'acte autorisé est manifestement illégal

Proposition n° 13 : Exonérer de responsabilité pénale la personne qui accomplit un acte expressément autorisé par l'autorité légitime, sauf illégalité manifeste

5° Protection fonctionnelle

Article L. 134-4 du CGFP

Lorsque l'agent public fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection.

Article L. 134-4 du CGFP

Lorsque l'agent public fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection.

Les agents publics entendus en audition libre ou en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficient de cette protection.

Prise en compte de la récente décision du Conseil constitutionnel sur l'octroi de la protection fonctionnelle en cas d'audition libre

La collectivité publique est également tenue de protéger l'agent public qui, à raison de tels faits, est placés en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale.

Lorsque l'agent public est convoqué comme témoin à raison de faits qui ne sont pas détachables de l'exercice de ses fonctions, la protection mentionnée au premier alinéa peut également lui être accordée, lorsque l'engagement de poursuites pénales à son encontre apparaît fortement vraisemblable en l'état des éléments d'information dont dispose la collectivité publique.

Proposition n° 29 : Modifier les articles L. 134-4 du CGFP, L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT et L. 4123-10 code de la défense afin de permettre à l'agent ou de l'élu convoqué comme témoin d'obtenir, dès ce stade, la protection fonctionnelle, lorsque l'engagement ultérieur de poursuites pénales apparaît fortement probable en l'état des informations disponibles.

Article L. 2123-34 du CGCT

La [commune] est tenue d'accorder sa protection lorsque l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de leurs fonctions.

Article L. 2123-34 du CGCT³⁸⁸

*La [commune] est tenue d'accorder sa protection aux membres du conseil [municipal] lorsque ceux-ci font l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de **leurs** fonctions.*

Proposition n° 27 : Modifier les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT afin d'harmoniser les conditions d'octroi de la protection fonctionnelle aux responsables des exécutifs locaux avec celles applicables aux agents publics.

³⁸⁸ A reprendre pour les dispositions analogues applicables aux autres collectivités

Les conseillers municipaux entendus en audition libre ou en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficient de cette protection.

La collectivité publique est également tenue de protéger ceux d'entre eux qui, à raison de tels faits, sont placés en garde à vue ou se voient proposer une mesure de composition pénale.

Lorsque l'élu municipal est convoqué comme témoin à raison de faits qui ne sont pas détachables de l'exercice de ses fonctions, la protection mentionnée au premier alinéa peut également lui être accordée, lorsque l'engagement de poursuites pénales à son encontre apparaît fortement vraisemblable en l'état des éléments d'information dont dispose la collectivité.

Proposition n° 28 : Modifier les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT afin d'étendre le bénéfice de la protection fonctionnelle à l'ensemble des élus locaux

Proposition n° 29 : Modifier les articles L. 134-4 du CGFP, L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT et L. 4123-10 code de la défense afin de permettre, à titre exceptionnel, à l'agent ou de l'élu convoqué comme témoin d'obtenir, dès ce stade, la protection fonctionnelle, lorsque l'engagement ultérieur de poursuites pénales apparaît fortement probable en l'état des informations disponibles.

Etude statistique réalisée par la DACG sur les infractions commises par les décideurs publics

SOMMAIRE

1. Analyse de l'activité pénale

- 1.1 Orientations des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public
- 1.2 Orientations des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public par groupe

2. Analyse des condamnations

- 2.1 Condamnations prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public
- 2.2 Peines prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public

Précisions méthodologiques :

Les éléments statistiques du PEPP sont issus de la source SID/Cassiopée, système d'information décisionnelle de l'applicatif Cassiopée, qui enregistre les données à toutes les étapes de la procédure (orientation, poursuite, condamnation) dans les juridictions de première instance compétentes en la matière.

Les totaux des tableaux concernant les orientations pour au moins une infraction ne correspondent pas à la somme des chiffres par groupe d'infraction étant donné qu'une personne peut être mise en cause pour plusieurs infractions de types différents.

Dans les affaires orientées par les parquets, sont exclues les affaires enregistrées mais envoyées en enquêtes pour lesquelles aucune décision d'action publique n'a encore été prise.

La forme juridique des personnes morales étant un champ facultatif dans l'applicatif Cassiopée, cela ne permet pas, en l'état, d'obtenir des statistiques fiables relatives aux personnes morales de droit public.

Le champ :

Le but de cette étude est d'identifier les infractions commises par des décideurs publics (élus et dirigeants publics).

Au préalable, il convient de noter que les infractions suivantes ont été exclues du champ de l'étude :

- Les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne et les mises en danger de la personne : la qualité de l'auteur n'étant pas un élément constitutif de l'infraction, il est impossible techniquement d'isoler pour ce contentieux les infractions qui seraient commises par les seuls décideurs publics.
- Le recel et blanchiment d'infractions de probité commises par PCMSP : ce sont les infractions de probité qui sont commises par les PCMSP et non les infractions de conséquence (recel et blanchiment - à l'exception de l'auto blanchiment).

Le premier groupe d'infractions retenu pour cette étude concerne les atteintes à la probité. Au sein de ces dernières, il est possible d'isoler la qualité de l'auteur de l'infraction, élu ou PCMSP³⁸⁹, pour 4 catégories d'infractions (prise illégale d'intérêts, corruption, trafic d'influence, concussion). En revanche, pour les 2 autres catégories d'infraction d'atteintes à la probité (favoritisme et détournement de fonds publics), les données ne se limitent pas aux seuls auteurs élus ou PCMSP, mais concernent l'ensemble des auteurs.

Ont par ailleurs été retenues les infractions suivantes pour lesquelles il est possible d'identifier la qualité de l'auteur comme élu, personne chargée d'une mission de service public (PCMSP) ou agent public, sans pour autant avoir la garantie que l'auteur est un décideur public :

- la discrimination par PCMSP³⁸⁹,
- les abus d'autorité par élu ou PCMSP³⁸⁹,
- les faux et usage de faux par PCMSP³⁸⁹,
- les infractions au code électoral par fonctionnaire,
- et les manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP.

1. Analyse de l'activité pénale

1.1 Orientations des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public

En 2023, 684 personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public ont été orientées par les parquets. Ce nombre est en augmentation de 27% par rapport à 2014, mais en baisse de 10% en comparaison de 2022.

Pour 109 personnes l'affaire a été classée comme non poursuivable, dont 86 pour motif d'infraction insuffisamment caractérisée. Le taux d'affaires non poursuivables s'élève ainsi à 15,9% en 2023, en diminution de 5,6 points par rapport à 2022.

Parmi les 575 personnes dont l'affaire est poursuivable, 567 ont reçu une réponse pénale en 2023, les affaires ayant été classées sans suite pour inopportunité pour seulement 8 personnes. Le taux de réponse pénale s'élève ainsi à 98,6% en 2023 et est resté relativement stable sur la période, oscillant entre 97,3% en 2022 et 99,6% en 2014 et 2017. A titre de comparaison, le taux de réponse pénale tous contentieux confondus s'élève en 2023 à 86,9%, soit 11,7 points de moins que le taux de réponse pénale pour les personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public.

Les poursuites représentent 89,1% de la réponse pénale en 2023 (contre 61,6% tous contentieux confondus), et sont principalement composées de saisines du juge d'instruction (42,2%, contre 5,4% tous contentieux confondus) et de COPJ (31,3%, contre 17,8% tous contentieux confondus).

Tableau 1 : Evolution de la structure des orientations des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public

³⁸⁹ Pour ces catégories, les infractions commises par un autre type d'auteur qu'élu ou PCMSP ne sont pas comptabilisées (exemple : infractions commises par une personne dépositaire de l'autorité publique).

Unité de compte : Personnes	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Affaires orientées	537	590	728	599	668	754	671	776	757	684
Affaires non poursuivables	56	66	65	95	115	159	125	157	163	109
<i>Taux d'affaires non poursuivables</i>	10,4%	11,2%	8,9%	15,9%	17,2%	21,1%	18,6%	20,2%	21,5%	15,9%
dt absence d'infraction	19	14	11	20	8	25	26	34	27	15
dt infraction insuffisamment caractérisée	34	49	45	68	98	108	95	112	123	86
Affaires poursuivables	481	524	663	504	553	595	546	619	594	575
<i>Taux d'affaires poursuivables</i>	89,6%	88,8%	91,1%	84,1%	82,8%	78,9%	81,4%	79,8%	78,5%	84,1%
Réponse pénale	479	521	660	502	544	583	541	612	578	567
<i>Taux de réponse pénale</i>	99,6%	99,4%	99,5%	99,6%	98,4%	98,0%	99,1%	98,9%	97,3%	98,6%
Procédures alternatives	23	43	80	44	66	68	54	59	68	62
<i>Taux de procédures alternatives</i>	4,8%	8,3%	12,1%	8,8%	12,1%	11,7%	10,0%	9,6%	11,8%	10,9%
dt rappel à la loi / avertissement	19	23	58	24	38	35	32	29	37	14
Poursuites	456	478	580	458	478	515	487	553	510	505
<i>Taux de poursuites</i>	95,2%	91,7%	87,9%	91,2%	87,9%	88,3%	90,0%	90,4%	88,2%	89,1%
dt saisines du JI	252	273	291	222	243	255	238	251	234	213
dt poursuites correctionnelles	204	205	288	235	235	259	249	302	276	292
-CRPC	25	25	40	41	38	41	42	68	61	45
-COPJ	69	82	131	73	121	103	98	97	125	158
-Citations directes	100	87	99	108	62	101	90	101	71	68

Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

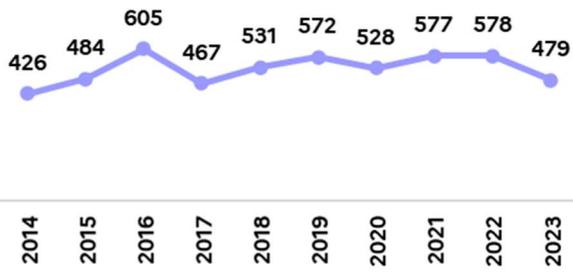
1.2 Orientations des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public par type d'infraction

1.2.1 Evolution des affaires orientées

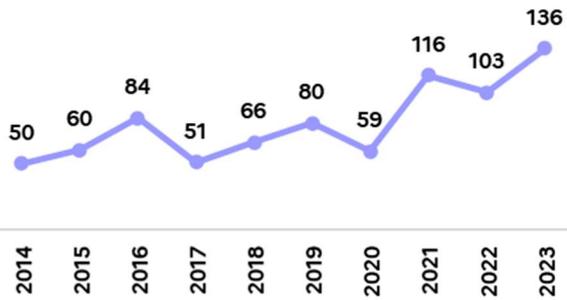
Dans le détail par type d'infraction, les atteintes à la probité sont majoritaires avec 479 personnes orientées par les parquets en 2023 (-17% par rapport à 2022, +12% par rapport à 2014). Suivent ensuite les infractions de faux et usage de faux avec 136 personnes (+32% par rapport à 2022, +172% par rapport à 2014), l'abus d'autorité par élu ou PCMSP avec 62 personnes (-25% par rapport à 2022, +5% par rapport à 2014), puis les manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP avec 21 personnes (+50% par rapport à 2022), les infractions au code électoral par fonctionnaire avec 7 personnes et enfin les discriminations par PCSMP avec moins de 5 personnes.

Graphique 2 : Evolution du nombre de personnes dans les affaires orientées par type d'infraction

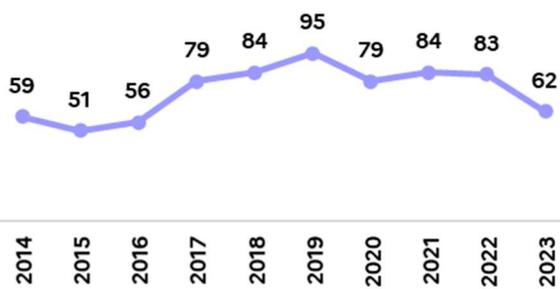
Atteintes à la probité



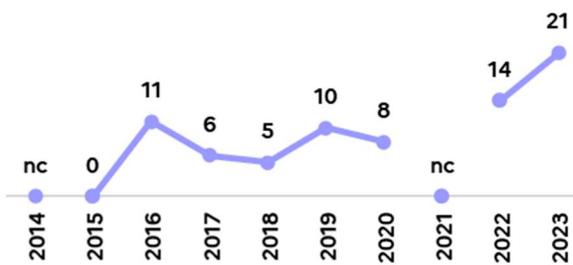
Faux et usage de faux par PCMSP



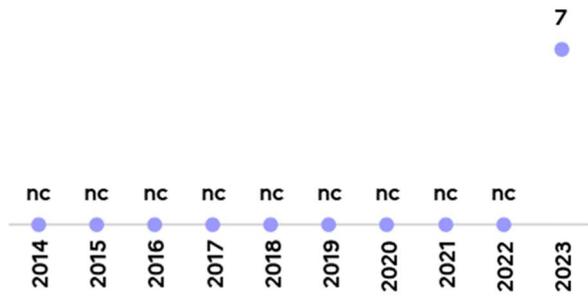
Abus d'autorité par élu ou PCMSP



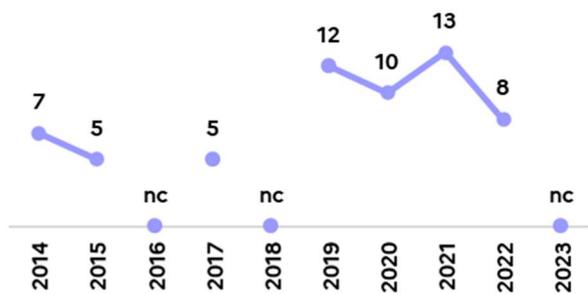
Manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP



Infractions au code électoral par fonctionnaire



Discrimination par PCMSP

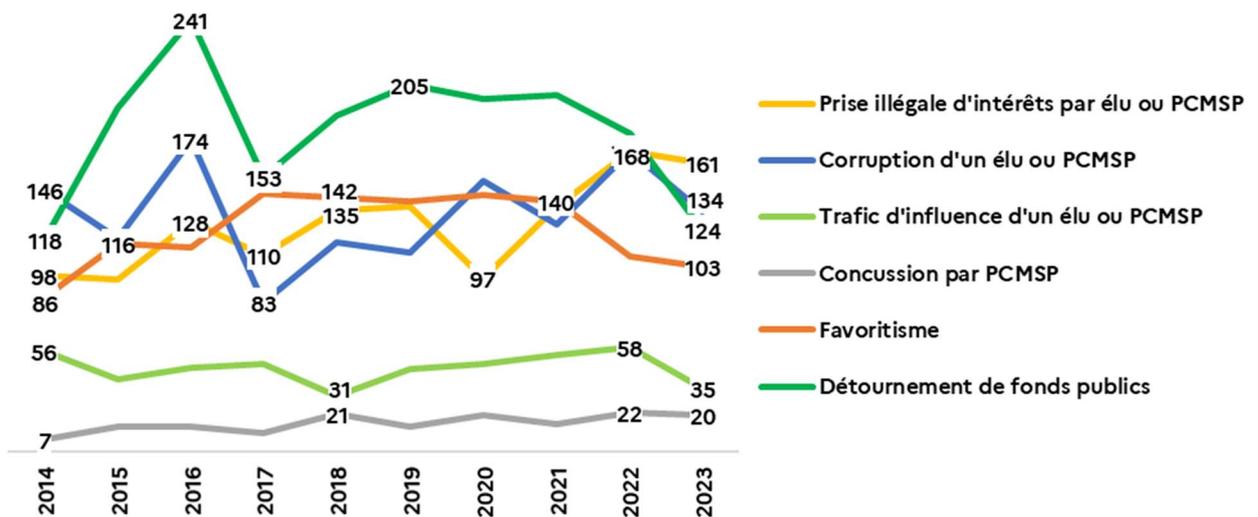


Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

nc : volume non communiqué en raison du secret statistique

Parmi les personnes orientées en 2023 par les parquets pour atteinte à la probité, la majeure partie sont mises en cause pour prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP (161, +64% par rapport à 2014), corruption d'un élu ou PCMSP (134, -8% par rapport à 2024), détournement de fonds publics (124, +5% par rapport à 2014, avec un pic à 241 personnes en 2016) ou favoritisme (103, +20% par rapport à 2014). Le trafic d'influence et la concussion par PCMSP sont plus rares avec respectivement 35 (-38% par rapport à 2014) et 20 personnes (+186% par rapport à 2014).

Graphique 3 : Focus sur les atteintes à la probité – Evolution du nombre de personnes dans les affaires orientées pour atteinte à la probité par type d'infraction

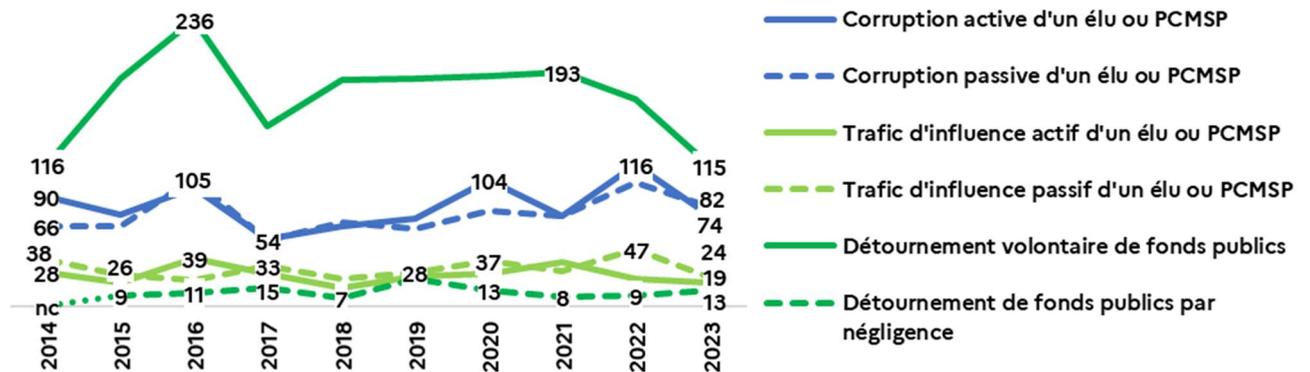


Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

Qu'il s'agisse de la corruption ou du trafic d'influence, le nombre de personnes orientées et mises en cause pour au moins une infraction qualifiée d'active est relativement proche de celui

observé pour les personnes orientées et mises en cause pour au moins une infraction qualifiée de passive. Concernant le détournement de fonds publics, en revanche, 115 personnes sont mises et en cause et orientées pour au moins une infraction de détournement volontaire en 2023 (avec un pic à 236 personnes en 2016), contre seulement 13 pour au moins une infraction de détournement par négligence.

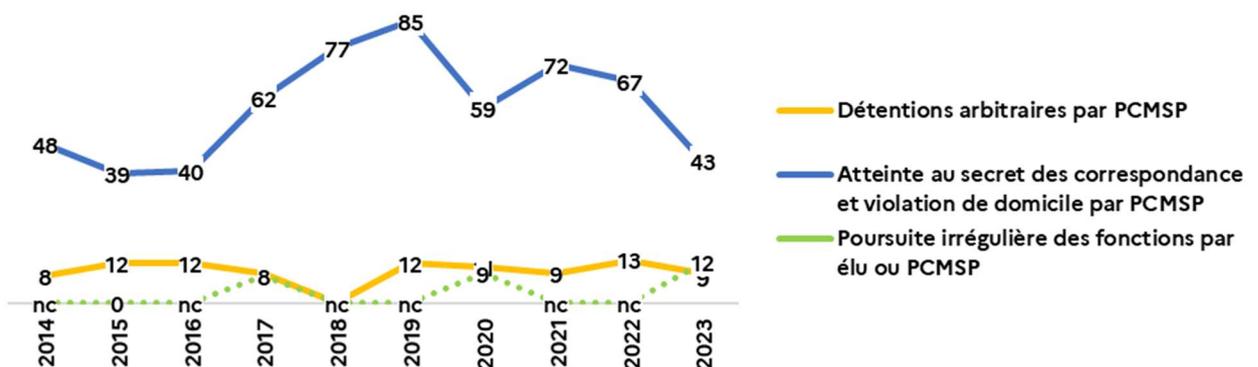
Graphique 3bis : Focus sur certaines infractions d’atteinte à la probité – Evolution du nombre de personnes dans les affaires orientées pour corruption, trafic d’influence et détournement de fonds publics selon que l’infraction soit qualifiée d’active / passive ou volontaire / par négligence



Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP
nc : volume non communiqué en raison du secret statistique

L’abus d’autorité par élu ou PCMSP concerne principalement les infractions d’atteinte au secret de correspondance et violation de domicile par PCMSP en 2023 (43 personnes orientées, 48 en 2014, et un pic à 85 en 2019). La poursuite irrégulière des fonctions par élu ou PCMSP concerne 12 personnes (moins de 5 en 2014) et les détentions arbitraires par PCMSP, 9 personnes (8 en 2014).

Graphique 4 : Focus sur les abus d’autorité – Evolution du nombre de personnes dans les affaires orientées pour atteinte à la probité par type d’infraction



Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP
nc : volume non communiqué en raison du secret statistique

1.2.2 Structure des orientations

Si le taux d'affaires non poursuivables est relativement faible pour l'ensemble du contentieux étudié (15,9% en 2023 contre 36,2% tous contentieux confondus), il varie fortement selon le type d'infraction :

- Pour les infractions de faux et usage de faux par PCMSP, le taux d'affaires non poursuivables s'élève à 12,5% en 2023, en baisse de 13,0 points en comparaison de 2017.
- A l'inverse, pour les infractions d'abus d'autorité par élu ou PCMSP, le taux s'élève à 33,9% en 2023, en hausse de 8,6 points par rapport à 2017.
- Par ailleurs, au sein du groupe infractionnel des atteintes à la probité (pour lequel le taux d'affaires non poursuivables dans son ensemble s'élève à 14,8% en 2023, en hausse de 2,2 points par rapport à 2017), ce taux a augmenté de 13,0 points entre 2017 et 2023 pour les infractions de prise illégale d'intérêts, et s'élève à 24,8% en 2023, tandis qu'il a diminué de 7,9 points pour les infractions de corruption d'un élu ou PCMSP pour s'établir à 9,0% en 2023.

Le taux de réponse pénale, particulièrement élevé pour l'ensemble du contentieux étudié (98,6% en 2023, contre 86,9% tous contentieux confondus), est proche des 100% pour tous les types d'infraction. Le plus faible taux de réponse pénale concerne les infractions de favoritisme (96,8% en 2023, -3,2 points en comparaison de 2017).

Tableau 2 : Structure des orientations des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public par type d'infraction

	Affaires orientées			Affaires non poursuivables			Taux de réponse pénale		
	2017	2023	Evol 2023 / 2017	2017	2023	Evol 2023 / 2017	2017	2023	Evol 2023 / 2017
Atteintes à la probité	467	479	+2,6%	12,6%	14,8%	+2,2 pts	99,8%	98,3%	-1,5 pt
Prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP	110	161	+46,4%	11,8%	24,8%	+13,0 pts	100,0%	98,3%	-1,7 pt
Corruption d'un élu ou PCMSP	83	134	+61,4%	16,9%	9,0%	-7,9 pts	98,6%	100,0%	+1,5 pt
<i>Corruption passive d'un élu ou PCMSP</i>	54	82	+51,9%	13,0%	nc	-	97,9%	100,0%	+2,1 pts
<i>Corruption active d'un élu ou PCMSP</i>	55	74	+34,5%	12,7%	12,2%	-0,6 pt	100,0%	100,0%	+0,0 pt
Trafic d'influence d'un élu ou PCMSP	49	35	-28,6%	10,2%	nc	-	97,7%	100,0%	+2,3 pts
<i>Trafic d'influence passif d'un élu ou PCMSP</i>	33	24	-27,3%	nc	0,0%	-	100,0%	100,0%	+0,0 pt
<i>Trafic d'influence actif d'un élu ou PCMSP</i>	27	19	-29,6%	nc	nc	-	95,8%	100,0%	+4,2 pts
Concussion par PCMSP	10	20	+100,0%	70,0%	nc	-	nc	100,0%	-
Favoritisme	144	103	-28,5%	9,0%	7,8%	-1,3 pt	100,0%	96,8%	-3,2 pts
Détournement de fonds publics	153	124	-19,0%	9,8%	10,5%	+0,7 pt	100,0%	97,3%	-2,7 pts
<i>Détournement volontaire de fonds publics</i>	148	115	-22,3%	10,1%	8,7%	-1,4 pt	100,0%	97,1%	-2,9 pts
<i>Détournement de fonds publics par négligence</i>	15	13	-13,3%	0,0%	nc	-	100,0%	100,0%	+0,0 pt
Discrimination par PCMSP	5	nc	-	nc	nc	-	nc	nc	-
Abus d'autorité par élu ou PCMSP	79	62	-21,5%	25,3%	33,9%	+8,6 pts	98,3%	100,0%	+1,7 pt
Détentions arbitraires par PCMSP	9	9	+0,0%	nc	nc	-	100,0%	100,0%	+0,0 pt
Atteinte au secret des correspondances et violation de domicile par PCMSP	62	43	-30,6%	29,0%	39,5%	+10,5 pts	97,7%	100,0%	+2,3 pts
Poursuite irrégulière des fonctions par élu ou PCMSP	8	12	+50,0%	nc	nc	-	100,0%	100,0%	+0,0 pt
Faux et usage de faux par PCMSP	51	136	+166,7%	25,5%	12,5%	-13,0 pts	100,0%	99,2%	-0,8 pt
Infractions au code électoral par fonctionnaire	nc	7	-	nc	0,0%	-	0,0%	100,0%	-
Manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP	6	21	+250,0%	0,0%	0,0%	-	100,0%	100,0%	+0,0 pt
TOTAL - Infractions susceptibles d'être commises par un décideur public	599	684	+14,2%	15,9%	15,9%	+0,1 pt	99,6%	98,6%	-1,0 pts
TOUS CONTENTIEUX CONFONDUS	2,016	1,979	-1,9%	30,2%	36,2%	+5,9 pts	90,8%	86,9%	-3,8 pts

Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

nc : volume non communiqué en raison du secret statistique - TOUS CONTENTIEUX CONFONDUS en millions

La structure de la réponse pénale diffère sensiblement selon les infractions :

- Les poursuites sont privilégiées pour tous les types d'infraction en 2023, hormis pour les manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP pour lesquelles la part des poursuites est de 47,6% ; les alternatives sont donc majoritaires avec un taux de 52,4%³⁹⁰.
- Le taux de poursuites est particulièrement élevé pour les infractions d'atteintes à la probité par élu ou PCMSP (92,3% en 2023) et les faux et usage de faux par PCMSP (91,5% en 2023).

³⁹⁰ Le taux d'alternatives n'est pas présenté dans le tableau mais se déduit du taux de poursuites (1-taux de poursuites).

- Pour les abus d'autorité par élu ou PCMSP et en particulier les atteintes au secret des correspondances et violation de domicile, le taux de poursuites est plus faible (65,4% en 2023), mais il reste néanmoins supérieur au taux de poursuites tous contentieux confondus.

Les saisines du juge d'instruction sont surreprésentées pour les infractions susceptibles d'être commise par un décideur public ; elles constituent 42,2% des poursuites en 2023, contre 5,4% tous contentieux confondus. Elles représentent la totalité des poursuites pour les infractions de poursuite irrégulière des fonctions par élu ou PCMSP, près de deux tiers des poursuites pour la corruption d'un élu ou PCMSP (74,6% pour la corruption active, 65,8% pour la corruption passive) et plus de la moitié des poursuites pour les faux et usage de faux par PCMSP et le trafic d'influence d'un élu ou PCMSP (72,2% pour le trafic d'influence actif, 52,2% pour le passif).

L'ouverture d'information résulte d'une constitution de partie civile dans 45,1% des cas pour l'ensemble du contentieux en 2023 (contre 17,7% tous contentieux confondus). La part des saisines du juge d'instruction résultant d'une constitution de partie civile est très élevée pour les infractions d'abus d'autorité par élu ou PCMSP (100%) et de faux et usage de faux par PCMSP (81,4%).

Tableau 3 : Structure de la réponse pénale des personnes mises en cause pour au moins une infraction susceptible d'être commise par un décideur public par groupe d'infractions

	Taux de poursuites			Part des saisines JI dans les poursuites			Part des saisines JI résultant d'une CPC		
	2017	2023	Evol 2023 / 2017	2017	2023	Evol 2023 / 2017	2017	2023	Evol 2023 / 2017
Atteintes à la probité	94,1%	92,3%	-1,8 pts	51,4%	40,3%	-11,2 pts	31,0%	24,2%	-6,8 pts
Prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP	84,5%	90,8%	+6,2 pts	42,7%	31,5%	-11,2 pts	37,1%	29,4%	-7,7 pts
Corruption d'un élu ou PCMSP	98,5%	96,7%	-1,8 pts	79,1%	64,4%	-14,7 pts	18,9%	7,9%	-11,0 pts
<i>Corruption passive d'un élu ou PCMSP</i>	97,8%	97,4%	-0,4 pts	88,9%	83,1%	-23,1 pts	20,0%	10,0%	-10,0 pts
<i>Corruption active d'un élu ou PCMSP</i>	100,0%	96,9%	-3,1 pts	81,3%	79,8%	-6,6 pts	12,8%	nc	-
Trafic d'influence d'un élu ou PCMSP	100,0%	97,1%	-2,9 pts	62,8%	51,5%	-11,3 pts	33,3%	nc	-
<i>Trafic d'influence passif d'un élu ou PCMSP</i>	100,0%	95,8%	-4,2 pts	77,4%	52,2%	-25,2 pts	33,3%	nc	-
<i>Trafic d'influence actif d'un élu ou PCMSP</i>	100,0%	100,0%	0,0 pts	60,8%	72,8%	+11,4 pts	nc	0,0%	-
Concussion par PCMSP	nc	94,1%	-	0,0%	nc	-	-	nc	-
Favoritisme	98,5%	96,7%	-1,7 pts	57,4%	39,3%	-18,0 pts	36,5%	20,0%	-16,5 pts
Détournement de fonds publics	95,7%	88,9%	-6,8 pts	51,5%	35,4%	-16,1 pts	23,5%	47,1%	+23,5 pts
<i>Détournement volontaire de fonds publics</i>	95,5%	88,2%	-7,3 pts	50,4%	35,6%	-14,8 pts	25,0%	46,9%	+21,9 pts
<i>Détournement de fonds publics par négligence</i>	100,0%	100,0%	0,0 pts	80,0%	80,0%	-30,0 pts	0,0%	nc	-
Discrimination par PCMSP	nc	nc	-	nc	nc	-	nc	nc	-
Abus d'autorité par élu ou PCMSP	75,9%	78,0%	+2,2 pts	13,6%	43,8%	+30,1 pts	100,0%	100,0%	0,0 pts
Détentions arbitraires par PCMSP	87,5%	100,0%	+12,5 pts	nc	nc	-	nc	nc	-
Atteinte au secret des correspondances et violation de domicile par PCMSP	69,8%	65,4%	-4,4 pts	nc	0,0%	-	nc	-	-
Poursuite irrégulière des fonctions par élu ou PCMSP	100,0%	100,0%	0,0 pts	nc	100,0%	-	nc	100,0%	-
Faux et usage de faux par PCMSP	81,6%	91,5%	+9,9 pts	71,0%	54,6%	-16,3 pts	72,7%	81,4%	+8,6 pts
Infractions au code électoral par fonctionnaire	0,0%	85,7%	-	0,0%	0,0%	-	-	-	-
Manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP	100,0%	47,6%	-52,4 pts	nc	nc	-	0,0%	0,0%	-
TOTAL - Infractions susceptibles d'être commises par un décideur public	91,2%	89,1%	-2,2 pts	48,5%	42,2%	-6,3 pts	37,8%	45,1%	+7,2 pts
TOUS CONTENTIEUX CONFONDUS	53,0%	61,6%	+8,6 pts	6,0%	5,4%	-0,6 pts	13,9%	17,7%	+3,8 pts

Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

nc : volume non communiqué en raison du secret statistique

2. Analyse des condamnations

2.1 Condamnations prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public

Sur la période 2014-2023, 2 110 condamnations ont été prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public, dont 1 906 (90,3%) pour une infraction principale d'atteinte à la probité.

37,1% des condamnations prononcées pour atteinte à la probité entre 2014 et 2023 concernent une infraction de détournement de fonds publics (volontaire dans 96,0% des cas). Les infractions de corruption d'un élu ou PCMSP concernent quant à elles 505 personnes, ce qui représente 26,5% des condamnations d'atteinte à la probité. Pour 62% des condamnations,

il s'agit d'une infraction de corruption active d'un élu ou PCMSP. Par ailleurs, 368 condamnations ont été prononcées pour prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP (19,3%).

Tableau 4 : Nombre de condamnations pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public entre 2014 et 2023

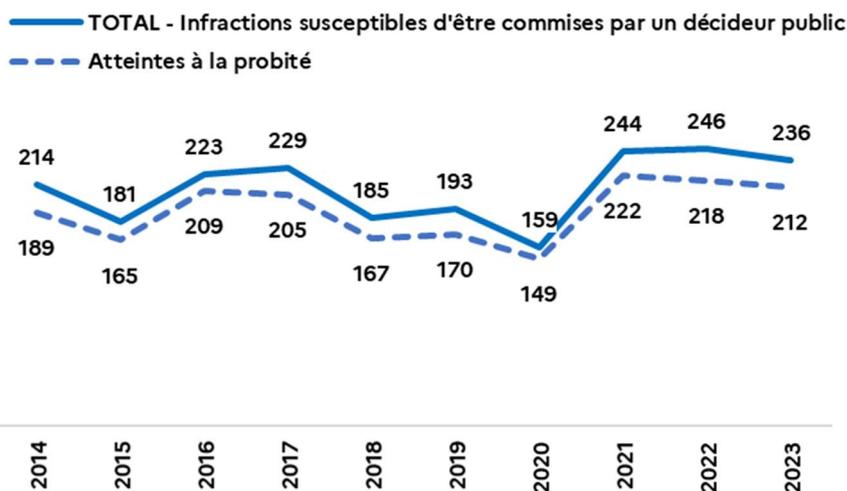
	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2014-2023
Atteintes à la probité	189	165	209	205	167	170	149	222	218	212	1 906
Prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP	32	31	35	46	30	38	25	57	35	39	368
Corruption d'un élu ou PCMSP	65	39	43	56	31	57	29	56	67	62	505
<i>Corruption passive d'un élu ou PCMSP</i>	19	16	16	30	15	11	13	20	23	31	194
<i>Corruption active d'un élu ou PCMSP</i>	46	23	27	26	16	46	16	36	44	31	311
Trafic d'influence d'un élu ou PCMSP	24	16	nc	nc	nc	0	17	nc	nc	10	107
<i>Trafic d'influence passif d'un élu ou PCMSP</i>	7	7	nc	nc	nc	0	nc	nc	nc	nc	40
<i>Trafic d'influence actif d'un élu ou PCMSP</i>	17	9	nc	0	nc	0	nc	nc	nc	nc	67
Concussion par PCMSP	nc	nc	nc	0	nc	0	0	nc	nc	0	8
Favoritisme	nc	nc	33	nc	30	17	11	33	22	16	211
Détournement de fonds publics	51	64	86	82	63	58	67	69	82	85	707
<i>Détournement volontaire de fonds publics</i>	51	nc	nc	nc	nc	nc	62	nc	73	nc	679
<i>Détournement de fonds publics par négligence</i>	0	nc	nc	nc	nc	nc	5	nc	9	nc	28
Discrimination par PCMSP	0	nc	0	nc							
Abus d'autorité par élu ou PCMSP	15	7	8	11	9	12	nc	10	nc	nc	93
Détentions arbitraires par PCMSP	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Atteinte au secret des correspondance et violation de domicile par PCMSP	15	7	8	11	9	12	nc	10	nc	nc	nc
Poursuite irrégulière des fonctions par élu ou PCMSP	0	0	0	0	0	0	0	0	nc	0	nc
Faux et usage de faux par PCMSP	nc	7	nc	nc	nc	7	nc	7	14	16	87
Infractions au code électoral par fonctionnaire	0	0	0	0	0	nc	0	0	0	0	nc
Manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP	nc	5	nc	nc	22						
TOTAL - Infractions susceptibles d'être commises par un décideur public	214	181	223	229	185	193	159	244	246	236	2 110

Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

nc : volume non communiqué en raison du secret statistique

La quasi-totalité des condamnations prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public concerne des infractions d'atteinte à la probité tout au long de la période étudiée, oscillant entre 88,1% en 2019 et 93,7% en 2020 et s'élevant à 90,3% en 2023.

Graphique 5 : Evolution de condamnations pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public entre 2014 et 2023



Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

1.2 Peines prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public

Sur la période 2014-2023, 2 110 condamnations ont été prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public. Parmi celles-ci, 301 ont été assorties d'une peine d'emprisonnement ferme (14,3%), avec un quantum moyen ferme de 14,5 mois. Par ailleurs, 1 090 condamnations ont été assorties d'une peine d'amende ferme (51,7%) pour un montant moyen ferme de 15 887€.

Concernant les condamnations prononcées pour une infraction principale d'atteintes à la probité par élu ou PCMSP (qui représentent 90,3% du contentieux étudié avec 1 906 condamnations prononcées entre 2014 et 2023), le taux d'emprisonnement ferme s'élève à 14,8%, avec un quantum moyen ferme de 14,8 mois. 53,4% des condamnations sont assorties d'une amende ferme, pour un montant moyen ferme de 16 523€.

Dans le champ des atteintes à la probité, les infractions de corruption d'un élu ou PCMSP sont les plus sévèrement réprimées avec un taux d'emprisonnement ferme de 30,7% sur la période 2014-2023 (31,5% pour la corruption active). Le taux d'amendes fermes est en revanche le plus élevé pour les infractions de trafic d'influence d'un élu ou PCMSP (68,2%).

Les infractions d'abus d'autorité par élu ou PCMSP représentent 4,4% des condamnations prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un élu sur la période 2014-2023. 24,7% des 93 condamnations prononcées pour abus d'autorité par élu ou PCMSP ont été assorties d'une amende ferme, d'un montant moyen de 1 343€³⁹¹.

Avec 87 condamnations prononcées, les infractions de faux et usage de faux par PCMSP représentent 4,1% des condamnations prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un élu sur la période 2014-2023. Ce contentieux est moins sévèrement réprimé que les atteintes à la probité avec un taux d'emprisonnement ferme de 10,3%, un quantum moyen ferme de 13,9 mois, un taux d'amendes fermes de 35,6% et un montant moyen d'amendes fermes de 6 002€.

³⁹¹ Le taux d'emprisonnement ferme pour ce contentieux n'est pas communiqué en raison de l'application du secret statistique.

Tableau 5 : Peines prononcées pour une infraction principale susceptible d'être commise par un décideur public sur la période 2014-2023

	Condam-nations (infraction principale)	Emprison-nement ferme	Taux d'emp. ferme	Quantum emp. ferme	Amendes fermes	Taux d'amendes fermes	Montant moyen des amendes fermes
Atteintes à la probité	1 906	283	14,8%	14,8 mois	1 017	53,4%	16 523
Prise illégale d'intérêts par élu ou PCMSP	368	nc	nc	nc	229	62,2%	11 856
Corruption d'un élu ou PCMSP	505	155	30,7%	14,7 mois	322	63,8%	23 074
<i>Corruption passive d'un élu ou PCMSP</i>	194	57	29,4%	15,8 mois	121	62,4%	15 284
<i>Corruption active d'un élu ou PCMSP</i>	311	98	31,5%	14,0 mois	201	64,6%	27 763
Trafic d'influence d'un élu ou PCMSP	107	16	15,0%	15,6 mois	73	68,2%	19 329
<i>Trafic d'influence passif d'un élu ou PCMSP</i>	40	10	25,0%	15,4 mois	28	70,0%	24 482
<i>Trafic d'influence actif d'un élu ou PCMSP</i>	67	6	9,0%	16,0 mois	45	67,2%	16 122
Concussion par PCMSP	8	0	0,0%	-	5	62,5%	7 200
Favoritisme	211	nc	nc	nc	121	57,3%	10 548
Détournement de fonds publics	707	102	14,4%	15,4 mois	267	37,8%	14 740
<i>Détournement volontaire de fonds publics</i>	679	nc	nc	nc	253	37,3%	15 215
<i>Détournement de fonds publics par négligence</i>	28	nc	nc	nc	14	50,0%	6 156
Discrimination par PCMSP	nc	0	0,0%	-	0	0,0%	-
Abus d'autorité par élu ou PCMSP	93	nc	nc	nc	23	24,7%	1 343
Détentions arbitraires par PCMSP	0	0	0,0%	-	0	0,0%	-
Atteinte au secret des correspondance et violation de domicile par PCMSP	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc
Poursuite irrégulière des fonctions par élu ou PCMSP	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc
Faux et usage de faux par PCMSP	87	9	10,3%	13,9 mois	31	35,6%	6 002
Infractions au code électoral par fonctionnaire	nc	0	0,0%	-	nc	nc	nc
Manquements aux obligations déclaratives auprès de la HATVP	22	nc	nc	nc	nc	nc	nc
TOTAL - Infractions susceptibles d'être commises par un décideur public	2 110	301	14,3%	14,5 mois	1 090	51,7%	15 887

Source : SSER-SID/Cassiopée, traitement PEPP

nc : volume non communiqué en raison du secret statistique

Enquête diligentée à la demande de la mission par la DACG auprès de quatre parquets généraux

Demande d'information aux parquets généraux de Aix-en-Provence, Douai, Fort-de-France et Grenoble sur l'évolution du phénomène de mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs publics

Dans le cadre de la mission portant sur la simplification de la responsabilité pénale des décideurs publics, confiée le 12 mars 2023 par le Premier ministre à Christian Vigouroux, président de section honoraire au Conseil d'Etat, la DACG a été sollicitée pour prendre part aux travaux menés sur cette thématique.

L'analyse des données statistiques révélés par ces travaux a suscité des questionnements quant à la corrélation entre la réalité du phénomène de mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs publics et sa perception parmi les personnes sollicitées dans le cadre de la mission.

Les membres de la mission ont émis le souhait de bénéficier d'éléments relatifs à la perception locale par les parquets du phénomène au cours des dernières années, afin plus précisément de savoir s'ils avaient constaté une évolution significative de ces mises en cause.

La direction des affaires criminelles et des grâces a ainsi adressé le 5 septembre 2024, un questionnaire aux parquets généraux de quatre cours d'appel : Aix-en-Provence, Douai, Fort-de-France et Grenoble.

Le questionnaire portait sur l'analyse des parquets concernant l'évolution, au cours des cinq dernières années (2019 à 2024), des affaires d'homicide involontaire, d'urbanisme, d'environnement et de de probité.

1 - Observations générales

De manière générale les parquets généraux ne relèvent **pas d'évolution quantitative significative du volume des affaires** mettant en cause des décideurs publics, sur la période considérée par le questionnaire.

Le parquet général d'Aix-en-Provence tempère néanmoins ce constat, évoquant une possible augmentation sur une période plus longue que celle prise en compte par le questionnaire, qu'il estime à 10 ou 20 ans et explique par un facteur sociologique, estimant que les faits commis par des décideurs publics sont aujourd'hui moins acceptables. Par ailleurs, ce parquet général relève une évolution, ces dernières années, tant en ce qui concerne la nature des qualifications retenues ainsi que dans les modalités de traitement de ce type d'affaires (concernant par exemple les modes de poursuite comme le choix des alternatives ou de la CRPC, ou encore concernant l'ouverture des procédures au contradictoire).

Les parquets généraux soulignent par ailleurs que le traitement de ces affaires pâtit de la combinaison de plusieurs facteurs. Leur traitement est long et complexe et les jugements interviennent tardivement compte-tenu des délais entre la commission des faits, leur révélation et leur traitement, du renvoi des affaires, des incidents procéduraux et des difficultés des juridictions à faire face à toutes les urgences. Par ailleurs, le sous-dimensionnement des services enquêteurs en matière économique et financière rend difficile leur prise en charge.

Ce contexte rend difficile l'appréhension de l'évolution dans la mise en cause des décideurs publics.

Plusieurs observations sont avancées, expliquant peut-être le décalage entre la perception et la réalité du phénomène de mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs publics. Elles concernent la **médiatisation** de ces affaires qui paraît jouer un rôle dans le poids qui leur est donné et la pression exercée sur les personnes concernées. Ainsi le parquet général de Douai relève que les dénonciations en matière de probité sont souvent accompagnées d'une couverture médiatique, au moins locale. Le parquet général de Fort-de-France indique que certaines affaires sont parfois issues de révélations faites sur les réseaux sociaux. Enfin l'ensemble des parquets soulignent la part que prennent les associations dans la dénonciation des faits.

2 – L'évolution du contentieux de la probité

S'agissant des saisines, dans ce domaine elles émanent de multiples acteurs tels que les autorités de contrôles (chambres régionales des comptes, TRACFIN, HATVP), voire de la DGFIP et du SNDJ- *devenu ONAF* - (PG de Grenoble) mais aussi de particuliers, d'associations, d'opposants politiques, voire des réseaux sociaux ou de dénonciations anonymes.

Plusieurs parquets soulignent la faiblesse des signalements par les autorités de contrôle et par comparaison le dynamisme des associations.

Le parquet de Fort de France fait état toutefois d'un manque de visibilité sur les affaires. Par ailleurs, l'insularité rend difficile le choix des services d'enquête voire le maintien de la compétence des juridictions locales.

Sur le fond, le parquet général d'Aix-en-Provence souligne que les affaires touchent principalement aux intérêts particuliers des décideurs publics en contradiction avec les intérêts publics et précise que la prise illégale d'intérêts est l'une des infractions les plus représentées. Ces affaires témoignent ainsi d'une approche plutôt confuse de l'intérêt général protégé par la loi.

Selon le parquet général de Fort-de-France il y a un manque de contrôle par la collectivité territoriale de Martinique des demandes de subventions européennes.

Le parquet général de Grenoble constate que les affaires visent en majorité des élus, notamment des maires concernant des affaires de prise illégale d'intérêts, de favoritisme (en matière de marchés publics) et de détournement de fonds publics. Néanmoins près de la moitié des faits sont classés sans suite ou prescrits.

Plusieurs parquets ont **mis en place des actions** destinées à favoriser le traitement de ces affaires. Peuvent ainsi être cités la programmation à Douai d'une réunion de travail avec la CRC locale à Douai et à Fort-de-France d'une action de formation avec TRACFIN à destination des magistrats, des OPJ et des professions assujetties à l'obligation de déclaration de soupçon, révélant leur volonté de dynamiser ce contentieux.

3 – L'évolution du contentieux des homicides et blessures involontaires

Les parquets généraux soulignent globalement le faible nombre d'affaires mettant en cause des décideurs publics en cette matière pour lesquelles les poursuites sont par ailleurs peu fréquentes, à l'exception notable du parquet général de Fort de France. Celui-ci relève en effet des mises en causes fréquentes en la matière, visant tant des personnes privées, physiques ou morales, que des hauts fonctionnaires ou des élus.

Sur le fond, le parquet général de Grenoble évoque la mise en examen de collectivités locales dans le cadre de deux affaires en lien avec l'aménagement ou l'entretien d'infrastructures.

Dans ce domaine également, le parquet général de Fort-de-France souligne la difficulté de trouver un service enquêteur impartial, citant l'exemple d'une procédure relative à l'homicide involontaire commis au préjudice de l'épouse d'un gendarme dont l'auteur potentiel était le commandant de la section de recherche.

4 – L'évolution du contentieux en matière d'urbanisme et d'environnement

La plupart des parquets généraux font état du faible nombre voire de l'absence d'affaires impliquant des décideurs publics dans ces domaines.

Le parquet général de Fort-de-France relève un faible taux de détection de type d'affaires qu'il explique par le taux de renouvellement des agents administratifs. Il explique par ailleurs que le montant élevé des frais de justice inhérents à ces contentieux est un frein au développement de ce type d'affaires.

Il souligne néanmoins que les peines progressent, notamment en termes d'amendes et de confiscations, qui sont de plus en plus significatives, ce qui ne paraissait pas concevable il y a encore quelques années.