



LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES À LA PROBITÉ

Journée d'étude du 20 mai 2022,
Université de la Nouvelle-Calédonie

Sous la direction de Sabrina Lavric

LARJE

 **Punc**
PRESSES UNIVERSITAIRES
DE NOUVELLE-CALÉDONIE

 **Unc**
UNIVERSITÉ
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

Chambre territoriale
des comptes
Nouvelle-Calédonie



LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES À LA PROBITÉ EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Actes de la journée du 20 mai 2022, Université de la Nouvelle-Calédonie

Sous la direction de Sabrina Lavric

© 2023 Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie – PUNC
Collection LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique
larje.unc.nc

Tous droits réservés

La reproduction partielle ou entière, sous quelque forme que ce soit, de la présente publication est interdite sans l'autorisation de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

All rights reserved

No part of this publication may be reproduced in any form or by any means without the written permission of the University of New Caledonia

ISBN : 979-10-91032-30-8

Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie

Avenue James-Cook – BP R4 – 98851

Nouméa CEDEX

unc.nc

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Mise en page/PAO : Parenthèses

Imprimeur : Ultimo Global



LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES À LA PROBITÉ EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Actes de la journée du 20 mai 2022, Université de la Nouvelle-Calédonie

Sous la direction de Sabrina Lavric

Le lien social ne tenait plus seulement par la menace de la répression mais par une préoccupation pour l'autre dont on avait jusqu'ici perdu le souvenir si tant est qu'elle eût jamais existé [...] Les hommes et les femmes semblaient découvrir que la liberté dont ils s'étaient revendiqués jusque-là, celle de piller la nature pour s'approprier toujours plus d'objets inanimés par un fétichisme dénué de sens, n'avait rien à voir avec la vraie liberté, celle que procurent la probité et le détachement.

Marc Dugain, *Transparence*, Gallimard, 2019

SOMMAIRE

Préface

Bruno Dalles	9
Procureur général, cour d'appel de Nouméa	

Propos introductifs et remerciements

Valérie Burtet-Sarramegna	12
Vice-Présidente en charge de la recherche et des relations internationales, Université de la Nouvelle-Calédonie	
Sabrina Lavric	14
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE (EA 3329), Institut François Géný (UR 7301)	

Les principales infractions d'atteinte à la probité

Jean-Marie Brigant	17
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Le Mans Université, membre du Themis-Um, membre associé de l'Institut François Géný	

Les particularités procédurales des infractions d'atteinte à la probité

Sabrina Lavric	31
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Lorraine, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, membre du LARJE (EA 3329), membre associée de l'Institut François Géný (UR 7301)	

La lutte contre les atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie : le point de vue de l'autorité judiciaire

Christian Pasta	41
Avocat général près la cour d'appel de Nouméa	

Le traitement judiciaire des atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie

Yves Dupas	49
Procureur de la République de Nouméa	

Le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics : quel apport à la lutte contre les atteintes à la probité ?

Florence Bonnafoux	51
Présidente de la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie	

La mise en œuvre du devoir de probité en Polynésie française	65
Emmanuelle Gindre	
Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles, Université de la Polynésie française, membre du GDI (EA 4240), membre associée du Centre de recherche sur la justice pénale et pénitentiaire (EA 7504)	
Le rôle de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique dans la lutte contre les atteintes à la probité	79
Michel Smaniotto	
Secrétaire général adjoint de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique	
Le rôle des associations anti-corruption	92
Thierry Blaisot	
Référént du groupe local Anticor	
La déontologie à la province Sud	98
Nicolas Pannier	
Secrétaire général de la province Sud	
Propos conclusifs	102
Stéphanie Damarey	
Professeure agrégée de droit public, Université de Lille	

Préface

Bruno Dalles

Procureur général, cour d'appel de Nouméa

Faut-il lutter contre la corruption?

Faut-il détecter et réprimer les atteintes à la probité?

Ces actions ne sont-elles pas des freins au développement économique et finalement une chimère, en particulier dans des espaces où tout le monde se connaît, où tout le monde se rend service, pour la famille, les amis, les amis d'amis, pour de la réciprocité?

La recherche d'un petit avantage est-elle induite lorsque ce dernier est acquis dans une relation de proximité? De confusion entre les sphères publiques et privées?

Doit-il y avoir une spécificité voire une exception insulaire de la Méditerranée au Pacifique? Est-il si loin le temps où l'« Administration » couvrirait des opérations de corruption internationale avec les Frais Commerciaux Exceptionnels (FCE), déclarés et conservés dans un coffre de la direction générale des douanes?

Est-il si loin le temps des rémunérations en liquide (non imposables) des membres des cabinets ministériels, de certains policiers, douaniers... sans doute pour les éloigner de toute tentation? Est-il si loin le temps où, droit dans les yeux, un ministre chargé de la lutte contre la fraude fiscale déclarait ne pas avoir de compte non déclaré à l'étranger? S'est-on d'ailleurs vraiment intéressé à l'origine des fonds laissés sur ce compte voyageur de Suisse à Singapour? Ne reste-t-on pas finalement sur l'écume et l'apparence des choses?

Force est de constater que, malgré les efforts constants depuis 30 ans d'essayer de lutter contre la corruption et les atteintes à la probité, malgré les instruments juridiques nationaux et internationaux (1997, convention OCDE; 1999, création du Groupement d'États contre la corruption, en parallèle de la convention du Conseil de l'Europe ; 2001-2003, négociation et adoption dans le cadre des Nations unies de la convention de Mérida et, en plus, extension du dispositif anti-blanchiment GAFI qui intègre la corruption comme infraction sous-jacente), malgré tous ces efforts, la France reste toujours dans la zone du 70^e pays sur 100 dans le barème de l'indice de perception de la corruption de Transparency International.

La météo de la corruption ou plus sérieusement l'analyse de risque est-elle aussi inquiétante? Quelle que soit la valeur de l'indice, cette appréciation croisée avec les multiples sondages sur l'image des décideurs politiques nationaux et locaux, celle des décideurs publics, plus largement, et quelles que soient certaines montées en température populiste, il convient objectivement de constater que la confiance n'est pas rétablie et que l'image dégradée issue des différentes époques de l'histoire de la corruption publique (scandales immobiliers des années 1970, scandales des financements politiques des années 1980 et 1990, scandales impliquant des grandes entreprises des années 2000, scandales d'« événements » individuels des années 2010-2020) pèse encore sur la perception contemporaine.

Si les formes de corruption ont pu se diversifier, différents constats contribuent à complexifier l'analyse et la mesure du phénomène : par définition la corruption est occulte, par construction, personne n'a intérêt à révéler le pacte de corruption pour ceux qui sont impliqués, rares sont les

« victimes » à pouvoir déposer plainte, l'écosystème secret laisse à chacun croire qu'il a intérêt à respecter le silence pour bénéficier un jour à son tour du système de corruption; l'insuffisance des mécanismes de détection, l'indigence aggravée des forces d'enquête policière et des capacités spécialisées judiciaires malgré la création du PNF (Parquet National Financier) et de l'AFA (Agence Française Anti-corruption) illustrent une situation préoccupante.

Il faut rajouter que, depuis 10 ans, le sujet n'est pas, au plus ou pas assez, « porté politiquement ». Veut-on vraiment lutter si le silence s'empare des acteurs politiques? Si aucune campagne nationale récente ne plaide sur l'urgence de donner un nouvel élan à la lutte contre la corruption et les atteintes à la probité?

Et pourtant, scandale des paris truqués de l'UEFA (Union of European Football Association), scandale de corruption au sein du Parlement européen, achats de votes, activités d'influence de puissances étrangères qui distribuent des valises de billets (au sens propre!), montée en puissance de la corruption de proximité liée à la criminalité organisée, en particulier en lien avec le trafic de stupéfiants... caractérisent la situation actuelle.

Peut-on encore occulter ces facteurs de risque au motif que des structures sont en place et que la prévention du risque paraît s'être améliorée avec les règles de conformité et de transparence dont l'efficacité mériterait d'être évaluée (registre des lobbyistes, registre des bénéficiaires effectifs, déclarations de patrimoine, déclarations d'intérêt, HATVP, AFA, programmes de conformité, loi Sapin 2, statut des lanceurs d'alerte...)? Doit-on se satisfaire de la mise en place de mécanismes de contournement, de leurre ou de diversion de l'ensemble de ces règles? N'y a-t-il pas des ententes bien organisées pour se répartir les marchés publics sans besoin de recourir à la corruption?

Quid du recrutement d'emplois fictifs dans des collectivités publiques, des sociétés d'économie mixte, des établissements publics? Quelles sont les nouvelles formes de financement des activités politiques? Quel est le nouveau visage des cabinets d'architecte, passage obligé des marchés publics des années 1980? Quelle est l'efficacité du contrôle de légalité, du contrôle des comptes publics et maintenant de la nouvelle responsabilité des décideurs publics?

Beaucoup de questions pour un colloque et un véritable état des lieux sans tabou et avec transparence pour essayer d'approcher la réalité de ce phénomène flou, multiforme et caché.

Indépendamment des questions d'évaluation du risque et de mesure de la qualité des réponses apportées, l'expérience tirée des politiques pénales de lutte contre la délinquance économique et financière conduit à affirmer que le curseur ne doit pas rester sur le périmètre étriqué des délits de corruption ou des atteintes à la probité mais embrasser plus largement les questions de lutte contre le blanchiment, de lutte contre la fraude fiscale et même des infractions douanières, car une valise de plus de 10 000 euros, c'est potentiellement un manquement à une obligation déclarative douanière (délit).

Notre cybercivilisation et l'explosion du marché des actifs numériques et virtuels supposent aussi de revoir les méthodes de détection de la compensation financière de la corruption. Les techniques de dissimulation et de confusion des flux criminels se révèlent de plus en plus complexes et internationales.

Ce colloque a le mérite d'ouvrir la boîte d'échange et de discussion, la qualité des interventions permettra à chacun de réévaluer son indice personnel de perception du risque et de l'efficacité des réponses.

Le défi reste immense de mettre à niveau notre appareil de détection, de coordination des actions, d'articulation du renseignement financier, de développement des techniques spéciales d'enquêtes, d'harmonisation et d'accélération des canaux de coopération internationale, de renforcement des capacités d'investigations policières et judiciaires, de cyber détection et de

l'effectivité des sanctions efficaces, en particulier grâce aux saisies et confiscations du produit du « crime », et même du patrimoine des délinquants et de leurs prête-noms...

Quelle que soit la synthèse de travaux, une nouvelle prise de conscience de la gravité de la situation s'impose car la corruption et le blanchiment des activités criminelles restent des facteurs de risque de déstabilisation financière de l'économie mondiale, de désorganisation concurrentielle de l'économie au préjudice des acteurs économiques qui respectent les règles, de fragilisation des finances publiques et donc de pérennité des structures étatiques et publiques (l'État ne peut pas toujours payer le préjudice direct et indirect des atteintes à la probité!), mais encore de risque pénal lié au recours à des mécanismes de dissimulation qui constitue le délit de blanchiment et moral et démocratique par la prise de contrôle du pouvoir par les organisations criminelles et leurs techniques particulières de règlement des conflits par la force et l'élimination physique des concurrents!

La perspective de devenir un « corrupto-État » comme il existe des « narco-États », les deux qualifications n'étant pas exclusives, doit être considérée comme un risque qui nécessite dès maintenant des stratégies renforcées de riposte.

Réfléchissons à un cadre de « légitime-défense préventive anti-corruption » pour un nouvel élan de protection de nos démocraties.

Propos introductifs et remerciements

Valérie Burtet-Sarramegna

Vice-présidente en charge de la recherche et des relations internationales,
Université de la Nouvelle Calédonie

Bonjour à toutes et à tous et bienvenue à l'université pour cette journée d'étude consacrée à la lutte contre les atteintes à la probité, organisée en collaboration avec la chambre territoriale des comptes, que je salue amicalement, journée organisée sous la direction scientifique de notre collègue Madame Sabrina Lavric, maître de conférences en droit privé et sciences criminelles et membre de notre unité de recherche en sciences juridiques et économiques, le LARJE (Laboratoire de recherches juridique et économique). Le LARJE, l'une de nos sept unités de recherche, couvre les domaines des sciences juridiques et économiques. Nos autres équipes de recherche couvrent les autres champs disciplinaires représentés à l'UNC : l'ISEA, ENTROPIE et ESPACE-DEV, pour les sciences dures, le LIRE, pour les sciences de l'éducation, et nos équipes TROCA et ERALO, pour les sciences humaines au sens large, notamment linguistiques et littéraires.

Au total, c'est une petite centaine de collègues qui est regroupée dans ces laboratoires, ce qui représente une force de recherche conséquente à l'échelle du territoire, et plus largement à l'échelle du Pacifique insulaire. Dans ce cadre, l'un des principaux atouts de l'activité de recherche de l'UNC est sans aucun doute sa pluridisciplinarité, lui permettant de mener des projets dans de nombreux domaines et sur des sujets multiples.

Je profite de cette ouverture officielle et de la présence de représentants institutionnels pour rappeler que ces unités de recherche conduisent non seulement des travaux scientifiques dans le cadre de la recherche universitaire ou dans le cadre partenarial du Consortium d'Enseignement Supérieur, de Recherche et d'Innovation Calédonien, le CRESICA, mais aussi des travaux d'études et d'expertise, et qu'elles peuvent ainsi être sollicitées par des partenaires et/ou des institutions sur des sujets d'intérêt. Mais revenons à notre sujet du jour, la lutte contre les atteintes à la probité.

Les atteintes à la probité, un sujet inédit (ou tabou ?)

C'est un thème qui jusqu'alors n'a pas – ou n'a que peu – été abordé par nos équipes de recherche mais qui s'inscrit dans un contexte national et international plus global et d'importance sociétal : celui de la prise de conscience croissante ces dernières années de la nécessité et du devoir de moralisation de la vie publique et politique. En fait, quand on y réfléchit, et c'est d'ailleurs une idée forte il me semble de cette journée d'étude, nous sommes tous concernés par ce sujet, notamment dans le contexte de l'exercice de nos fonctions au sein d'institutions ou d'établissements publics. Mais pas seulement, en fin de compte, c'est chaque contribuable qui est concerné. En effet, comme indiqué par les organisateurs de cette journée, auxquels je me permets ici d'emprunter leurs mots, car je n'aurais pas pu le formuler mieux : « Tout agent public, sans distinction, a une obligation de probité. Il doit exercer ses fonctions avec intégrité, honnêteté et désintéressement et ne pas poursuivre un intérêt personnel dans le cadre du service. La thématique de la lutte contre les atteintes à la probité présente des particularités propres à l'Outre-mer, et à la Nouvelle-Calédonie en particulier. »

En contexte insulaire, sans aller jusqu'à dire que le sujet est tabou, il est en tous cas sensible, et, à mon niveau, j'entrevois plusieurs raisons à cela.

Une des raisons qui expliquerait pour partie la sensibilité de ce sujet est certainement liée à la taille restreinte du pays et de sa société. Par beaucoup d'aspects, la Calédonie, comme on le dit souvent, c'est petit et, en conséquence, on dit aussi très souvent qu'ici tout le monde (ou presque) connaît tout le monde (ou presque). Cette petitesse favorise les proximités et augmente « mécaniquement » le risque de conflits d'intérêts, que ces derniers soient intentionnels ou non-intentionnels. Dans le secteur privé, le tissu économique de la Nouvelle-Calédonie étant caractérisé par une prépondérance des petites et très petites structures, on retrouve cet effet de petite taille des marchés qui pourrait favoriser les manquements à la probité, voire les tentations ou situations de corruption, et le risque de conflits d'intérêts, notamment dans les procédures de marchés publics. Je sais que certains grands groupes internationaux présents sur le territoire ont des politiques de prévention des atteintes à la probité, qui passent notamment par des formations régulières de leurs cadres. Mais les plus petites entreprises n'ont, pour la plupart, pas forcément accès à des formations ou même à une sensibilisation à la lutte contre les atteintes à la probité.

En tant que chercheurs et enseignants-chercheurs, l'ignorance et/ou la conscience même de ce problème potentiel nous interpelle, et c'est dans ce cadre que ce colloque a été décidé et conceptualisé. Le programme de cette journée de travaux et d'échanges vise ainsi à « explorer les différentes facettes de la lutte contre les atteintes à la probité, en croisant les regards de différents acteurs engagés sur les questions liées à la détection, à la poursuite, à la sanction, et aussi la prévention de ce type de comportements ».

Mieux connaître pour mieux œuvrer

À travers vos échanges et débats lors de cette journée de travaux, l'université va une nouvelle fois remplir son rôle de catalyseur de réflexions et de diffuseur des connaissances en abordant ce sujet encore relativement peu exploré en milieu ultramarin. Ainsi, cette journée d'étude a clairement pour ambition de faire œuvre utile pour tous les acteurs publics ou privés qui pourraient être exposés, de façon intentionnelle ou non, et d'une quelconque manière, à des situations de manquement à la probité. Les décideurs publics notamment et, finalement, l'ensemble des acteurs de la dépense publique sont concernés par cette thématique car, globalement, tout gestionnaire public ou toute personne recevant des fonds publics est tenue à une gestion rigoureuse et responsable.

Notre objectif est donc de mieux faire connaître ce sujet pour mieux œuvrer collectivement contre les atteintes à la probité qui – dans certains cas extrêmes – peuvent dramatiquement obérer tout développement collectif et mener à des situations économiques, sociales et politiques parfois catastrophiques pour les populations. En matière de probité, je crois que nous pouvons nous inspirer des règles et pratiques scandinaves et trouver aussi de nombreux exemples à ne pas suivre dans de nombreux pays en voie de développement ou parmi les pays les moins avancés.

Mais j'en reviens à notre rôle primordial de diffuseur de connaissances : comment lutter contre ce que l'on ne connaît pas ou peu, et comment éviter de commettre des manquements à la probité si l'on en ignore tout ou presque ? Créer ensemble ces connaissances et les diffuser est notre ambition commune et je remercie Sabrina Lavric de la porter au titre de l'UNC, et d'avoir efficacement œuvré à la mise en place de ce colloque, en partenariat avec la chambre territoriale des comptes, que je remercie également de nous soutenir dans cette action de rayonnement scientifique.

Pour finir, je tiens à remercier tous les participants à cette journée d'étude et notamment les intervenants extérieurs qui ont bien voulu prendre du temps pour participer à nos travaux. Je les remercie ici bien chaleureusement.

Je vous souhaite à toutes et à tous, au nom de la présidente de l'université, Madame Catherine Ris, de très fructueux travaux.

Sabrina Lavric

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE (EA 3329),
Institut François Génys (UR 7301)

À titre préliminaire, je souhaiterais, si vous me le permettez, remercier la Chambre Territoriale des Comptes de Nouvelle-Calédonie (CTC NC), à qui non seulement nous devons l'idée de cette journée d'étude mais qui a aussi apporté son soutien financier à sa réalisation.

Qu'il me soit ainsi permis de remercier Mme Souad El Gnaoui, qui m'a proposé d'organiser un évènement conjoint avec l'université autour de la thématique des atteintes à la probité, alors qu'elle occupait les fonctions de première conseillère à la CTC NC. Qu'il me soit aussi permis de remercier à mon tour et en mon nom, la présidente de la même chambre territoriale des comptes, Mme Florence Bonnafoux, avec qui nous avons élaboré, en bonne concertation, le programme de cette journée.

Je souhaiterais également rendre hommage au professeur Frédéric Stasiak, éminent spécialiste de droit pénal des affaires, notamment des manquements au devoir de probité, comme il tenait à les appeler – insistant par-là sur le « devoir » pesant sur tout agent public –, et collègue de l'université de Lorraine, auprès de qui j'avais évoqué ce projet de manifestation scientifique, et qui avait montré un intérêt certain à y participer... La vie ne l'a hélas pas permis, mais je voulais, à travers ces quelques mots, rendre hommage à sa mémoire et lui dédier cette journée.

Les principales infractions d'atteinte à la probité

Jean-Marie Brigant

Le Mans Université, Themis-Um, Institut François Géný

En toute matière, qu'il s'agisse d'argent ou de sentiment, la probité se reconnaît à ce signe qu'elle ne comporte ni les transactions ni les nuances.

P. Bourget, *La terre promise*, Paris, 1892, chap. V.

Les atteintes à la probité renvoient à une catégorie d'infractions regroupées dans l'actuel code pénal au travers d'une section intitulée « Des manquements au devoir de probité »¹. C'est à ce « concept-titre »², qui se compose en réalité de plusieurs infractions de corruption, qu'est consacrée cette contribution, ce qui suppose en guise d'introduction d'apporter plusieurs précisions concernant ce « bloc pénal ».

Il n'est pas inutile tout d'abord de rappeler l'origine de l'expression « des manquements au devoir de probité » qui n'est apparue qu'en 1992, à l'occasion de la réforme du code pénal 1810, auquel a succédé ce qu'on a appelé le « nouveau code pénal »³. Cependant, cette création terminologique semblait guidée par un souci de cohérence puisqu'elle opérait un renvoi au droit de la fonction publique, qui connaît déjà de cette obligation déontologique. Sous cet intitulé du code pénal de 1992 consacrant de manière négative le devoir de probité, se retrouvent plusieurs infractions qui, sous le code pénal de 1810, étaient regroupées sous la dénomination suivante : « de la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions »⁴. Outre la longueur et l'absence d'unité qui affectaient l'intitulé, ce dernier s'appuyait sur une notion fortement décriée : la « forfaiture », qui désignait alors un mécanisme d'aggravation des peines. Ce mécanisme était voué à disparaître du code pénal pour trois raisons : son inutilité, son obsolescence et sa dangerosité⁵. C'est la volonté de moraliser la vie publique confrontée au monde des affaires qui a conduit le législateur de l'époque à faire le choix « des manquements au devoir de probité » comme intitulé de cette section relative aux infractions de corruption par des fonctionnaires. Cette formulation empreinte de déontologie vient rappeler que le fonctionnaire exerce plus qu'un métier. Il est un serviteur de l'État : « [...] on parle de devoir, plutôt que d'obligation de probité, pour souligner que son fondement n'est pas contractuel mais social : ce devoir de probité pèse sur quelques-uns mais il est opposable à tous »⁶.

Il convient ensuite d'aborder cette catégorie des atteintes à la probité au travers de leur emplacement et de leur contenu. Premièrement, par leur localisation dans le code pénal, les atteintes à la probité permettent d'appréhender non seulement leur nature mais surtout la

1 Section III – Chapitre 2 – Titre II – Livre IV du *Code pénal* (1992).

2 Expression de Raymond Gassin, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *RRJ* 1987, n° 4, p. 1029.

3 L. n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, *JO*, 23 juill. 1992.

4 Il s'agit de la Section II (art. 166 à 198) du Chapitre III, « Crimes et délits contre la paix publique », du Titre I^{er}, « Crimes et délits contre la chose publique », du Livre III, « Des crimes, des délits et de leur punition », du *Code pénal* de 1810.

5 J.-M. Brigant, *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, 2012, § 397 et s.

6 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2023, § 988.

valeur sociale protégée par le législateur. Ces infractions forment la Section III du Chapitre II : (« Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique ») du Titre III (« Des atteintes à l'autorité de l'État ») du Livre IV (« Des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique »). On relèvera au passage qu'il existe trois types d'atteintes à l'administration publique, commises par des personnes exerçant une fonction publique : les abus d'autorité dirigés contre l'administration, ceux commis contre les particuliers et bien évidemment les « manquements au devoir de probité ». Deuxièmement, ce bloc pénal se compose des infractions suivantes : la concussion⁷, la corruption passive et trafic d'influence⁸, les prises illégales d'intérêts⁹, les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession plus connue sous l'appellation de « délit de favoritisme »¹⁰, et enfin les délits de détournements de biens publics¹¹. On constate alors qu'il s'agit exclusivement de délits¹² mais de délits attirés qui supposent que l'auteur soit une personne exerçant une fonction publique. La plupart de ces infractions existaient déjà sous le code pénal de 1810, les délits de favoritisme (1991) et de prise illégale d'intérêts par une personne exerçant une fonction juridictionnelle (2021) étant les plus récentes. Ces différentes atteintes à la probité peuvent se cumuler, comme l'a affirmé la jurisprudence criminelle, une double déclaration de culpabilité étant possible, notamment pour les délits de prise illégale d'intérêts et de favoritisme. En effet, cette absence de violation à la règle *non bis in idem* s'explique par le fait que ces délits sont fondés sur des faits distincts et qu'ils protègent des intérêts sociaux différents¹³. Si le délit de favoritisme garantit la transparence et l'égalité dans les marchés publics, l'incrimination de prise illégale d'intérêts a « pour finalité tant d'éviter les abus de fonctions que de garantir les autorités publiques de l'exécution impartiale par ses agents de leur mission »¹⁴.

Pour autant, la présente contribution concerne « les principales » atteintes à la probité, ce qui suppose d'être capable de les distinguer, sur la base d'un critère pertinent. En s'appuyant sur leur gravité, il serait possible de n'envisager que les infractions faisant encourir les peines les plus élevées. En l'occurrence, seules mériteraient une attention de notre part : la corruption et le trafic d'influence passifs ainsi que le détournement de fonds publics qui sont tous punis de dix ans d'emprisonnement et d'une amende d'un million d'euros. En réalité, ce premier critère, apparemment objectif, paraît assez arbitraire en pratique, ce qui conduit à envisager un deuxième critère fondé sur le nombre de poursuites et de condamnations prononcées (en métropole et en Outre-mer). Ce critère « jurisprudentiel » permettrait de recentrer cette contribution sur les délits de prise illégale d'intérêt d'un fonctionnaire en activité et de favoritisme mais ferait l'impasse sur les infractions les plus emblématiques que sont la corruption passive et le trafic d'influence, qualifications qui ne sont jamais bien loin des deux premières en pratique¹⁵. Un troisième critère fondé sur la légalité consisterait à focaliser notre attention sur les qualifications pénales ayant fait l'objet de Questions Prioritaires de Constitutionnalité (QPC). La mise en œuvre de ce critère conduirait à écarter les atteintes à la probité suivantes car n'ayant jamais fait l'objet de QPC devant la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel : la corruption passive, le trafic

7 C. pén., art. 432-10.

8 C. pén., art. 432-11 et 432-11-1.

9 C. pén., art. 432-12 à 432-13.

10 C. pén., art. 432-14.

11 C. pén., art. 432-15 et 432-16.

12 Jusqu'en 1943, la corruption passive et le trafic d'influence étaient des crimes et en remontant plus loin, la concussion et le détournement de fonds publics également.

13 Crim., 8 mars 2006, n° 05-85.276 ; 29 juin 2011, n° 10-87.498 ; 17 avr. 2019, n° 18-83.025, Bull. crim., n° 80 ; 20 mars 2019, n° 17-81.975 (aff. OPT – Nouvelle-Calédonie 3G).

14 Crim., 3 avr. 1991, n° 89-86.756, Bull. crim., n° 157.

15 Crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 (aff. Carignon/Lyonnaise des Eaux).

d'influence, la prise illégale d'intérêt par un ancien fonctionnaire (« pantouflage ») et enfin le détournement de fonds publics par négligence. Par conséquent, ne rentreraient dans le champ de l'étude que les atteintes à la probité ayant au moins fait l'objet d'une QPC : la concussion¹⁶, la prise illégale d'intérêts¹⁷, le favoritisme¹⁸ et le détournement de fonds publics¹⁹. Toutefois, ce critère ne permettrait d'envisager les atteintes à la probité qu'au travers de leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution, en mettant de côté des points essentiels de leur définition et leur répression. Sans doute, le seul critère qui paraît adéquat pour embrasser ces différents délits de fonction consiste à s'intéresser à leur *ratio legis* et à leur régime, ce qui revient à exclure le détournement de fonds publics par négligence²⁰. Ce délit prévu à l'article 432-16 du code pénal n'a pas pour finalité de sanctionner le manque de probité du fonctionnaire mais sa simple négligence²¹. Cette infraction fait l'objet d'une répression différenciée sur trois aspects. D'une part, cette infraction est punie de peines modestes, à hauteur d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende alors que les autres atteintes à la probité ont vu leur peine d'amende augmentée à la suite des lois du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique et du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la grande délinquance économique²². D'autre part, ce délit échappe au champ de l'action civile des associations anti-corruption qui se limitent aux : « infractions traduisant un manquement au devoir de probité, réprimées aux articles 432-10 à 432-15 du code pénal »²³. Enfin, de la même manière, relèvent de la compétence matérielle du procureur de la République financier les « Délits prévus aux articles 432-10 à 432-15, 433-1 et 433-2, 434-9, 434-9-1, 445-1 à 445-2-1 du code pénal »²⁴, à l'exclusion de l'article 432-16. Ainsi, cette contribution se limitera à une présentation analytique des atteintes intentionnelles à la probité prévues aux articles 432-10 à 432-15 du code pénal.

Face à ce bloc pénal composé de ces différentes infractions, il apparaît inutile voire contre-productif de les présenter successivement. En revanche, la comparaison des éléments constitutifs des infractions de concussion, de corruption passive et de trafic d'influence, de prises illégales d'intérêts, de favoritisme et du détournement de fonds publics paraît beaucoup plus fructueuse puisqu'elle permet de mettre à jour que tous ces délits obéissent à une triple logique. D'une part, une approche fonctionnelle s'impose pour définir et apprécier la qualité de l'auteur, qui doit être un agent public, permettant une répression extensive, bien au-delà de la stricte fonction publique (I). D'autre part, les comportements incriminés au titre de ces manquements à la probité relèvent d'une approche formelle, indifférente à la réalisation d'un quelconque résultat et sanctionnant les seuls abus de fonction (II). Enfin, une approche objective voire matérielle gouverne la composante morale de ces infractions, qui navigue entre déduction et présomption (III). L'application de cette triple logique confère à ces atteintes à la probité un caractère redoutable en pratique. Mais n'est-ce pas là « le prix » à payer pour lutter contre la corruption et préserver le lien entre gouvernants et gouvernés et, au-delà, le contrat social ?

16 Crim., 25 juin 2014, n° 13-88.069.

17 Crim., 30 nov. 2011, n° 11-90.093 ; 19 mars 2014, n° 14-90.001 ; 20 déc. 2017, n° 17-81.971.

18 Crim., 30 nov. 2011, n° 11-82.961 ; 23 juill. 2014, n° 14-90.024 ; 4 déc. 2019, n° 19-83.446 ; 18 déc. 2019, n° 19-81.724 ; 13 mai 2020, n° 20-90.001.

19 Crim., 11 déc. 2013, n° 13-82.193 ; 20 mai 2015, n° 13-82.193 ; 26 juin 2019, n° 18-86.826.

20 Voir not. J.-M. Brigant, « Le détournement de fonds publics par négligence : une infraction inattendue », in J.-M. Brigant (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, coll. *Thèmes & Commentaires*, 2018, p. 103 et s.

21 C. pén., art. 432-16 : « Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public. »

22 L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO*, 12 oct. 2013 et L. n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JO*, 7 déc. 2013.

23 C. pr. pén., art. 2-23.

24 C. pr. pén., art. 705, 1°.

I. L'APPROCHE FONCTIONNELLE : LA QUALITÉ DE L'AUTEUR

Les infractions appartenant à la catégorie des atteintes à la probité requièrent une condition préalable tenant à la qualité de l'auteur, ce dernier ne pouvant être qu'« une personne exerçant une fonction publique ».

Deux questions essentielles se posent concernant ces délits de fonction : la première concerne la définition même de ces personnes exerçant une fonction publique (A) tandis que la seconde question porte sur la manière dont le juge pénal apprécie cette qualité indispensable pour pouvoir retenir un manquement au devoir de probité (B).

A. La définition des personnes exerçant une fonction publique

Les auteurs des manquements au devoir de probité sont « les personnes exerçant une fonction publique » que le code pénal désigne par la formule générique de « personnes dépositaires de l'autorité publique, investies d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public ». Sur la forme, ce changement terminologique était nécessaire pour mettre fin à « des listes qui alourdisaient, souvent inutilement, les textes répressifs »²⁵. Il est vrai que le code pénal de 1810 faisait appel à des termes variés pour désigner les fonctionnaires²⁶. En adoptant cette nouvelle expression, le code pénal a manifesté ce souci de clarté formelle ayant présidé à la rédaction du livre IV en entier : uniformité, concision et abstraction²⁷. Sur le fond, le choix de cette expression était surtout justifié par la volonté du législateur d'entériner les solutions jurisprudentielles dégagées sous l'ancien code pénal²⁸. Il faut présenter successivement chacune des qualités qui fondent ce triptyque de la fonction publique.

Sont tout d'abord visées, comme pouvant commettre une atteinte à la probité, les personnes dépositaires de l'autorité publique, c'est-à-dire celles qui sont titulaires d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et les choses, pouvoir qu'elles manifestent dans l'exercice de leurs fonctions, permanentes ou temporaires, dont elles sont investies par délégation de la puissance publique. Il s'agit de la catégorie la plus proche de la qualité d'agent public entendue au sens du droit public, même si la nature de l'autorité ainsi que le rang dans la hiérarchie administrative importent peu²⁹. Bien que le législateur n'ait pas dressé de liste limitative des personnes dépositaires de l'autorité publique, la Cour de cassation a estimé que les dispositions légales sont suffisamment claires et précises, notamment en ce qu'elles concernent cette qualité de dépositaire de l'autorité publique de l'auteur de l'infraction, « dont le devoir de probité est en lien direct avec les fonctions qui lui sont confiées, pour permettre leur interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire »³⁰. Dans cette première catégorie, on y trouve généreusement les représentants de l'État (des maires jusqu'au président de la République), les fonctionnaires de l'État (qu'ils soient civils ou militaires), ceux des collectivités territoriales ainsi que les officiers ministériels.

Sont ensuite considérées comme auteurs d'une atteinte à la probité les personnes chargées d'une mission de service public, catégorie qui renvoie aux « personnes privées ou publiques qui, sans être dépositaires d'une parcelle de l'autorité publique, accomplissent à titre temporaire ou

25 P. Beau, « Concussion », *Rép. pén.*, mars 1997, n° 12.

26 Les termes suivants étaient ainsi utilisés pour désigner les agents publics : « fonctionnaires publics », « officier public », « agent du Gouvernement », « administrateur », « juge », « agent ou préposé d'une administration publique », « percepteur », « dépositaire », « comptables publics », « commandants ou agents de la force publique » ou bien encore « officiers publics ou ministériels ».

27 G. Giudicelli-Delage, « Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique », *RSC*, 1993, p. 494.

28 F. Colcombet, « Exposé général - Examen des articles », *Doc. Ass. nat.*, 1991/1992, n° 2244, p. 150.

29 *Crim.*, 20 nov. 1980, n° 79-92.715; 11 mars 1976, n° 75-91.258.

30 *Crim.*, 20 mai 2015, n° 14-86.842.

permanent, volontairement ou sur réquisition des autorités, un service public quelconque »³¹. Dans le même sens, la jurisprudence affirme de manière constante que :

« [...] doit être regardée comme chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du code toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique. »³²

Cette catégorie correspond aux personnes anciennement visées à l'article 177 de l'ancien code pénal sous la dénomination de « préposés et agents des administrations placés sous le contrôle de la puissance publique » qui, sans être de véritables agents de l'administration publique, faisaient néanmoins l'objet d'un certain contrôle de l'État : hôpitaux, URSSAF, universités, Chambres de Commerce et d'Industrie (CCI), Caisse des dépôts et consignations, etc. La jurisprudence a qualifié de personnes chargées d'une mission de service public le directeur d'un OPHLM³³, un employé de la RATP³⁴, un dirigeant de fait d'une association³⁵, un président d'université³⁶, le directeur économe d'une maison de retraite³⁷...

Enfin, le code pénal vise « les personnes investies d'un mandat électif public », c'est-à-dire celui conféré par un scrutin politique ouvert au suffrage universel direct ou indirect. Cette catégorie est apparue légitime au législateur « dans la mesure où la nature des fonctions peut conduire à douter que les intéressés entrent dans la catégorie des personnes dépositaires de l'autorité publique (ainsi, un député, à la différence d'un maire, n'exerce pas une fonction d'autorité), ou chargées d'une mission de service public »³⁸. Au sein de cette dernière catégorie, on trouve, d'une part, des élus au sens classique du terme, c'est-à-dire les députés européens, les parlementaires français³⁹, les conseillers régionaux, les conseillers généraux⁴⁰, les représentants des assemblées territoriales des outre-mer⁴¹, les maires et leurs adjoints⁴², sans oublier les conseillers municipaux⁴³ et, d'autre part, les élus de certains établissements publics administratifs tels que les CCI⁴⁴, les chambres des métiers⁴⁵, les syndicats intercommunaux, de communautés de communes ou bien les syndicats mixtes⁴⁶.

Néanmoins, cette définition unitaire du fonctionnaire sous ces trois qualités fait parfois l'objet d'adaptation de la part du législateur en fonction de certains manquements au devoir probité. Comme l'avait pressenti André Vitu, « une définition unique ne satisfera pas à tous les usages auxquels on voudra l'utiliser, et [...] il faudra, pour telle ou telle de ces infractions, élargir ou peut-être réduire la portée de la définition générale qui aurait été posée »⁴⁷. Une lecture des articles 432-10 et suivants du code pénal confirme qu'il ne s'était pas trompé. Tantôt, les trois qualités ne sont pas présentes : la catégorie des personnes investies d'un mandat électif n'est

31 Circ. Crim., 93/9FI du 14 mai 1993, *JO*, 28 mai 1993.

32 Crim., 14 juin 2000, n° 99-84.054; 30 janv. 2013, n° 11-89.224.

33 Crim., 14 nov. 2007, n° 07-81.082.

34 Crim., 2 avr. 1998, n° 97-83.119.

35 Crim., 30 janv. 2013, n° 11-89.224.

36 Crim., 17 déc. 2008, n° 08-82.318.

37 Crim., 6 févr. 2008, n° 07-83.078.

38 A. Vitu, « Concussion », *J.-Cl. Pénal*, juill. 2000, n° 8.

39 Crim., 24 févr. 1893, *Bull. crim.*, n° 49; *DP* 1893, I, p. 494 (*aff. du canal de Panama*).

40 Crim., 24 janv. 2007, n° 06-84.429.

41 Crim., 13 sept. 2006, n° 05-83.159.

42 Crim., 18 juin 1998, n° 97-82.527; 30 juin 1999, n° 96-81.935.

43 Crim., 16 juin 2010, n° 09-86.280.

44 Crim., 5 nov. 1998, *Bull. crim.*, n° 289.

45 Crim., 8 mars 1966, *Bull. crim.*, n° 83; 17 juin 2009, n° 08-88.116.

46 Crim., 7 mars 2012, n° 11-81.918.

47 A. Vitu, *RSC*, 1979, p. 128.

pas visée pour les délits de concussion et de détournements de fonds publics. Tantôt, les trois qualités ne sont pas suffisantes comme l'atteste la liste des personnes pouvant commettre les délits de favoritisme⁴⁸, de pantouflage⁴⁹ et de détournement de fonds publics⁵⁰.

B. L'appréciation des personnes exerçant une fonction publique

En matière d'atteintes à la probité, l'appréciation de la qualité des personnes exerçant une fonction publique va bien au-delà de la définition du fonctionnaire donnée par le droit de la fonction publique. *A priori*, le droit pénal comme le droit de la fonction publique ne visent qu'une seule et même catégorie d'individus lorsqu'ils font mention du devoir de probité : les fonctionnaires. Or la notion même n'est pas appréhendée, de manière identique, par les deux disciplines. Alors que le droit administratif retient une approche restrictive de l'agent public en s'appuyant sur un critère statutaire (nomination et titularisation), le droit pénal adopte quant à lui une vision extensive des personnes exerçant une fonction publique. Cette définition ne repose pas sur un critère statutaire mais fonctionnel puisque fondé sur l'exercice d'une mission participant à la gestion des affaires publiques. L'auteur doit être « chargé en tant que tel d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général »⁵¹. Avec cette approche très pragmatique, la jurisprudence judiciaire a qualifié de fonctionnaire : un ingénieur du Commissariat à l'énergie atomique mis à la disposition de l'Agence nationale de valorisation de la recherche⁵², un président du conseil départemental de la Croix-Rouge mais également des journalistes pigistes⁵³.

Cette démarche fonctionnelle du juge pénal pour déterminer les personnes chargées d'une mission de service public se double bien souvent en réalité d'une approche organique de la situation. Par exemple, pour retenir un délit de prise illégale d'intérêts à l'encontre d'un membre du conseil d'administration d'un port autonome, les juges ont précisé la nature de l'entité à laquelle était rattaché l'auteur, en l'occurrence un établissement public à caractère industriel et commercial⁵⁴. Dans le même sens, pour déclarer les journalistes pigistes coupables de corruption passive, les juges du second degré ont rappelé que :

« France 3 est une société nationale de programme, placée sous le contrôle de la puissance publique, qui œuvre dans le secteur public de la communication audiovisuelle, conformément à la loi du 30 septembre 1986, modifiée, et que l'article 32, alinéa 2, de l'annexe 2 du décret du 16 septembre 1994, portant approbation des cahiers des missions et des charges des sociétés France 2 et France 3, dispose que cette dernière réalise des émissions d'information sportive ouvertes à l'éventail de disciplines le plus large. »⁵⁵

48 C. pén., art. 432-14 : « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées [...] ».

49 C. pén., art. 432-13 : « [...] le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique [...]. Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom ».

50 C. pén., art. 432-15 : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés... »

51 Crim., 21 sept. 2005, n° 04-85.056, Bull. crim., n° 233.

52 Crim., 27 févr. 2002, n° 01-86.024, Bull. crim., n° 48.

53 Crim., 19 mars 2003, n° 02-80.374, Bull. crim., n° 73.

54 Crim., 21 nov. 2001, n° 00-87.532, Bull. crim., n° 243.

55 Crim., 19 mars 2003, n° 02-80.374, Bull. crim., n° 73.

Cette vision extensive de la qualité de personne exerçant une fonction publique peut s'expliquer par l'autonomie du droit pénal qui lui permet ainsi d'assurer une répression efficace. En effet, cette manifestation de l'autonomie du droit pénal « n'a jamais été créée par la jurisprudence pour garantir l'indépendance de la discipline mais pour punir ceux qui ne le seraient pas si l'on respectait les règles de la tierce branche du droit impliquée »⁵⁶. Le juge pénal peut alors s'affranchir du sens donné à la notion de fonctionnaire en droit public⁵⁷, franchissant les frontières du salariat (employés d'établissement public), des professions libérales (mandataires judiciaires, architectes) et du bénévolat (associations). Néanmoins, on peut se demander si cette capacité à voir en tout individu une personne exerçant une fonction publique ne va pas de pair avec cette « tendance à une désépécification des infractions qui concernent de plus en plus tous les citoyens »⁵⁸. De manière plus générale, cette approche fonctionnelle de l'agent public soulève deux interrogations.

La première question porte sur l'utilité de la catégorie des personnes investies d'un mandat électif public. S'il est vrai qu'en théorie, les trois qualités qui définissent l'agent public ont été conçues avec une certaine étanchéité, en pratique, il résulte de la jurisprudence récente une certaine fongibilité entre celles-ci. Celle-ci s'est manifestée à l'occasion des arrêts des 27 juin et 11 juillet 2018⁵⁹ par lesquels la chambre criminelle a conféré aux parlementaires, qui sont par principe des personnes investies d'un mandat électif public, la qualité de personne chargée d'une mission de service public ou de dépositaire de l'autorité publique. La question était de savoir si le délit de détournement de fonds publics pouvait être retenu à l'encontre d'un parlementaire alors même que les personnes investies d'un mandat électif public ne sont pas expressément visées par l'article 432-15 du code pénal? La réponse formulée par la Cour de cassation est positive car la mission dévolue aux parlementaires est « par essence une mission d'intérêt général qui consiste à voter la loi et a participé au contrôle de l'action du Gouvernement »⁶⁰. Selon la Cour, « le niveau supérieur et normatif de service public auquel le parlement se situe dans l'organisation de l'État conduit à considérer que le sénateur est une personne dépositaire de l'autorité publique ou une personne chargée d'une mission de service public »⁶¹.

Cette solution prétorienne conduit à pointer du doigt le troisième groupe (les personnes investies d'un mandat électif public) qui apparaît « manifestement comme un doublon par rapport au premier. [...] Sous couvert de précisions ici, le législateur dilue dans de la prose filandreuse un concept qui pourrait tenir en quelques mots, soit : une personne, nommée ou élue, exerçant une fonction publique »⁶².

La seconde interrogation concerne la possibilité d'attribuer la qualité de fonctionnaire à une personne morale. En dépit de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales opérée en 2004⁶³, les manquements au devoir de probité constituent des atteintes à

56 M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 83.

57 À noter que la Cour de cassation n'a refusé qu'une seule fois d'attribuer la qualité de personne chargée d'une mission de service public à l'égard d'un directeur adjoint du service Fret de la SNCF, en se référant exclusivement aux règles du droit ferroviaire (Crim., 28 oct. 2015, n° 14-82.186).

58 P. Lascoumes, P. Poncela, *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte?*, PUF, 1998, p. 52.

59 Crim., 27 juin 2018, n° 18-80.069; 11 juill. 2018, n° 18-80.264.

60 Crim., 27 juin 2018, n° 18-80.069.

61 Crim., 11 juill. 2018, n° 18-80.264 : « La Constitution confie au parlementaire, dans l'exercice de son mandat, une mission de service public d'agir dans l'intérêt de la Nation et la sauvegarde des intérêts des citoyens et qu'il est par ailleurs rendu dépositaire de l'autorité publique lorsqu'il décide de convoquer devant une commission parlementaire une personne qui encourt une amende si elle ne défère pas à la convocation, ou de visiter tous les lieux de privation de liberté ».

62 W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP*, 2002, n° 39, I. 166, § 8.

63 L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO*, 10 mars 2004, art. 54.

l'administration publique que seuls des fonctionnaires peuvent commettre. Or cette qualité paraît conférée uniquement aux personnes physiques, qu'elles soient dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public⁶⁴. La possibilité d'une responsabilité pénale des personnes morales pour des atteintes à la probité n'a pas été envisagée par le législateur, comme le prouvent les dispositions de l'article 432-17 du code pénal concernant les peines complémentaires encourues par les seules personnes physiques⁶⁵. En règle générale, c'est sous le prisme de la corruption active ou de l'infraction de recel d'atteinte à la probité que les personnes morales de droit privé (sociétés notamment) sont poursuivies et jugées. Cependant, par un arrêt remarqué du 19 décembre 2018⁶⁶, la Cour de cassation a reconnu que la qualité de personne chargée d'une mission de service public peut être attribuée à une personne morale, en l'occurrence un Syndicat Intercommunal à Vocations Multiples (SIVOM). Mais par la même décision, la chambre criminelle a estimé ensuite que la responsabilité pénale des personnes morales de droit public ne pouvait être engagée dès lors que les activités respectives de fixation d'une taxe et d'attribution d'un marché public, à l'occasion desquelles les délits de concussion et de favoritisme avaient été commis, ne peuvent faire l'objet d'une délégation de service public au sens de l'article 121-2 du code pénal. Cette situation d'exception conduit à une forme d'impunité des personnes morales de droit public qui sont pourtant tenues de se conformer aux dispositions anti-corruption de la loi « Sapin 2 »⁶⁷. Si l'approche fonctionnelle permet d'étendre le champ d'application des atteintes à la probité à de nombreuses personnes en leur conférant la qualité d'agent public, l'approche formelle vient incriminer des abus de fonction, indépendamment de tout résultat dommageable.

II. L'APPROCHE FORMELLE : LES COMPORTEMENTS INCRIMINÉS

Comme l'a fort justement résumé Emmanuel Dreyer, « le manque de probité est sanctionné pour lui-même, c'est-à-dire pour ce qu'il représente de trahison envers l'autorité et le public »⁶⁸. En effet, les comportements incriminés au titre des atteintes à la probité obéissent à une logique formelle puisqu'ils peuvent être retenus à l'encontre d'un agent public en l'absence de tout résultat dommageable (A). Dès lors que ce dernier a agi en situation de conflit d'intérêts, il sera dès lors punissable, indépendamment des suites de son comportement (B).

A. L'exclusion de tout résultat dommageable

Les atteintes à la probité constituent un bloc d'infractions formelles⁶⁹ qui sont constituées en l'absence du résultat redouté, qu'il s'agisse de l'obtention d'un profit, de la réalisation de l'opération visée ou d'un préjudice.

En premier lieu, la répression des manquements au devoir de probité n'est pas subordonnée à l'existence d'un profit personnel, même s'il faut bien admettre que les affaires de corruption sont liées d'une manière ou d'une autre à l'argent : la pratique des « pots-de-vin » ne relevant pas du mythe. L'enrichissement personnel n'est que « le mobile ou la raison concrète » qui peut faire commettre ces infractions, tout au plus sera-t-il pris en compte pour modérer ou aggraver la

64 En ce sens, J.-M. Brigant, *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, 2012, § 440 et s.

65 Comp. C. pén., art. 433-22 à 433-26.

66 Crim., 19 déc. 2018, n° 18-81.328.

67 L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JO*, 10 déc. 2016, art. 3 et 17.

68 E. Dreyer, *Droit pénal Spécial*, Ellipses, 2008, n° 1290.

69 La nature formelle de ces infractions permet ainsi de comprendre l'inutilité de l'incrimination de la tentative (corruption passive, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts). Bien que prévue pour certaines atteintes à la probité (concussion, favoritisme et détournements de fonds publics), la tentative ne donne lieu qu'à peu de jurisprudence en raison de la difficulté à distinguer l'infraction consommée de celle tentée, et ce en l'absence de résultat légal exigé.

sanction en fonction des circonstances. De manière constante et salutaire, la Cour de cassation rappelle que la caractérisation des manquements au devoir de probité n'est aucunement liée à l'obtention d'un profit ou gain. Telle est la solution retenue pour la prise illégale d'intérêts : « Le délit prévu par l'article 175 ancien, repris à l'article 432-12 du code pénal, est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect et se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel »⁷⁰. En matière de détournements de fonds publics, la chambre criminelle a également affirmé que « l'article 432-15 du code pénal n'exige pas que le prévenu ait eu l'intention de s'approprier les fonds détournés, ni qu'il en ait tiré un profit personnel »⁷¹. Dans le même sens, pour déclarer coupable de concussion une prévenue qui avait reconnu avoir sciemment, à la suite d'un changement de réglementation dont elle avait compris la portée, exigé la fourniture du timbre OMI et reçu indûment la contre-valeur de cette taxe, les juges ont relevé qu'il importait peu qu'elle n'eût tiré aucun profit de la commission des faits⁷².

En deuxième lieu, les atteintes à la probité sont consommées indépendamment de la réalisation de l'opération souhaitée, comme le rappelle la jurisprudence à propos des délits de corruption passive et de trafic d'influence. S'il est vrai que ces incriminations supposent comme moyens des « offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques », ces dernières sont caractérisées « par la simple sollicitation, directe ou indirecte, d'avantages quelconques, il importe donc peu que la contrepartie promise n'ait pas été effectivement perçue »⁷³. Ainsi, il est acquis que « la loi réprime la convention passée entre le corrupteur et le corrompu sans tenir compte de l'exécution de cette convention »⁷⁴. La solution est similaire pour le délit de prise illégale d'intérêts qui se consomme par le seul abus de fonction, même si l'opération en cause n'a pu aboutir⁷⁵.

En dernier lieu, un manquement à la probité, bien que classé dans les atteintes à l'autorité de l'État, peut être caractérisé, même en l'absence de tout préjudice causé à ce dernier. La chambre criminelle considère ainsi que l'infraction de prise illégale d'intérêts est constituée même s'il n'en résulte aucun préjudice pour la collectivité⁷⁶. Il en va de même dans l'hypothèse d'un détournement de fonds publics, peu importe que la somme détournée au profit d'un emploi fictif ait été ultérieurement réintégrée par décision préfectorale dans la dotation budgétaire du syndicat qui en avait assuré le règlement⁷⁷. Enfin, il faut ne pas oublier que le délit de concussion est constitué quand bien même les sommes indûment perçues le sont dans l'intérêt même de la collectivité publique⁷⁸.

B. L'incrimination des conflits d'intérêts

Le caractère formel de la catégorie des atteintes à la probité permet de comprendre que c'est moins la cupidité du fonctionnaire qui se trouve réprimée que l'abus de fonctions auquel il se livre. D'une certaine manière, « c'est le fonctionnaire partisan qui est réprimé, non le fonctionnaire véral »⁷⁹. Derrière chaque incrimination de ce bloc pénal, va être sanctionné

70 Crim., 21 juin 2000, n° 99-86.871, Bull. crim., n° 239; 15 déc. 1905, D. 1907.1. 195, rapp. Mercier.

71 Crim., 20 avr. 2005, n° 04-84.917.

72 Crim., 30 mars 1999, n° 97-85.172.

73 Crim., 9 nov. 1995, n° 94-84.204.

74 Crim., 4 juill. 1974, n° 93-14.473.

75 Crim., 21 févr. 2001, n° 00-81.167.

76 Crim., 22 oct. 2008, n° 08-82.068.

77 Crim., 30 mai 2001, n° 00-84.102.

78 Crim., 16 mai 2001, n° 99-83.467.

79 Ph. Conte, « Le délit d'ingérence (et spécialement sa commission par un maire ou par un conseiller municipal) », *Gaz. Pal.*, 1992, I. Doctr. 72.

l'agent public qui, dans l'exercice de sa fonction ou de sa mission ou à l'occasion de celles-ci, a choisi ou a été soupçonné de choisir un intérêt particulier plutôt que l'intérêt supérieur dont il a la charge. Depuis 2013, il est d'ailleurs formellement inscrit dans la loi que « Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts »⁸⁰. Selon les termes du législateur, un conflit d'intérêts renvoie à « 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 »⁸¹. L'appréciation de cet intérêt litigieux impose au juge pénal de prendre en compte la temporalité du conflit d'intérêts. Selon la commission Sauvé, « l'appréciation des intérêts éventuellement conflictuels doit donc porter sur une durée raisonnable et pertinente, c'est-à-dire sur une durée au regard de laquelle il est possible de considérer que le "lien" d'intérêt unissant l'acteur public à l'entreprise, la société ou la personne en cause est définitivement et irrémédiablement rompu »⁸². En ce sens, la Cour de cassation a estimé que les seules circonstances qu'un maire et son ancien adjoint se soient retrouvés dans les mêmes lieux lors de manifestations officielles communales ne caractérisent pas, faute de proximité particulière entre eux, l'existence d'un intérêt au sens de l'article 432-12 du code pénal⁸³.

La majorité des infractions du bloc pénal cherche à réprimer des conflits d'intérêts réels où le fonctionnaire a choisi un intérêt particulier au détriment de l'intérêt supérieur qui devait guider son action. C'est notamment le cas pour les délits de corruption passive et de trafic d'influence, la concussion, ainsi que pour le détournement de biens publics pour lesquels l'abus de fonction est accompli. Cependant, ces infractions n'éliminent pas les situations à risques car il arrive que l'intérêt particulier existe déjà en germe bien que non encore réalisé. C'est la simple possibilité de l'abus de fonction qui sera alors incriminée⁸⁴. Les conflits d'intérêts du fonctionnaire seront ainsi réprimés à titre préventif par le biais de délits-obstacles, c'est-à-dire d'« incriminations tendant à empêcher la survenance de tentations plus graves »⁸⁵. Ainsi, la pratique du favoritisme a toujours été un vecteur important de corruption et de financement occulte de partis politiques. Le délit de favoritisme a justement été créé avec ce double souci de réprimer la partialité et de prévenir la vénalité de l'agent public lors du processus d'attribution des marchés publics. Telle sera également la mission des délits de prise illégale d'intérêts qui visent à sanctionner « celui qui établit des liens trop étroits entre ses intérêts personnels et ceux des entreprises que ses fonctions le chargent ou le chargeaient de contrôler, des liens si étroits qu'ils font pressentir un manquement au devoir de probité de l'agent concerné »⁸⁶. Au détour de certaines décisions, les juges n'hésitent pas à rappeler que « les dispositions légales de l'article 432-12 du code pénal ont pour finalité de faire échec à toute suspicion de partialité à l'égard des personnes dépositaires de l'autorité publique, notamment celles chargées d'une mission de service public; qu'elles imposent non seulement la probité mais aussi l'apparence de la probité »⁸⁷.

80 L. org. n° 2013-906 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO*, 12 oct. 2013, art. 1^{er}.

81 L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO*, 12 oct. 2013, art. 2.

82 Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Pour une nouvelle déontologie, 26 janv. 2011, p. 18.

83 Crim., 13 mars 2018, n° 17-86.548.

84 Chauveau et Faustin, *Théorie du Code pénal*, Legrand et Descauriet, 1834, Tome IV, p. 130.

85 V. Brault-Jamin, *Les élus et fonctionnaires territoriaux devant la justice pénale*, PUG, 2001, n° 163.

86 M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. Themis, 4^e éd., 2000, p. 295.

87 Crim., 17 déc. 2008, n° 08-82.318.

Les atteintes à la probité ne répriment que les conflits d'intérêts présentant une certaine intensité, ce qui suppose une contradiction ou une interférence entre les intérêts privés et l'intérêt supérieur, qui soit de nature à susciter un doute raisonnable sur l'impartialité de l'agent public⁸⁸. L'intérêt supérieur est ici incarné par l'intérêt général, véritable boussole pour tout serviteur de l'État. En fonction des infractions, l'intérêt général va se manifester sous différentes formes : transparence et rigueur des finances publiques pour le délit de concussion, fonctionnement normal de l'État avec la corruption passive et le trafic d'influence, l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité pour les délits de prise illégale d'intérêts, la liberté et l'égalité d'accès des candidats dans les marchés publics garanties par l'infraction de favoritisme et enfin la gestion impartiale des intérêts financiers au travers du détournement de fonds publics. Quant à l'intérêt particulier que privilégie le fonctionnaire au détriment de l'intérêt général, il peut prendre deux formes : d'une part, un intérêt matériel ou patrimonial qui constitue la manifestation la plus classique et la plus répandue (rémunérations, sommes d'argent, ristournes, marchés publics, logement, documents juridiques, montres et bijoux, etc.) et, d'autre part, un intérêt moral, forme plus contemporaine, qui peut résulter de l'avantage accordé à une personne avec laquelle l'agent a des liens affectifs, tels des liens familiaux ou amicaux, ou politiques...

Il convient de terminer en rappelant que les manquements à la probité permettent de réprimer les conflits d'intérêts ainsi que les convergences d'intérêts. En matière de prise illégale d'intérêts, la chambre criminelle a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que « l'article 432-12 du code pénal n'exige pas que l'intérêt pris par le prévenu soit en contradiction avec l'intérêt communal »⁸⁹. La solution vaut également pour le délit de détournements de fonds publics : « L'article 432-15 du code pénal n'exige pas que l'emploi par le prévenu des biens ou des fonds à des fins autres que celles prévues par la personne publique à laquelle ils appartiennent, soit contraire à l'intérêt de celle-ci »⁹⁰. En matière de lutte contre la corruption, il importe peu que les intérêts particuliers convergent avec l'intérêt général dès lors que les règles de fonctionnement de l'État ont été délibérément faussées.

À l'approche formelle des comportements incriminés au titre des atteintes à la probité, s'ajoute une approche objective de l'élément intentionnel dont la consistance paraît très légère.

III. L'APPROCHE MATÉRIELLE : L'ÉLÉMENT MORAL

Les atteintes à la probité apparaissent comme des infractions redoutables, en raison d'un « élément moral en réduction », « proche de la "mort clinique" »⁹¹ comme le révèle leur composition limitée au dol général (A) et leur démonstration facilitée par le recours à des présomptions (B).

A. Une composition limitée

Conformément aux dispositions de l'article 121-3 du code pénal, les atteintes à la probité apparaissent comme des infractions intentionnelles dont la composition mérite d'être précisée. En effet, le dol général apparaît comme suffisant pour caractériser ces manquements, aucun dol spécial n'étant exigé par le législateur. Il en résulte qu'une atteinte à la probité est constituée de la simple conscience doublée de la volonté d'accomplir l'acte prohibé, même si l'auteur n'a pas eu l'intention frauduleuse de s'approprier les deniers publics.

88 J.-M. Brigant, *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, 2012, § 459 et s.

89 Crim., 19 mars 2008, n° 07-84.288 ; 22 oct. 2008, n° 08-82.068.

90 Crim., 24 oct. 2018, n° 17-87.077.

91 Expressions de J.-H. Robert, *Dr. pénal*, 1999, comm. 103.

Il en va ainsi pour le délit de concussion qui présente une nature intentionnelle⁹² : l'expression légale « qu'il savait ne pas être dû »⁹³ confirme que la conscience chez l'agent d'exiger ou de recevoir des sommes indues permet à elle seule de caractériser l'élément moral.

En matière de prise illégale d'intérêts, c'est à l'occasion de l'affaire *Lanoix* en 1905 que la Cour de cassation va affirmer que « la conscience de prendre illicitement un intérêt dans une entreprise que l'agent doit surveiller suffit à caractériser l'élément moral »⁹⁴. Cette importante décision met fin à une jurisprudence ancienne qui soutenait que le fonctionnaire n'était puni que s'il avait été animé d'un esprit de fraude. Cette exigence ancienne d'un dol spécial reposait sur différents arguments : d'une part, les travaux parlementaires qui évoquaient « l'abus de confiance de la part du fonctionnaire » et de « turpitude » de sa part, laissant ainsi entrevoir la preuve d'un esprit de lucre, d'autre part, la mention par l'ancien article 175 du code pénal des « actes simulés et interpositions de personnes », expression synonyme de manœuvres frauduleuses et, enfin, le calcul de l'amende qui s'opérait à partir des profits réalisés.

La jurisprudence criminelle a également admis qu'un dol général est suffisant pour caractériser le délit de détournement de fonds publics, l'article 432-15 du code pénal n'exigeant pas que le prévenu ait eu l'intention de s'approprier les fonds détournés⁹⁵.

Le délit d'avantage injustifié n'échappe pas non plus à cette tendance, même si certains auteurs ont pu douter de l'existence d'un quelconque élément moral pour cette infraction en raison du silence du texte d'incrimination (évoquant un « délit matériel »)⁹⁶. Cependant, en vertu de l'article 121-3 du code pénal, il s'agit bien logiquement d'un délit comportant un élément intentionnel. Selon la jurisprudence criminelle, « l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public »⁹⁷. Il n'est même pas nécessaire de rechercher si le fonctionnaire avait eu l'intention de favoriser quelqu'un. Toutefois, à l'occasion de l'adoption de la loi Sapin 2, les sénateurs avaient proposé d'introduire une référence expresse à l'élément moral au travers de l'expression « en connaissance de cause »⁹⁸. Inutile au regard des dispositions de l'article 121-3 du code pénal qui confèrent aux délits un caractère intentionnel, cette proposition du Sénat a été abandonnée car elle risquait en outre de conduire à une dépénalisation de certains comportements⁹⁹.

Quant aux délits de corruption passive et de trafic d'influence, la composition de leur élément moral s'avère plus difficile à cerner, même si pour une majorité d'auteurs¹⁰⁰ le but de la corruption doit être rattaché à l'acte matériel tandis que l'intention réside dans la conscience de l'acte de complaisance. Cette conscience d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de la fonction suffit ainsi à caractériser l'élément moral.

92 Crim., 9 déc. 1904, S. 1905. 1. 112.

93 C. pén., art. 432-10.

94 Crim., 15 déc. 1905, Bull. crim., n° 554; S. 1909, 1, 109; *DP*, 1907, 1, 195, rapp. Mercier.

95 Crim., 20 avr. 2005, n° 04-84.917; 19 juin 2002, Bull. crim., n° 140; 19 janv. 1960, n° 93-56.059, Bull. crim., n° 26.

96 B.-A. Pireyre, « Marchés publics (Favoritisme) », *Rép. pén.*, avr. 1998, n° 80; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6^e éd., 2005, n° 218.

97 Crim., 14 janv. 2004, n° 03-83.396, Bull. crim., n° 11; 23 juill. 2014, n° 14-90.024.

98 Sénat, *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 8 juill. 2016 et 3 nov. 2016.

99 L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, *JCP* 2017, act. 3, AR, J.-M. Brigrant.

100 J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^e éd. 2010, n° 1138; M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, PUF, 2000, p. 289 et 290.

Non seulement le législateur se contente d'un dol général pour réprimer les atteintes à la probité, mais la jurisprudence va plus loin, en facilitant la démonstration de celui-ci.

B. Une démonstration facilitée

En pratique, la démonstration de la mauvaise foi de l'auteur d'une atteinte à la probité est grandement facilitée. En effet, la jurisprudence criminelle a recours à deux mécanismes pour établir l'intention coupable de l'agent public : la déduction, d'une part, et la présomption, d'autre part.

Tout d'abord, le juge pénal n'hésite pas à déduire l'élément moral du manquement au devoir de probité du comportement matériel adopté par l'auteur. Il faut bien reconnaître que les modes opératoires et les circonstances qui entourent la perpétration des faits délictueux autorisent dans de nombreux des cas à se convaincre sans difficulté de la mauvaise foi des agents (interposition de personnes, utilisation de prête-nom ou bien encore création d'une association écran). Ainsi, en matière de prise illégale d'intérêts, la Cour de cassation affirme de manière constante que « l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit »¹⁰¹. La chambre criminelle en fait de même pour l'infraction de favoritisme, estimant que :

« [...] l'élément intentionnel du délit [...] est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Encourt dès lors la cassation, l'arrêt de non-lieu qui énonce que le délit suppose que soit établie l'existence d'une intention de nuire. »¹⁰²

Enfin, le détournement de fonds publics n'y échappe pas non plus puisqu'il a été reconnu que « le simple fait, pour le directeur d'une maison de retraite, en sa qualité de chargé d'une mission de service public, de détourner les deniers publics, suffit à constater l'intention délictueuse du prévenu »¹⁰³.

Ensuite, pour caractériser l'élément moral des atteintes à la probité, la jurisprudence a tendance à poser une présomption d'intention en se fondant sur la qualité du ou des auteurs. Ces derniers sont bien souvent des élus avec une longue expérience de la chose publique ou des fonctionnaires avec des connaissances juridiques suffisantes. Avec une certaine sévérité, la Cour de cassation a ainsi estimé que l'élément moral du délit de prise illégale d'intérêts résultait du manquement des prévenus à l'obligation, que leur imposait leur mandat électif, de vérifier la régularité des engagements qu'ils prenaient pour eux-mêmes ou pour la commune¹⁰⁴. La qualité de professionnel des personnes poursuivies pour des manquements à la probité fait donc peser sur ces dernières une véritable « présomption de connaissance obligée ou d'ignorance interdite »¹⁰⁵. En pratique, la juridiction répressive s'appuiera sur la gravité et la réitération des irrégularités relevées¹⁰⁶ ainsi que sur l'expérience du prévenu¹⁰⁷ pour caractériser l'intention délictueuse. En matière de concussion, il été jugé qu'ayant la qualité de « juriste de profession », l'agent ne pouvait ignorer l'illicéité de son acte¹⁰⁸. Comme l'a fort bien résumé Haritini Matsopoulou, « dès lors que l'intéressé n'est pas atteint d'un trouble mental, et dès lors qu'il se trouve avoir la qualité

101 Crim., 21 nov. 2001, Bull. crim., n° 243; 27 nov. 2002, Bull. crim., n° 213; 22 oct. 2008; 17 déc. 2008, n° 08-82.318, Bull. crim., n° 258.

102 Crim., 14 janv. 2004, Bull. crim., n° 11; 5 nov. 2008, n° 08-82.399; 14 déc. 2011, n° 11-82.854.

103 Crim., 6 févr. 2008, n° 07-83.078.

104 Crim., 25 juin 1996, n° 95-80.592, Bull. crim., n° 273; 18 févr. 1987, Bull. crim., n° 80.

105 Y. Muller-Lagarde, « La bonne foi : "Peau de chagrin" du droit pénal des affaires », *Gaz. Pal.*, 15/17 mars 2009, p. 30.

106 Crim., 24 oct. 2001, *Dr. pénal*, 2002, comm. 26, note M. Véron.

107 Crim., 8 mars 2006, n° 05-85.276; 27 sept. 2006, n° 06-81.300; 22 nov. 2006, n° 05-85.919; 25 juin 2008, n° 07-88.373.

108 Crim., 16 mai 2001, Bull. crim., n° 124.

d'agent ou de fonctionnaire public, les juges présument sa connaissance de la loi, et par suite sa volonté de méconnaître les dispositions légales ou réglementaires »¹⁰⁹. Il faut bien admettre qu'il est extrêmement difficile pour ces professionnels de la chose publique de renverser cette présomption. En effet, la jurisprudence refuse de prendre en compte l'ignorance ou bien encore une erreur de droit¹¹⁰. C'est ce qu'a appris à ces dépens un directeur général d'un office public HLM « qui ne peut autrement qu'en invoquant l'erreur de droit, se prévaloir d'une ignorance des dispositions réglementant les marchés publics pour justifier de son comportement »¹¹¹. Selon les juges, le prévenu, poursuivi pour complicité de favoritisme, ne saurait, surtout à son niveau de responsabilité, arguer de son ignorance de la nécessité de passer un marché public pour le contrat de maîtrise d'œuvre de l'opération immobilière. Il ne peut encore moins mettre en avant des mauvaises relations avec l'auteur pour justifier son comportement, le mobile de l'aide et de l'assistance étant indifférent. Il va de même pour ceux qui ont ouvertement revendiqué leur incompétence en dépit d'une longue expérience de la fonction publique¹¹². Mais « avouons », comme le souligne Michel Véron, que « c'est difficilement plaidable devant le tribunal correctionnel, sauf pour un prévenu ayant un goût immodéré pour l'autoflagellation... Pour les autres, la condamnation paraît inévitable »¹¹³, exception faite de certains manquements à la probité jugés par la Cour de justice de la République¹¹⁴.

109 H. Matsopoulou, « Marchés publics », *J.-Cl. Pénal*, 2001, n° 30.

110 L'argument est généralement rejeté par la jurisprudence qui considère que l'erreur de droit doit être insurmontable ou invincible (Crim., 11 juin 1998, n° 97-80.905; 15 sept. 1999, n° 98-87.588; 17 oct. 2007, n° 06-87.472; 23 juill. 2014, n° 14-90.024).

111 Crim., 29 janv. 2020, n° 19-82.942.

112 Crim., 24 oct. 2001, *Dr. pénal* 2002, comm. n° 26, note M. Véron.

113 Note ss Crim., 15 déc. 1999, *Dr. pénal*, 2000, n° 27.

114 CJR, 29 nov. 2023, aff. Dupont-Moretti (relaxe au motif qu'il n'est pas établi de « conscience suffisante qu'il pouvait avoir de s'exposer à la commission d'une prise illégale d'intérêts en ordonnant les enquêtes administratives litigieuses »).

Les particularités procédurales des infractions d'atteinte à la probité

Sabrina Lavric,

Université de Lorraine, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie,
LARJE, Institut François Géný

Nous venons de voir, à travers l'intervention de Jean-Marie Brigant, que les infractions sanctionnant des manquements au devoir de probité présentaient toute une série de particularités du point de vue du droit pénal de fond, de par la qualité des auteurs concernés, la structure de leur élément matériel ou le contenu de leur élément moral.

Cette nature particulière sur le fond emporte également un certain nombre de conséquences sur la forme, qu'il nous convient de présenter. La procédure pénale présente en effet certaines spécificités dans le domaine des infractions d'atteinte à la probité qui relèvent, du point de vue de leur nature, de la délinquance économique et financière (délinquance dite « Eco-fi »).

Le domaine des manquements au devoir de probité pénalement sanctionnés présente ainsi des particularités à la fois du côté des acteurs de la répression (I) et des outils procéduraux mis à leur disposition (II).

I. LES ACTEURS DE LA RÉPRESSION EN MATIÈRE D'ATTEINTES À LA PROBITÉ

Concernant les acteurs de la procédure pénale, les infractions d'atteinte à la probité font apparaître une pluralité de compétences juridictionnelles (A) ainsi que l'existence d'un parquet spécialisé, le Parquet national financier (B).

A. Une pluralité de compétences juridictionnelles

En matière de délinquance économique et financière, il existe déjà différents niveaux de compétence juridictionnelle, avec les Juridictions Inter-Régionales Spécialisées (JIRS), créées par la loi Perben 2¹ et mises en place en octobre 2004. La Nouvelle-Calédonie relève à ce titre de la JIRS de Paris, dont la compétence territoriale s'étend précisément aux cours d'appel de Paris, Bourges, Orléans, Versailles, Mamoudzou, Nouméa, Papeete, Saint-Denis de La Réunion et au tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre-et-Miquelon.

La compétence matérielle de la JIRS qui concerne, d'une part, la criminalité organisée et, d'autre part, les infractions économiques et financières, inclut naturellement les infractions d'atteintes à la probité. Ainsi, l'article 704 du code de procédure pénale, qui définit la compétence des JIRS en matière économique et financière, vise expressément en son 1^o les délits prévus aux articles 432-10 à 432-15 du code pénal, soit dans l'ordre, la concussion, la corruption passive, le trafic d'influence passif, la prise illégale d'intérêts, les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession, autrement dit, le favoritisme, ainsi que la soustraction ou le détournement de biens intentionnels ou par négligence².

1 L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO*, 10 mars 2004.

2 C. pr. pén., art. 704 : « Dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent, la compétence territoriale d'un tribunal judiciaire peut être étendue au ressort de plusieurs cours d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions suivantes : 1^o Délits prévus par les articles 222-38, 223-15, 2313-1 et 313-2, 313-6, 314-1 et 314-2, 323-1 à 323-4-1, 324-1 et 324-2, 432-10 à 432-15, 433-1 et 433-2, 434-9, 434-9-1, 442-1 à 442-8 et 321-6-1 du code pénal [...] »

Sa compétence s'étend à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des délits; mais elle est concurrente à celle du parquet local et s'appuie sur des critères (de répartition) définis par la loi : le même article 704 vise ainsi « les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ». Le choix entre le maintien de la compétence locale et l'attribution de la compétence à la JIRS s'opère ainsi au cas par cas, dans l'idée que la JIRS de Paris ne se saisira que lorsqu'elle pourra apporter une plus-value au traitement du dossier, selon les termes employés par le procureur de Paris Rémy Heitz³. S'agissant de l'action du parquet de Paris dans les outre-mer (et de la « clé de répartition » avec les parquets locaux), le procureur de Paris expliquait récemment que « bien souvent, la saisine JIRS s'explique moins par la complexité du dossier, toujours cependant requise pour fonder cette compétence, que par la difficulté pour le parquet local de conserver l'affaire en raison de la qualité des suspects, notamment s'agissant des élus », ceci expliquant que « la JIRS de Paris [soit] amenée à connaître d'affaires d'atteinte à la probité, dans un souci de bonne administration de la justice »⁴. Mais la saisine de la juridiction interrégionale spécialisée dans ce type de dossiers n'est pas sans poser des difficultés d'ordre pratique, au regard des moyens d'enquête sur place souvent limités et la nécessité de dépêcher sur place des enquêteurs de métropole (pour un temps nécessairement réduit alors que les investigations, dans ce type de dossier, s'inscrivent souvent dans la durée)⁵. À ces compétences concurrentes dans le domaine des infractions d'atteinte à la probité, s'ajoute une autre compétence matérielle : celle d'un parquet judiciaire spécialisé.

B. L'existence d'un parquet judiciaire spécialisé

Ce parquet judiciaire spécialisé est le Parquet National Financier (PNF), créé par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la fraude fiscale et à la grande délinquance financière et par la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier. Le PNF est aujourd'hui compétent dans le domaine des atteintes aux finances publiques, des atteintes à la probité, des atteintes au bon fonctionnement des marchés financiers et des atteintes au libre jeu de la concurrence. On précisera que sa compétence est exclusive pour les atteintes aux marchés financiers. En revanche, pour les autres (dont les atteintes à la probité), il n'exerce qu'une compétence concurrente qui, là encore, est soumise au critère de « grande complexité » de l'affaire, comme l'indique l'article 705, 1° du code de procédure pénale⁶.

Le Parquet national financier est un parquet spécialisé, car composé de magistrats eux-mêmes spécialisés en matière économique et financière, autonome (distinct du parquet de Paris, bien qu'hébergé dans les locaux du tribunal judiciaire de Paris) et doté d'une compétence nationale. Il est donc compétent en Nouvelle-Calédonie, et s'est d'ailleurs récemment saisi d'une affaire, qualifiée de « serpent de mer » par la presse locale⁷ : celle dite du « câble sous-marin » impliquant l'OPT (Office des Postes et des Télécommunications). Une enquête préliminaire a ainsi été

3 R. Heitz, « L'action de la JIRS financière et de la nouvelle juridiction nationale de lutte contre la criminalité organisée (JUNALCO) », in S.-M. Cabon et E. Gindre (dir.), *L'efficacité des dispositifs de lutte contre les atteintes à la probité – La nécessité d'une réflexion pour les Outre-mer*, LexisNexis, 2022, p. 32.

4 *Op. cit.*, p. 35.

5 *Op. cit.*, p. 34.

6 C. pr. pén., art. 705 : « Le procureur de la République financier, le juge d'instruction et le tribunal correctionnel de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43,52,704 et 706-42 pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions suivantes : 1° Délits prévus aux articles 432-10 à 432-15,433-1 et 433-2,434-9,434-9-1,445-1 à 445-2-1 du code pénal, dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent [...] »

7 <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvelcalédonie/cable-sous-marin-l-opt-vise-par-une-enquete-du-parquet-national-financier-990013.html>

ouverte en janvier 2021 par le PNF pour des soupçons de favoritisme, prise illégale d'intérêts et corruption d'agents publics dans le cadre de la décision d'attribuer à la société Alcatel submarine networks un marché pour la pose d'un second câble sous-marin destiné à sécuriser l'accès du territoire à internet.

On précisera qu'en cas de saisine du PNF, la suite de la procédure (instruction éventuelle voire jugement) relève de la compétence du juge d'instruction et du tribunal correctionnel de Paris⁸.

La création du PNF, au lendemain de l'affaire Cahuzac, a permis à la France de répondre aux recommandations adressées par l'OCDE en 2012 d'intensifier sa lutte contre la corruption internationale⁹. Mais cette création concourt plus largement à « une politique publique plus générale de transparence démocratique et de lutte contre la fraude et les atteintes à la probité, ces infractions portant atteinte à la solidarité nationale, à l'exemplarité et à la confiance dans les institutions de la République »¹⁰, ainsi qu'on peut le lire sur le site du PNF.

La spécificité des infractions sanctionnant les manquements au devoir de probité se traduit donc déjà, sur la forme, par une pluralité de compétences juridictionnelles (spécialisées ou non) qui doit en principe favoriser l'accès au juge judiciaire, et empêcher que des faits ne puissent trouver leur « juge ». Finalement l'autorité judiciaire compétente en la matière est protéiforme, et cette caractéristique suppose d'articuler les compétences concurrentes – le critère de grande complexité, qui détermine à la fois la compétence de la JIRS et celle du PNF (et qui se déduit « notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ») étant évidemment nécessaire au regard de la loi mais peut-être pas déterminant s'agissant des territoires ultra-marins.

L'efficacité de l'autorité judiciaire dépendant également des moyens mis à sa disposition, se pose ainsi la question de la spécialisation des services d'enquête. À cet égard, s'il existe, depuis 2013¹¹, un Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales (OCLCIFI), qui est un service central de police judiciaire comprenant notamment une brigade nationale de lutte contre la corruption et la criminalité financière, on ne retrouve pas forcément, au plan local, cette même spécialisation au sein des services et donc les mêmes moyens d'investigation. En 2021, Thomas Pison, procureur général de Papeete, évoquait la « pénurie » d'officiers de police judiciaire spécialisés en « Eco-fi » en Polynésie française (pointant tout à la fois la question de la formation et celle du recrutement des agents)¹². Il suggérait également quelques pistes d'amélioration, telles que la création, sur le modèle de l'OFAST (Office AntiStupéfiants¹³), d'une antenne Pacifique Sud de l'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales (qui est un service central de police judiciaire comprenant notamment une brigade nationale de lutte contre la corruption et la criminalité financière) ou encore celle « d'une *task force* projetée sur le territoire pour une durée déterminée afin de mener des enquêtes ciblées »¹⁴.

8 C. pr. pén., art. 705, al. 2, 3 et 4.

9 <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/origines-du-pnf>

10 <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/origines-du-pnf>

11 Décr. n° 2013-960 du 25 octobre 2013 portant création d'un office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales, *JO*, 27 oct. 2013.

12 Dénonçant le sous-dimensionnement des services enquêteurs sur le territoire de la Polynésie française, voir Th. Pison, 2022, « L'efficacité des outils de lutte contre les atteintes à la probité sur le territoire polynésien », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), *L'efficacité des dispositifs de lutte contre les atteintes à la probité – La nécessité d'une réflexion pour les Outre-mer*, préc., p. 86.

13 L'OFAST a succédé à l'Office Central pour la Répression du Trafic Illicite des Stupéfiants (OCRTIS) au 1^{er} janv. 2020.

14 *Ibid.*, p. 87.

Ainsi, il existe une pluralité d'acteurs de la répression des infractions d'atteinte à la probité, y compris dans les Outre-mer et en Nouvelle-Calédonie notamment. À cette spécificité, s'ajoutent des particularités d'ordre procédural *per se*, à travers différents outils mis à la disposition des premiers.

II. LES OUTILS PROCÉDURAUX DE LA RÉPRESSION DES ATTEINTES À LA PROBITÉ

Le domaine des atteintes à la probité fait apparaître certaines particularités du côté des outils mis à la disposition des acteurs de la répression. Ainsi, des moyens d'investigation renforcés sont d'abord prévus pour faciliter la constatation de certaines infractions d'atteinte à la probité et à la confiance publique (A). Ensuite des procédures spécifiques, alternatives aux poursuites ou au jugement, sont disponibles, et peuvent apparaître comme des procédures adaptées à la « répression » des auteurs de manquements au devoir de probité pénalement sanctionnés (B).

A. Des moyens d'investigation renforcés

Certaines infractions d'atteinte à la probité permettent des moyens d'investigations renforcés. Ainsi l'article 706-1-1 du code de procédure pénale prévoit le recours possible à des techniques spéciales d'enquête¹⁵ pour une série de délits incluant la corruption passive de l'article 432-11 du code pénal et le détournement de bien de l'article 432-15 (voilà pour les manquements au devoir de probité *stricto sensu*) ainsi qu'à tous les délits de corruption et de trafic d'influence prévus par le code pénal (corruption active et trafic d'influence actif, ainsi que les formes spéciales de ces infractions¹⁶).

Sont ainsi permis le recours à la surveillance, à l'infiltration, à l'accès à distance aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique, ainsi qu'aux autres techniques spéciales d'enquête, dont le régime a été unifié et les dispositions réorganisées au sein d'une même section¹⁷ à la faveur de la loi du 23 mars 2019¹⁸, et qui correspondent au recueil des données techniques de connexion et interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques, aux sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, et à la captation des données informatiques.

La liste peut paraître longue, pour autant elle ne correspond pas à l'intégralité du champ de la procédure pénale spéciale (ou « procédure pénale *bis* [*ter*, *quater*, etc.] »¹⁹) applicable aux seules infractions qui relèvent de la criminalité organisée au sens des articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale. Ainsi ces deux formes de criminalité, la criminalité organisée, d'une part, et la criminalité économique et financière, d'autre part, connaissent un traitement procédural différencié, qui se fonde sur des représentations socio-culturelles opposant le « grand banditisme » à la délinquance des élites (délinquance dite « en col blanc »)²⁰. En ce sens, le Conseil constitutionnel a lui-même énoncé, pour refuser d'étendre à la corruption l'ensemble

15 Celles visées aux articles 706-80 à 796-87, 706-95 à 706-103, 706-105 et 706-106 du C. pr. pén.

16 Touchant les magistrats, arbitres et les personnels de justice (art. 434-9 et 434-4-1 C. pén.) ou les agents publics étrangers (C. pén., art. 435-1 à 435-4 et 434-7 à 434-10).

17 Correspondant aux art. 706-95-11 à 706-102-9 du C. pr. pén.

18 L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO*, 24 mars 2019.

19 Ch. Lazerges et H. Henrion-Stoffel, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 656.

20 Sur cette « dissociation juridique », voir A. Roux, « La corruption comme crime organisé : l'exemple de la Corse dans la perspective d'une unification de la procédure pénale », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), *préc.*, p. 25.

des techniques spéciales d'enquête, que « les infractions énumérées par l'article 706-1-1, de corruption et de trafic d'influence ainsi que de fraude fiscale et douanière, constituent des délits qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes »²¹. Dénonçant une incohérence juridique (la criminalité organisée incluant déjà des atteintes aux biens) et criminologique (la corruption apparaissant, sous différentes formes, comme un moyen de la criminalité organisée)²², certains auteurs plaident pour un rattachement de la corruption au crime organisé et pour une unification procédurale²³.

On leur objectera que l'unité de la criminalité organisée est sans doute déjà elle-même en trompe-l'œil. Il n'existe pas une mais trois listes d'infractions qui appellent pour chacune un traitement procédural distinct (avec une application maximale et automatique de la procédure pénale dérogatoire aux seules infractions visées à l'article 706-73; une application tout aussi maximale mais soumise au principe de spécialité pour les infractions visées à l'article 706-74; et, entre les deux, une application de plein droit des dispositions spéciales à l'exception de celles régissant la garde à vue pour les infractions visées à l'article 706-73-1). Et il faut encore y ajouter, pour être complet, les infractions terroristes qui appellent à elles seules un régime procédural exorbitant²⁴.

La notion de criminalité organisée, telle qu'elle est traduite dans la loi depuis 2004, est donc elle-même protéiforme et les infractions qui la composent se voient appliquer un régime procédural fractionné. D'un point de vue légistique, la technique des énumérations peut être critiquée (car elle enferme nécessairement et procède d'un choix dont le fondement même peut être contesté), mais les différences de traitement procédural qui en découlent reflètent des nuances dans la perception des différents comportements incriminés par la loi au regard de la nature de la valeur protégée ainsi que de leur degré de gravité (également de la dangerosité supposée de leurs auteurs), expliquant que le curseur permettant d'apprécier la proportionnalité des moyens employés au regard de la nécessité de rechercher les preuves des infractions et les auteurs, puisse se déplacer²⁵.

Les moyens de la procédure pénale spéciale sont donc limités en matière économique et financière (à laquelle s'applique donc le régime de droit commun de la garde à vue et des perquisitions), en plus d'être restreints à une partie seulement des infractions d'atteinte à la probité. Se pose évidemment la question, à laquelle nous laisserons le soin aux magistrats présents de répondre, de savoir si cette restriction des moyens constitue un frein à l'efficacité de la répression. Modestement il nous apparaît néanmoins, avec d'autres, que « l'extension continue des régimes dérogatoires [...] désoriente totalement la procédure pénale de droit commun par le biais de

21 Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.

22 Analysant la corruption comme une « arme tactique » utilisée par les mafias pour leur expansion (la corruption des élites dirigeantes permettant l'ancrage politique des « entreprises » mafieuses), voir not. J.-F. Gayraud, *Le monde des mafias – Géopolitique du crime organisé*, Odile Jacob, 2005.

23 Si la porosité entre la corruption et la criminalité organisée peut s'entendre au soutien d'une intégration de la première à la seconde, il n'est pas certain que l'argument (empirique) soit aussi pertinent pour les autres infractions d'atteinte à la probité.

24 Comprenant notamment l'anonymisation des officiers et agents de police judiciaire, la garde à vue jusqu'à 144 heures, la détention provisoire jusqu'à 4 ans, un délai allongé de prescription de l'action publique (30 ans pour les crimes et 20 ans pour les délits), l'existence d'un Fonds de Garantie des victimes françaises d'actes de Terrorisme et d'autres Infractions (FGTI). Le régime spécial applicable au crime organisé, intégré au code de procédure pénale par la loi du 9 mars 2004 aux articles 706-73 et suivants, est lui-même issu de la première législation spécifique créé en 1986 en matière antiterroriste.

25 Cette logique de gradation mise en œuvre par le législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, explique aussi qu'on ne retrouve pas tous les manquements au devoir de probité qualifiés comme tels par la loi pénale à l'article 706-1-1.

voies de contournement destinées à restreindre les garanties procédurales consacrées à l'article préliminaire du code de procédure pénale »²⁶, lesquelles constituent, faut-il le rappeler, autant de remparts érigés pour protéger nos libertés²⁷.

Outre ces moyens d'investigation renforcés, il existe aussi, dans le domaine des infractions d'atteinte à la probité, des procédures adaptées.

B. Des procédures adaptées

En matière d'atteintes à la probité pénalement sanctionnées, il existe une procédure alternative aux poursuites spécifiques : la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP), applicable aux seules personnes morales, avec laquelle semble particulièrement bien s'articuler la procédure (alternative aux poursuites et au jugement « classique ») de Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (GRPC).

Du côté des alternatives aux poursuites, c'est la CJIP qu'il faut mentionner.

On précisera que la composition pénale est également applicable mais pas spécifiquement. Cette mesure dite de « troisième voie » (entre le classement sans suite et l'engagement des poursuites), qui s'apparente dans l'esprit à un classement sous condition, permet au ministère public de proposer à une personne, physique comme morale²⁸, qui reconnaît avoir commis une infraction, d'effectuer certaines mesures présentant le caractère de sanction. La procédure s'applique aux délits punis d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans²⁹ ainsi qu'aux contraventions³⁰. Les atteintes à la probité n'en sont pas exclues, mais le *quantum* de la peine encourue va venir limiter son recours³¹, outre la pertinence de mettre en œuvre ce dispositif pour ce type de faits.

L'alternative aux poursuites la mieux adaptée est la CJIP. Il s'agit d'une création de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin 2³². Un décret du 7 avril 2017³³ en a précisé la mise en œuvre, puis son champ d'application a été étendu à la fraude fiscale en 2018³⁴ et au blanchiment des délits déjà prévus en 2020³⁵. Des lignes directrices ont par ailleurs été publiées par le Parquet national financier et l'Agence Française Anticorruption (AFA) le 29 juin 2019³⁶.

26 Ch. Lazerges et H. Henrion-Stoffel, art. préc., *ibid.*; les auteurs identifient ce phénomène d'extension des procédures d'exception comme un symptôme du déclin de notre droit pénal et l'expression d'une politique criminelle de l'ennemi.

27 Pour la défense d'un système normatif limitant le pouvoir de répression étatique et protégeant les droits fondamentaux, voir notre article, « Le « garantisme pénal » : pour la défense d'un droit pénal minimal », in B. Py et F. Stasiak (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PUN – Édulor, 2018, p. 143.

28 C. pr. pén., art. 41-3-1 A, issu de L. du 23 mars 2019 préc.

29 C. pr. pén., art. 41-2.

30 C. pr. pén., art. 41-3.

31 Il permettrait néanmoins d'inclure la prise illégale d'intérêt (C. pén., art. 432-12 : 5 ans d'emprisonnement) et le favoritisme (C. pén., art. 432-14 : 2 ans d'emprisonnement) qui sont les deux infractions les plus poursuivies; voir la contribution de J.-M. Brigant dans cet ouvrage.

32 L. 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, *JO*, 10 déc. 2016.

33 Décr. n° 2017-660 du 27 avril 2017 relatif à la convention judiciaire d'intérêt public et au cautionnement judiciaire, *JO*, 29 avr. 2017.

34 L. n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, *JO*, 24 oct. 2018.

35 L. n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JO*, 26 déc. 2020.

36 <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr>

La CJIP est la version française des *Deffered Prosecution Agreements* (DPA) et des *Non Prosecution Agreements* (NPA) qui se pratiquent depuis plus de 20 ans aux États-Unis notamment, par lesquels des entreprises faisant l'objet d'enquêtes pour délinquance économique acceptent de régler une sanction financière, de reconnaître certains faits et de se soumettre à des mesures de prévention en contrepartie soit d'une suspension (DPA) soit de l'extinction des poursuites (NPA)³⁷. La version française est une transaction sans reconnaissance de culpabilité réservée aux personnes morales mises en cause pour des infractions déterminées et présentant une certaine complexité. En outre, elle permet un « contrôle substantiel » du juge³⁸ qui la rapprocherait plutôt du DPA anglais³⁹.

L'article 41-1-2 du code de procédure pénale prévoit ainsi que, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République (en l'occurrence le PNF) peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits (il s'agit des délits de corruption active et des délits voisins, de la fraude fiscale et de leur blanchiment)⁴⁰, de conclure une convention portant obligation de respecter une ou plusieurs obligations, parmi lesquelles celle de verser une amende d'intérêt public au Trésor public, dont le montant est proportionné aux avantages tirés des manquements constatés (dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires annuel), et celle de se soumettre à un programme de mise en conformité, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (créée par la loi Sapin 2), pour une durée maximale de 3 ans.

Le texte prévoit que la victime est informée de la décision du parquet et que la convention doit, le cas échéant, prévoir les modalités de réparation de son préjudice. Et il précise encore que les représentants légaux de la personne morale sont, quant à eux, responsables en tant que personnes physiques.

En cas d'accord, le parquet saisit le président du tribunal correctionnel aux fins de validation de la proposition de convention. Si celui-ci la valide, la convention devient exécutoire à l'expiration d'un délai de dix jours (permettant à la personne morale de se rétracter). La prescription est alors suspendue pendant son exécution et l'accomplissement des obligations éteint l'action publique. La convention n'est pas inscrite au casier judiciaire mais fait simplement l'objet d'un communiqué. En cas d'échec (absence de validation, rétractation ou défaut d'exécution), le parquet « met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau », et, en cas de condamnation, il est tenu compte de l'éventuelle exécution partielle des obligations. La CJIP peut aussi être proposée au cours de l'information judiciaire⁴¹, une fois que l'action publique a été mise en mouvement (à l'instar de la « passerelle » prévue en matière de CRPC)⁴².

La question qui se pose est celle de l'efficacité de ce dispositif en matière de lutte contre la corruption (car seule la corruption active est ici concernée, à l'exclusion des autres atteintes à la probité à proprement parler).

37 A. Mignon-Colombet, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice négociée ? », *AJ pénal*, 2017, p. 68 ; pour les convergences entre le droit anglo-saxon et la loi française, voir notamment S.-M. Cabon, « La contractualisation des atteintes à la probité », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), préc., p. 38 s.

38 Le juge vérifie ainsi « le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements » (art. 41-1-2) ; dénonçant un contrôle « *a minima* » insuffisant pour garantir la sécurité juridique et l'équilibre entre les parties, voir cependant O. Claude, « Réflexions sur la première CJIP », *AJ pénal*, 2018, p. 30.

39 *Ibid.*

40 L'article 41-1-2 vise les « délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal et leur blanchiment, [...] les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et leur blanchiment, ainsi que [...] [l]es infractions connexes ».

41 C. pr. pén., art. 180-2.

42 C. pr. pén., art. 180-1.

À ce jour⁴³, quatorze CJIP ont été conclues pour des faits d'atteinte à la probité⁴⁴. Dans un article paru en 2020, deux auteurs dressaient le bilan des 10 premières CJIP conclues, pour un montant total des amendes versées au Trésor public de plus de 3 milliards d'euros (les amendes allant de 420 000 euros à 2 milliards)⁴⁵. Le dispositif paraît très attractif pour les personnes morales concernées (*a priori* mieux vaut accepter la CJIP et négocier dans ce cadre plutôt que d'aller au contentieux, comme l'a illustré l'affaire *UBS*⁴⁶; et mieux vaut également privilégier cette option par rapport à une CRPC qui, non seulement implique une reconnaissance de culpabilité, mais présente également le risque qu'une peine d'exclusion des marchés publics soit prononcée). Il permet d'appréhender des affaires importantes, voire très importantes (et de capter des amendes parfois très importantes elles aussi : 2 083 137 455 € dans l'affaire *Airbus*). Il s'agit aussi d'un « instrument de la souveraineté nationale »⁴⁷, qui permet en effet de limiter l'application extraterritoriale du droit américain en matière de corruption internationale⁴⁸.

La CJIP transcende le schéma traditionnel opposant les alternatives réparatrices et les alternatives punitives au procès pénal, pour obéir à une autre logique, qui l'éloigne tout autant des principes qui gouvernent notre système pénal⁴⁹ : celle d'une justice négociée⁵⁰ fondée sur le pragmatisme et un souci d'efficacité⁵¹, tant au niveau des sommes recouvrées par l'État⁵² qu'à celui de la prévention du risque de récidive par les programmes de mise en conformité⁵³. Ces programmes illustrent eux-mêmes un paradigme nouveau reposant sur l'intégration, dans la propre structure de la personne morale, d'une dynamique vertueuse⁵⁴, dont on peut espérer – en tout cas c'est le pari qui est pris – qu'il sera plus efficace que l'effet comminatoire classique de la peine pour encourager la désistance, c'est-à-dire la rupture de l'entité avec les pratiques illégales. La contractualisation des atteintes à la probité dans le cadre de la CJIP ne fait pas que des adeptes, loin s'en faut. Elle est critiquée par une partie de la doctrine qui s'interroge sur sa capacité à générer des changements durables de manière à faire converger les intérêts privés des opérateurs économiques et l'intérêt général. Certains acteurs de lutte anticorruption (associations notamment) dénoncent une « dépenalisation des affaires » qui ne dit pas son nom,

43 Au 20 mai 2022.

44 Voir le site de l'AFA qui, depuis la loi du 24 décembre 2020, relaie les publications qui incombent aux ministères de la Justice et du budget, pour les CJIP traitant de faits d'atteintes à la probité.

45 E. Daoud et H. Partouche, « Étude comparative des CJIP : bilan et perspectives », *D. actu.*, Le droit en débats, 27 avr. 2020.

46 TGI Paris, 32^e ch. corr., 20 févr. 2019; la banque suisse a été condamnée à 3,7 milliards d'euros d'amende alors qu'elle avait refusé une CJIP comprenant une amende d'un peu plus d'un milliard (E. Daoud et H. Partouche, art. préc.).

47 <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/evenement-colloque>

48 L'affaire *Airbus* a illustré la collaboration des autorités judiciaires internationales (équipe commune avec le *Serious Fraud Office* britannique) et la coordination des accords passés avec la France, le Royaume-Uni et les États-Unis, la France ayant perçu 58 % des sommes totales et gagné le droit de contrôler la mise en conformité *via* l'AFA; Interview de J.-F. Bohnert, procureur de la République financier, *D. actu.*, 18 mars 2020.

49 Pour une critique en ce sens, dénonçant également la méconnaissance des objectifs portés par la loi Sapin 2, voir S.-M. Cabon, art. préc.

50 La négociation imprègne déjà d'autres procédures (composition pénale, CRPC) et la transaction est d'ailleurs visée expressément comme une cause d'extinction de l'action publique (C. pr. pén., art. 6).

51 G. Poissonnier, « CJIP : le 23 février 2018 fera date », *D.*, 2018, p. 898.

52 D. Rebut, « La CJIP au service du budget de l'État », *JCP G*, 2017, Doctr. 1297; les 12 CJIP signées par le PNF jusqu'à présent ont permis le recouvrement de 3 588 263 909,00 euros (www.tribunal-de-paris.justice.fr).

53 Qui sont systématiquement inclus dès qu'il est question de corruption; E. Daoud et H. Partouche, art. préc.

54 Qui implique également un degré de coopération de l'entité dans la phase préalable de négociation (ainsi dans l'affaire *Airbus*, l'entreprise a bénéficié d'une réduction de 50 % en « récompense » de sa coopération; E. Daoud et H. Partouche, art. préc.; à l'inverse, dans l'affaire *HSBC*, qui a donné lieu à la 1^{re} CJIP homologuée le 14 nov. 2017 pour des faits de démarchage bancaire illicite et blanchiment aggravé de fraude fiscale, la banque a reçu une pénalité complémentaire parce qu'elle n'avait pas coopéré; voir O. Claude, art. préc.).

l'instauration d'une « justice à deux vitesses » et la « mise à l'écart des victimes »⁵⁵ (dont la place, il est vrai, est limitée)⁵⁶. Ces critiques n'ont empêché ni la création d'une CJIP environnementale⁵⁷ ni le dépôt récent d'une proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption⁵⁸ qui suggère, entre autres, d'étendre la CJIP au délit de favoritisme...

Derrière la CJIP se pose encore la question du sort des personnes physiques, représentants légaux de la personne morale, le sort des uns et de l'autre n'étant pas lié, comme on l'a rappelé⁵⁹. Ce qui fait d'ailleurs dire à certains que « la CJIP ne répond pas toujours à son objectif d'efficacité » : « loin d'unifier le contentieux, [elle] le fragmente en séparant le sort de la personne morale de celui de ses dirigeants et des victimes » et « ne se traduit pas nécessairement par un allègement de la charge de travail pour la juridiction de jugement »⁶⁰. Pour le PNF en tout cas, l'articulation des deux se ferait « sans difficulté »⁶¹ : « La CJIP solde le pénal pour les personnes morales. Les personnes physiques ne pouvant pas être couvertes par la convention, il faut que la justice passe aussi à leur endroit et elles feront l'objet, le cas échéant, de poursuites distinctes »⁶².

Du côté des modalités de poursuite, il n'existe pas de procédure de jugement spécifique dans le domaine économique et financier, mais il apparaît que la CJIP s'accorde plutôt bien avec la procédure de CRPC (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)⁶³.

Cette procédure, inspirée du « plaider coupable » anglo-saxon (*plea bargaining*), a été créée en 2004⁶⁴. Le procureur de la République peut y recourir soit d'office, soit à la demande de l'intéressé ou de son avocat, à l'issue de l'enquête ou d'une information judiciaire.

La CRPC s'applique par principe à tous les délits⁶⁵. Elle suppose la reconnaissance des faits et de leur qualification juridique. Sur cette base, le procureur de la République propose à la

55 Voir par ex. L. Rousselle et N. Nabih, « Les dérives néfastes du mécanisme de la Convention judiciaire d'intérêt public », *D. actu.*, Le droit en débats, 16 mai 2022; voir égal. A. Lévy et J. Monin de Flaugergues, « Les récents mais perfectibles développements de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en matière économique et financière », *Dr. pénal*, n° 10, oct. 2016, Étude 21.

56 La victime n'est pas associée aux négociations mais simplement informée de la décision du parquet (C. pr. pén., art. R. 15-33-60-1 : « Le procureur de la République informe par tout moyen la victime, lorsqu'elle est identifiée, de sa décision de proposer la conclusion d'une convention d'intérêt judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Il fixe alors le délai dans lequel elle peut lui transmettre tout élément de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice. »); elle ne peut pas contester l'ordonnance d'homologation, qui n'est pas susceptible de recours (art. 41-1-2 II); elle peut tout au plus saisir le juge civil si elle estime qu'elle n'a pas été suffisamment indemnisée (TGI Nanterre, 15^e ch. corr., 18 sept. 2019, *D.*, 2019. 2137, obs. G. Poissonnier); *quid* de son action civile vindicative?

57 Voir C. pr. pén., art. 41-1-3 issu de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JO*, 26 déc. 2020; modifié par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, pour prévoir la compétence de l'Office français de la biodiversité dans le cadre du programme de mise en conformité, *JO*, 24 août 2021.

58 Proposition de loi n° 4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption, présentée par R. Gauvain, déposée à l'Assemblée nationale le 19 oct. 2021.

59 C. pr. pén., art. 41-1-2, I, *in fine* : « les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques ».

60 Voir L. Rousseau et M. Méric, « Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière », *D. actu.*, Le droit en débats, 2 juin 2020.

61 Interview de J.-F. Bohnert, préc.

62 *Ibid.*

63 Voir par ex. Ord. d'homologation HSBC, 29 janv. 2019, n° 11 0244092 018, *D. actu.*, 9 sept. 2019, obs. P. Dufourq et C. Lanta de Berard.

64 L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO*, 10 mars 2004.

65 Sauf pour les mineurs, les délits politiques, les délits de presse, les homicides involontaires et les atteintes à l'intégrité des personnes et agressions sexuelles faisant encourir une peine supérieure à 5 ans d'emprisonnement et les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

personne d'exécuter une ou plusieurs peines dont la nature et le *quantum* tiennent compte des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur ; l'emprisonnement étant plafonné à 3 ans ou à la moitié de la peine encourue⁶⁶. L'intéressé, assisté par un avocat, accepte ou refuse la proposition, soit sur-le-champ soit au terme d'un délai de 10 jours. S'il la refuse, le procureur le renvoie nécessairement devant le tribunal correctionnel. S'il l'accepte, c'est la procédure d'homologation suivante qui va permettre au président du tribunal de vérifier la réalité des faits et leur qualification, la validité du consentement et d'estimer si la peine est justifiée.

L'ordonnance d'homologation produit les effets d'un jugement de condamnation. Elle est immédiatement exécutoire et elle est susceptible d'appel dans les 10 jours. Le refus d'homologation entraîne le renvoi devant le tribunal correctionnel et, dans ce cas, les procès-verbaux de la procédure de CRPC ne pourront pas être communiqués à la juridiction et personne ne pourra utiliser les déclarations faites dans ce cadre. On précisera que la victime peut se constituer partie civile au stade de l'homologation et qu'elle pourra toujours, si elle n'a pas été informée, citer l'auteur devant le tribunal correctionnel à une audience portant sur les seuls intérêts civils.

CJIP et CRPC poursuivent le même objectif : garantir une justice plus rapide et plus efficace⁶⁷ basée sur la coopération, mais la CJIP est une alternative aux poursuites spécifique, tandis que la CRPC est une alternative au jugement générale (pas spécialement adaptée à la délinquance économique et financière). Par le recours combiné à ces deux procédures négociées qui déplacent le débat « judiciaire » de la culpabilité vers la sanction⁶⁸, la répression des infractions d'atteinte à la probité se trouve soustraite au procès classique « ritualisé », vecteur des droits procéduraux essentiels et respectueux des principes du droit pénal général (en termes de responsabilité et de peines infligées).

La CRPC n'est pas la seule procédure possible, avec ou sans la CJIP d'ailleurs. Sur la question des procédures employées, il apparaît qu'en Polynésie, la COPJ (convocation par OPJ) soit privilégiée, dans le but de permettre un jugement rapide des mis en cause⁶⁹.

Sur le plan procédural, la répression s'est en partie adaptée aux spécificités des infractions d'atteinte à la probité au prix, sans doute, d'une certaine complexité. Cette évolution s'inscrit dans une dynamique plus globale de spécialisation du juge pénal et des outils procéduraux. Faut-il accentuer cette spécialisation ? Armer davantage la répression en assimilant certains comportements à des formes de délinquance organisée ? La réforme annoncée du code de procédure pénale, qui fait suite aux États généraux de la justice organisés en 2022, se fera « à droit constant », comme le prévoit l'article 2 de la récente loi d'orientation et de programmation de la justice⁷⁰, ce qui n'augure pas de tels changements, mais le chemin vers le nouveau code est encore long...

66 C. pr. pén., art. 495-8.

67 Il ressort de la circulaire du 2 septembre 2004 relative à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 introduisant la procédure de CRPC que le but est d'aboutir à un règlement rapide de l'affaire, d'éviter l'aléa d'un procès long, coûteux, risqué et plus exposé médiatiquement et de bénéficier d'une sanction négociée.

68 Opérant ce constat s'agissant de la CRPC, voir F. Debove, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Dr. pénal*, n° 11, nov. 2006, Étude 19, § 13.

69 Th. Pison, art. préc.

70 L. n° 2023-1059 du 20 nov. 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027, *JO*, 21 nov. 2023.

La lutte contre les atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie : le point de vue de l'autorité judiciaire

Christian Pasta

Cour d'appel de Nouméa

Les atteintes à la probité, c'est une longue histoire d'amour entre les entrepreneurs et les décideurs publics en Nouvelle-Calédonie... Comme cela a pu être dit en introduction de cette journée, la Nouvelle-Calédonie est un territoire étroit, où les relations sociales sont caractérisées par l'entre-soi et favorisent, en quelque sorte, les atteintes à la probité. Pendant longtemps, celles-ci ont été passées sous silence. Désormais, ces dossiers attirent les meilleurs avocats locaux et métropolitains. La lutte contre les atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie passe par l'application des principaux délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts (I), ainsi que par la mise en œuvre de dispositifs de prévention et de détection (II).

I. L'APPLICATION EN NOUVELLE-CALÉDONIE DES DÉLITS DE FAVORITISME ET DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊT

Avant l'affaire qui nous intéresse et que nous allons développer, nous avons connu sur le territoire des procédures d'escroqueries complexes à la défiscalisation, des dossiers de détournements de fonds publics et des affaires de prises illégales d'intérêts commises par des élus de premier plan. Mais le véritable tournant en la matière est relativement récent. Il date de l'affaire dite « de la 3G » et concerne l'applicabilité sur le territoire calédonien du délit de favoritisme (A). La question du cumul des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts peut également être posée (B).

A. L'applicabilité du délit de favoritisme

L'arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 28 février 2017 a largement contribué à la révision de la loi et à la modification du code des marchés publics (applicable au 1^{er} janvier 2020 avec la disparition de la délibération 136 GP du 1^{er} mars 1967) en jugeant non applicable le délit de favoritisme sur le territoire calédonien. Fort heureusement, il y eut pourvoi du parquet général de Nouméa, un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2019¹, puis, sur renvoi après cassation, un arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 17 décembre 2019 qui a mis en œuvre la solution apportée par la chambre criminelle à la question suivante :

« L'article 432-14 du code pénal réprimant les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics serait-il inapplicable aux personnes agissant pour le compte des collectivités territoriales de Nouvelle-Calédonie, dispensées de respecter les principes généraux de la commande publique, à défaut de dispositions locales leur imposant de s'y conformer? »

Sans entrer dans les détails des faits, il suffit de rappeler que l'Office public des Postes et Télécommunications (OPT) de Nouvelle-Calédonie a décidé de réaliser en 2010 une opération de modernisation des équipements de téléphonie mobile sur le territoire, avec passage à la 3G, sous le bénéfice des dispositions d'aide fiscale à l'investissement Outre-mer,

¹ Crim., 20 mars 2019, n° 17-81.975, *D. actu.*, 12 avr. 2019, obs. C. Fonteix; *AJ pénal*, 2019, 386, obs. M.-C. Sordino; *JCP*, 2019, p. 456, note J.-H. Robert; comp. Crim., 23 nov. 2016, n° 15-85.109, pour la Polynésie française.

et que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres tendant à sélectionner le monteur en défiscalisation ou « arrangeur », la candidature de la Société Générale a été écartée au profit de M. X. Une enquête pénale a été ouverte en juin 2010 sur les conditions irrégulières d'attribution de ce marché public. Les investigations diligentées dans le cadre préliminaire, puis dans celui d'une information judiciaire, ont révélé de nombreuses anomalies au stade de la préparation du marché public et de l'examen des offres. M. Y., pris en sa qualité de président du conseil d'administration de l'établissement public OPT, a été renvoyé devant le tribunal correctionnel, d'une part, pour favoritisme et, d'autre part, pour prise illégale d'intérêts, tenant ses liens personnels et d'affaires avec M. X. M. Z., qui était intervenu en qualité d'expert et de conseil dans l'opération, a été poursuivi pour sa part des chefs de complicité de ces délits, celui-ci étant également prévenu, à titre personnel, de prise illégale d'intérêt. Par jugement du 9 novembre 2015, le tribunal correctionnel de Nouméa a considéré que les délits reprochés à ces différentes personnes étaient caractérisés et de lourdes sanctions pénales ont été prononcées. Cette décision a été infirmée par la cour d'appel de Nouméa qui, par l'arrêt précité du 28 février 2017, a relaxé les prévenus du chef de favoritisme, complicité et recel de ce délit, et la cour d'appel est entrée en voie de condamnation pour les faits qualifiés de prise illégale d'intérêts, complicité et recel.

La motivation de la cour d'appel, qui a relaxé après une condamnation très sévère du tribunal de première instance, reposait sur un argumentaire des plus surprenants. En effet, la cour d'appel faisait valoir que la loi organique portant statut de la Nouvelle-Calédonie, qui donne compétence à cette collectivité en matière de règles relatives à la commande publique, ne faisait qu'édicter les principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats que devait respecter la réglementation élaborée par les autorités de Nouvelle-Calédonie, mais n'était pas directement applicable aux acheteurs, la réglementation locale actuelle, dépourvue de toute référence à ces textes, ne pouvant constituer le texte support légal de l'incrimination de favoritisme.

On rappellera que l'article 432-14 du code pénal, qui incrimine le favoritisme, punit :

« [...] le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession. » [Souligné par l'auteur]

L'identification de telles dispositions est donc indispensable à la caractérisation du délit² et les juges d'appel ont considéré qu'il n'en existait pas ici³.

La cour d'appel s'est fondée sur l'absence d'élément légal, expliquant que :

« [...] l'article 432-14 du code pénal est certes applicable en Nouvelle-Calédonie mais l'article 22-17 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 n'a pas pour objet de décrire les comportements que doivent adopter les personnes énumérées à l'article 432-14 du code pénal et ne représente donc pas une disposition législative ou réglementaire au sens de l'article 111-2 du code pénal et pas davantage la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics, notamment en son article 39 figurant sous la rubrique « contrôle et approbation des marchés publics et non en chapitre passation des marchés publics [...] »

² Crim., 10 mars 2004, n° 02-85.285, Bull. crim., n° 64; D., 2004. 1240 et les obs.; *ibid.* 2005. 684, obs. J. Pradel; *RTD com.*, 2004, 625, obs. B. Bouloc.

³ C. Fonteix, obs. préc.

Ces textes ne pouvaient donc fonder des poursuites du chef de favoritisme. Or au travers de notre pourvoi, le contraire était démontré et c'est dans ce sens que la Cour de cassation a tranché par son arrêt du 20 mars 2019.

Les règles applicables aux marchés publics conclus par la Nouvelle-Calédonie, ses provinces et ses communes ainsi que leurs établissements publics demeurent fixées par la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics modifiée pour la dernière fois en 2017, qui fait office de code des marchés publics. Ce texte détaille les procédures de passation des marchés, les modalités de règlement, les garanties exigées des titulaires de marchés, mais ne renvoie pas expressément aux principes généraux visés dans la loi organique.

Au cas présent, l'application de la qualification de favoritisme supposait de déterminer si les principes fondamentaux de la commande publique, à valeur constitutionnelle et qui s'imposent à la Nouvelle-Calédonie dans l'exercice de la compétence qui lui est conférée par les dispositions de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, avaient un effet direct sur le droit des marchés publics de ce territoire, de ses collectivités territoriales et de leurs établissements publics ou si leur application supposait des dispositions de mise en œuvre par voie législative ou réglementaire, ou encore si la réglementation locale actuelle, issue d'une délibération de 1967, pouvait tenir lieu de texte d'application.

Dans notre avis, nous exposons que les principes fondamentaux de la commande publique, en ce qu'ils ont valeur constitutionnelle, étaient directement opposables à l'Office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie, tenu de respecter les prescriptions de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, dans le cadre des marchés publics qu'il conclut. À défaut de respect de ces dispositions, le délit de favoritisme était donc susceptible d'être caractérisé, l'élément matériel du délit de favoritisme résidant dans la violation des règles applicables localement, dès lors qu'il a été porté atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique.

Au cas présent, la violation des règles de liberté d'accès et d'égalité entre les candidats résultait d'une série d'éléments, à savoir :

- la participation de la SARL A, société attributaire, ou de ses conseils, à la préparation du marché et à l'analyse des offres des candidats, lui permettant de disposer ainsi d'informations privilégiées,
- une analyse tendancieuse des offres en commission d'appel d'offres et en particulier du montage proposé par la Société Générale, tendant à son éviction arbitraire,
- le non-respect du choix opéré par cette commission en faveur de la candidature de la Société Générale et de son dessaisissement en faveur du conseil d'administration de l'OPT,
- la présentation à ce conseil d'administration d'un rapport d'analyse des offres orienté et tronqué,
- la désignation de l'attributaire sur des critères qui ne figuraient pas dans l'appel d'offres (choix d'un candidat considéré comme plus sûr, car proposant une solution de défiscalisation qui avait des chances d'être acceptée par la direction générale).

Les conditions dans lesquelles le marché a été attribué à la société attributaire n'étaient pas conformes à la délibération n° 136/CP, qui décrit précisément les conditions dans lesquelles doivent être passés les marchés sur appels d'offres. Ce texte prévoit notamment l'intervention d'une commission d'appel d'offres qui propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en se fondant sur une pluralité de critères objectifs, indiqués dans le règlement d'appel d'offres (art. 27-2). Aucune disposition ne permet par ailleurs de transmettre en cours de procédure des éléments d'information à l'un des candidats afin qu'il dépose une meilleure offre que celle de ses concurrents ou encore de procéder à une nouvelle analyse des offres en passant outre l'avis de cette commission.

On peut donc conclure que les principes généraux de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics s'imposaient à l'établissement OPT.

Par son arrêt du 17 décembre 2019, la Cour de cassation a, en ce sens, retenu que :

« [...] les faits reprochés à M. X. [...] constitu[ai]ent une violation des règles de publicité et de concurrence, prévues par la délibération n° 136/ CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics qui met en œuvre les principes de liberté d'accès, d'égalité des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics, rappelés par l'article 22-17° de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et applicable sur ce territoire. »

La cour d'appel de Nouméa autrement composée a tranché selon la solution adoptée par la Cour de cassation et un nouveau pourvoi n'a rien changé, celui-ci ayant été déclaré irrecevable.

Dans son mémoire, moyen non examiné cependant par la cour, l'avocat général près la Cour de cassation a également donné une saine orientation quant à la règle *non bis in idem* et la définition des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts.

B. Le cumul possible des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêt

Cette affaire dite « de la 3G » a mis en lumière une autre question : celle du possible cumul des infractions de favoritisme et de prise illégale d'intérêts, des poursuites ayant été initiées sous ces deux qualifications.

On ne peut sérieusement soutenir que les mêmes faits auraient été poursuivis sous deux qualifications différentes, en méconnaissance de la règle *non bis in idem*.

Les deux délits⁴ protègent en effet des intérêts distincts : le délit de favoritisme⁵ a vocation à garantir une saine concurrence entre les entreprises, tout en permettant à la collectivité de bénéficier du meilleur service ou du meilleur produit au prix le plus avantageux, tandis que la prise illégale d'intérêts⁶ repose sur l'ancestrale maxime « charité bien ordonnée commence par soi-même » et a donc pour finalité de procurer à l'agent un avantage personnel. La Cour de cassation juge effectivement que ces deux incriminations protègent des valeurs sociales différentes, permettant qu'un même fait puisse recevoir les deux qualifications⁷.

Au cas présent, il était possible d'opérer clairement une distinction dans les faits qui ont été poursuivis, entre, d'une part, les actes accomplis en violation des règles de liberté d'accès et d'égalité entre les candidats, de nature à caractériser le délit de favoritisme et, d'autre part, le choix de l'entreprise attributaire, fondé sur des relations personnelles, relevant cette fois du délit de prise illégale d'intérêts. Rien n'empêchait donc de retenir les deux qualifications.

Un dernier mot peut encore être dit de la prise illégale d'intérêt *per se*, dont la définition légale vient d'être remaniée⁸.

C. La mise en œuvre du délit remanié de prise illégale d'intérêts

La loi du 22 décembre 2021 dite « loi pour la confiance en la justice » est venue modifier l'article 432-12 du code pénal où la notion d'intérêt quelconque (qui était très large) est

⁴ Voir la contribution de J.-M. Brigant dans cet ouvrage.

⁵ Voir C. pén., art. 432-14.

⁶ Voir C. pén., art. 432-12, qui incrimine « 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. »

⁷ Crim., 8 mars 2006, n° 05-85.276 ; 29 juin 2011, n° 10-87.498 ; 17 avr. 2019, n° 18-83.025, Bull. crim., n° 80.

⁸ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 15, *JO*, 23 déc. 2021.

désormais remplacée par celle d'intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité des agents publics visés.

Au titre de l'ancienne définition du délit, toute personne exerçant une fonction publique quelconque dans une entreprise dont elle avait, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement pouvait se voir sanctionner au titre de la prise illégale d'intérêts. L'incrimination était extrêmement large puisque l'intérêt dont il s'agissait pouvait être un avantage matériel quelconque ou même un intérêt simplement moral⁹.

Cette définition extrêmement sévère consistait à affirmer que l'infraction était consommée dès le moment où l'agent avait pris directement ou indirectement un intérêt dans une entreprise ou une opération dont il avait la surveillance ou l'administration.

L'incrimination nouvelle s'avère plus précise et par conséquent plus clémente que la précédente... elle pourrait donc s'appliquer rétroactivement à des infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi¹⁰, par application de l'article 112-1, alinéa 3, du code pénal¹¹ et du principe de rétroactivité *in mitius* qui permet à la loi pénale nouvelle plus douce de s'appliquer rétroactivement à des faits commis avant son entrée en vigueur mais non encore définitivement jugés¹².

De mon propre avis, la jurisprudence était bien trop sévère dans ce domaine. Il y a quelques années, j'avais d'ailleurs reçu, en compagnie du procureur de la République en poste à Nouméa à ce moment-là, le fameux bâtonnier qui intervenait dans l'affaire jugée récemment et qui avait convenu comme nous de la rigueur du texte qui « automatisait » la responsabilité pénale de son client et de la nécessité de légiférer, ce qui a donc été fait. Dans ce dossier, nous attendons un éventuel appel sur le jugement rendu le 13 mai 2022, les juges nouméens du tribunal correctionnel ayant retenu manifestement l'interprétation la moins favorable au prévenu des nouvelles dispositions de la loi¹³.

Après ce premier point consacré à la sanction des infractions en Nouvelle-Calédonie, reste à dire quelques mots de la prévention et de la détection des comportements susceptibles de recevoir une qualification pénale au titre des atteintes à la probité.

II. LA PRÉVENTION ET LA DÉTECTION DES ATTEINTES À LA PROBITÉ EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Sans remonter aux lois Sapin 1 et 2 (2013 et 2016), les dispositifs de prévention et de détection des atteintes à la probité reposent désormais sur un engagement très offensif de l'Agence Française Anti-corruption (AFA) (A). Certaines lacunes, mises en évidence par le dernier rapport du Groupe d'Action Financière (GAFI), demeurent néanmoins, principalement dans les Outremer (B). Celles-ci risquent de s'aggraver avec l'entrée en vigueur de la loi du 22 décembre 2021, spécialement de ses dispositions relatives à la protection de la profession d'avocat (C).

A. L'engagement de l'Agence française anticorruption

La circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018 et les dépêches des 21 mars 2019 et 10 janvier 2022 sont venues préciser non seulement les missions

9 Voir J.-M. Brigant, préc.

10 Entrée en vigueur le 24 déc. 2021.

11 « Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. »

12 Jugeant néanmoins que la nouvelle rédaction de l'article 432-12 du code pénal équivaut à l'ancienne, voir Crim., 5 avr. 2023, n° 21-87.217, *JCP*, n° 16, 24 avr. 2023, act. 509, note J.-M. Brigant; *AJ pénal*, 2023, p. 240, obs. S. Kanoun; *AJDA*, 2023, p. 693, obs. E. Maupin.

13 Par un arrêt du 5 septembre 2023, la cour d'appel de Nouméa a confirmé la condamnation du prévenu pour prise illégale d'intérêts et prononcé une peine plus sévère (amende de 2 millions de CFP et inéligibilité de 2 ans).

de l'Agence (conseil, assistance, contrôles en relation avec les parquets) mais également les modalités d'échange entre cette structure et les parquets (révélation des faits d'atteintes à la probité, contrôles envisagés, saisine de l'AFA dans le cadre des procédures pour atteinte à la probité, mise en œuvre d'une convention judiciaire d'intérêt public avec la peine de programme de mise en conformité). Plus précisément, la dépêche du 10 janvier 2022 a apporté d'importantes précisions sur les missions de coordination administrative de l'AFA permettant de détecter et prévenir les *Big Six* que sont la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le détournement de fonds publics, le favoritisme et la concussion (infractions prévues et réprimées au fil des articles 432-11 à 445-2 du code pénal).

À partir des décisions communiquées dans ce domaine par les juridictions, l'AFA va ainsi établir : premièrement, une cartographie nationale du risque corruptif permettant de le cerner; deuxièmement, les secteurs économiques concernés par la corruption; troisièmement, la qualité des auteurs de ces délits; quatrièmement, les modes opératoires retenus; et, cinquièmement, le traitement judiciaire de ces infractions. Sans développer davantage ces cinq préconisations, nous rappellerons simplement que le lien doit être impérativement fait selon la nature de la procédure avec le PNF ou le procureur de la république JIRS compétent (pour la Nouvelle-Calédonie celui de Paris)¹⁴.

Enfin, la mise en œuvre d'une convention judiciaire d'intérêt public¹⁵ et de la Peine Programme de Mise en Conformité (PPMC) doit dans tous les cas être portée à la connaissance de l'AFA qui va assurer le suivi de cette mesure.

Ainsi, à côté des dispositifs existants (obligations déontologiques, contrôles internes et externes, obligations de signalement, etc.), l'AFA recommande donc à présent un code de bonne conduite, une cartographie des risques, la sensibilisation des personnels, et des alertes internes anticorruption au sein du secteur public... Nous sommes donc *a priori* sur ce point en ordre de bataille mais ce n'est pas ce qui nous préoccupe le plus à l'heure actuelle.

B. Les difficultés pérennes des outre-mer en matière de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme

Au travers de notre contribution ayant conduit la direction des affaires criminelles et des grâces à la rédaction des conclusions préliminaires en vue de l'évaluation de la France par le GAFI, nous avons pu observer que d'importantes difficultés perduraient en matière de Blanchiment des Capitaux et Financements du Terrorisme (BCFT), principalement sur le territoire calédonien, avec comme support la fraude (qu'elle soit douanière, fiscale ou encore sociale).

Au titre des infractions supports, on peut trouver, de manière plus rare, le trafic de stupéfiants, l'escroquerie et les atteintes à la probité (les criminels se tournant fréquemment vers l'immobilier, le luxe et l'exercice illégal de la profession de banquier – ce dernier apparaissant très prisé en Nouvelle-Calédonie, avec parfois un immobilisme bancaire des plus surprenants). Mais les infractions principales demeurent toutefois en Nouvelle-Calédonie les délits d'abus de biens sociaux, la fraude fiscale ou sociale et les escroqueries à la défiscalisation...

Si la France est plutôt à classer parmi les « bons élèves » en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, les outre-mer constituent clairement un bémol, par manque de moyens en termes d'enquêteurs et de magistrats spécialisés, mais aussi par manque de coopération internationale en la matière.

¹⁴ Sur ces points, voir égal. la contribution de S. Lavric dans cet ouvrage.

¹⁵ C. pr. pén., art. 41-1-2.

Il est en outre à craindre, en matière d'atteintes à la probité notamment, que la loi pour la confiance dans la justice et son volet « renforcement des droits de la défense » ne viennent impacter les résultats probants obtenus dans ce domaine en Nouvelle-Calédonie depuis quelques années.

C. L'impact redouté de la loi pour la confiance dans la justice

La circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 28 février 2022 relative à la protection des droits de la défense et au secret professionnel rend compte des nouvelles garanties procédurales issues de la loi du 21 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire applicables à compter du 1^{er} mars 2022¹⁶. Ces nouvelles garanties consistent principalement en l'intervention systématique du Juge des Libertés et de la Détention (JLD), désormais seul compétent pour autoriser des actes pouvant porter atteinte au secret professionnel des avocats.

On précisera d'emblée que sont désormais protégés aussi bien le secret de la défense que le secret de l'activité de conseil de l'avocat, qu'il convient de bien distinguer (le second ne sera protégé que s'il se rapporte à l'exercice des droits de la défense; la jurisprudence de la Cour de cassation sera à suivre sur ce point).

S'agissant des perquisitions dans les cabinets, domiciles ou locaux professionnels des avocats, plusieurs points sont à respecter à peine de nullité (en application de l'article 56-1 du code de procédure pénale¹⁷). La perquisition doit être autorisée par une décision écrite et motivée du JLD, saisi par le procureur de la République ou le juge d'instruction, ces saisines devant également elles-mêmes être motivées. Le texte précise que la décision mentionnera la nature des infractions, les raisons justifiant la perquisition, l'objet de celle-ci et la proportionnalité de cet acte au regard de la nature de la gravité des faits. La perquisition ne sera justifiée que s'il existe des raisons plausibles de penser que l'avocat est mis en cause en tant qu'auteur ou complice s'agissant de l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou d'une infraction connexe. La décision du JLD pouvant être attaquée par un recours suspensif dans un délai de 24 heures devant le président de la chambre de l'instruction qui doit statuer dans les cinq jours.

En cas de perquisition chez un client, celui-ci peut s'opposer à l'acte et toute saisie de document doit alors être placée sous scellé fermé, faire l'objet d'un procès-verbal transmis sans délai au JLD. Il s'agit d'une nouvelle garantie qui permet d'éviter la saisie d'une correspondance entre un avocat et son client qui aurait été découverte chez ce dernier.

Est formellement interdite la saisie de tout document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense ou du conseil à l'exception des infractions fiscales (fraude fiscale, fraude à la TVA, blanchiment de fraude fiscale, financement du terrorisme). Mais qu'en est-il pour les délits de corruption, de prise illégale d'intérêts, de concussion ou encore de favoritisme?

La protection du secret de la défense et du secret du conseil s'impose. La seule exception est celle, toujours confirmée par la jurisprudence, dans laquelle l'avocat est auteur ou complice d'une infraction.

Le nouvel article 60-1-1 du code de procédure pénale permet par ailleurs d'encadrer les réquisitions des données de connexion concernant l'avocat : qu'il s'agisse de données de trafic ou de localisation, ces réquisitions ne peuvent être faites que sur ordonnance motivée du

¹⁶ L. n° 2021-1729 du 21 déc. 2021, *JO*, 23 déc. 2021, art. 2 à 4.

¹⁷ Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a jugé conforme aux droits et libertés constitutionnellement garantis la compétence du JLD pour statuer sur la contestation; il a estimé que le JLD ayant autorisé une perquisition pouvait statuer sur la contestation d'une saisie effectuée à cette occasion par un autre JLD; par une réserve d'interprétation, il a néanmoins précisé qu'un même JLD ne pouvait, sauf à méconnaître le principe d'impartialité, effectuer la saisie et statuer sur sa contestation; voir Cons. const. 19 janv. 2023, n° 2022-1031 QPC.

JLD, saisi par le procureur de la République ou le juge d'instruction par requête également motivée faisant état des raisons plausibles de soupçonner que l'avocat a commis ou tenté de commettre en tant qu'auteur ou complice l'infraction objet de la procédure. Le bâtonnier doit être systématiquement avisé, toutes ces formalités étant là encore prescrites à peine de nullité.

S'agissant enfin des règles relatives aux interceptions de communications, l'article 100 du code de procédure prévoit désormais expressément que :

« [...] aucune interception ne peut porter sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sauf s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203. »

Donc l'avocat ne peut faire l'objet d'une interception que dans le cas où il est lui-même soupçonné et « à la condition que la mesure soit proportionnée au regard de la nature et de la gravité des faits ». Le JLD est seul compétent pour donner cette autorisation, et il doit être saisi à cette fin par ordonnance motivée du juge d'instruction, prise après avis du procureur de la République.

Toutes ces dispositions destinées à renforcer la protection accordée à la profession d'avocat compliqueront nécessairement la lutte contre la délinquance. Il faut espérer qu'elles ne contribueront pas à l'excès, à ruiner les efforts entrepris, en Nouvelle-Calédonie, en matière économique et financière. Sans m'engager je dirais quand même que sur ce territoire au passé un peu sulfureux en matière d'atteintes à la probité, ce serait encore plus dommageable car les enjeux sont très importants : ils sont politiques, ils procèdent d'une bonne gestion des deniers publics, d'une saine gestion des ressources urbaines ainsi que d'importants enjeux économiques et opérationnels...

Le traitement judiciaire des atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie

Yves Dupas

Procureur de la République de Nouméa

Le spectre des atteintes à la probité est assez large et le traitement judiciaire de ces infractions est de la responsabilité des parquets dans la conduite de l'action publique.

Il faut de suite préciser que les atteintes à la probité, en Nouvelle-Calédonie, représentent un volume de procédures limité, soit une vingtaine de dossiers environ (sur un volume total de 8 000 à 9 000 procédures « poursuivables »). Pour autant, la politique pénale en ce domaine est offensive, et vise à rechercher tous les niveaux de responsabilité(s).

En ce qui concerne les investigations, tout d'abord, des problèmes très concrets de détection de ces comportements frauduleux peuvent se poser puisque les faits sont évidemment dissimulés, au sein de situations qui sont globalement difficilement à appréhender.

Différents modes de signalement interviennent et procèdent, selon les cas, de représentants de l'État ou d'élus (par le biais de l'article 40 du code de procédure pénale, parfois sur fond de rivalités politiques, il faut le dire), de la Chambre territoriale des comptes, de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, de l'Agence française anticorruption, également de l'association Anticor.

Le traitement judiciaire de ces signalements repose ensuite sur les capacités à mener une enquête sur ces faits souvent complexes. À cet égard, les moyens humains sont clairement insuffisants pour les deux services habituellement saisis de ce contentieux, la section de recherches de la gendarmerie et l'unité économique et financière de la direction territoriale de la police nationale (trois enquêteurs par service, spécialisés en délinquance économique et financière sur le territoire). En outre, il s'agit d'investigations qui s'inscrivent nécessairement dans la durée, mais pour lesquelles il faut respecter un délai raisonnable. On précisera que, pour le moment, aucune saisine JIRS n'est intervenue. Et le PNF, comme on l'a dit, s'est autosaisi dans le cadre de l'affaire dite du « câble sous-marin » impliquant l'OPT.

Concernant les axes d'enquête, sont priorisées les investigations patrimoniales, destinées à identifier d'éventuels avoirs criminels, et il est procédé le cas échéant à des saisies pénales. À cet égard, le parquet s'appuie sur la compétence du groupe interministériel de recherches qui intervient dans le cadre d'une cosaisine afin de conduire ces investigations patrimoniales, en appui du service d'enquête, dans l'objectif de réaliser des saisies pénales.

L'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2021¹ a entraîné quelques changements importants, avec l'encadrement de la durée des enquêtes préliminaires, la communication du dossier et, plus largement, le renforcement du caractère contradictoire de la procédure.

Du point de vue des investigations, la recherche de l'efficacité conduit à cibler, de manière pragmatique, certains types de comportements.

En ce qui concerne l'orientation de la procédure, ensuite, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité apparaît comme un outil intéressant, notamment pour les élus mis en cause pour prise illégale d'intérêts. On sait qu'à leur égard, la peine d'inéligibilité

¹ L. n° 2021-1079 du 23 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JO, 23 déc. 2021.

est centrale et qu'elle est en principe obligatoire. La question de l'opportunité de la retenir ou non peut être posée.

Dans l'affaire Gomès, qui a été déjà évoquée au cours de cette journée², une information judiciaire a été menée. L'affaire aurait dû être jugée en avril 2020. Et, au moment où elle a été audenciée (en avril 2022), la modification législative apportée par la loi du 22 décembre 2021 dite « loi pour la confiance en la justice » était intervenue. Comme on l'a vu, le législateur est revenu sur la notion d'« intérêt quelconque » qui était visée à l'article 342-12 du code pénal, et qui était sans doute trop large, pour consacrer la notion d'« intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité ». Le procès qui s'est finalement tenu en avril 2022 devant le tribunal correctionnel de Nouméa aura permis de démontrer l'utilité d'une audience « classique » et du débat judiciaire, par comparaison avec la procédure dite du « plaider coupable » (c'est la limite de cette procédure).

Pour terminer, et rebondir sur certaines des propositions qui ont été évoquées, il faudrait, pour plus d'efficacité de la répression en matière de délinquance économique et financière, une approche globale pour le Pacifique Sud. Une structure régionalisée est vraiment demandée. Par ailleurs, sans doute qu'un basculement vers le régime de la criminalité organisée serait logique pour la corruption (et permettrait de débloquent tout un arsenal supplémentaire en termes de moyens d'investigation). On mentionnera enfin la cellule de renseignement financier Tracfin (Traitement du Renseignement et Action Contre les Circuits Financiers clandestins), qui n'a pas été mentionnée jusqu'à présent, qui est chargée de la lutte contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et qui dispose, à cette fin, de moyens de détection très importants.

² Sur cette affaire, voir la contribution de M. Pasta.

Le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics : quel apport à la lutte contre les atteintes à la probité ?

Florence Bonnafoux,

Chambre territoriale des comptes de la Nouvelle-Calédonie

Les enjeux de la lutte contre les atteintes à la probité dans le secteur public sont nombreux. Ils participent à la perte de confiance des citoyens dans leurs élus, dans les institutions et dans les politiques publiques mises en œuvre. Ce risque est d'ailleurs particulièrement visible ou pointé lors des crises sociales et trouve sa traduction dans les taux d'abstention croissants aux diverses élections. La lutte contre les atteintes à la probité est aussi un enjeu de performance des services publics. Les atteintes à la probité diminuent la performance des organisations publiques et détournent des ressources, financières ou en nature, de l'intérêt général vers l'intérêt particulier. Enfin, les atteintes à la probité ont un impact sur l'image des organisations concernées et leur réputation en tant qu'employeur. Les agents se démotivent dans de tels environnements.

Pour lutter contre les atteintes à la probité, un régime d'infraction susceptible de sanctions pénales existe. Cependant, le maintien de l'ordre public financier justifie l'existence d'un régime infra-pénal qui permet de sanctionner la faute de gestion même en l'absence d'intentionnalité ou d'élément moral. Ce régime, issu d'une longue histoire et codifié dans le code des juridictions financières, permet de mettre en jeu la responsabilité des gestionnaires publics. Il subit une profonde transformation avec l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 dont la mise en œuvre est effective au 1^{er} janvier 2023.

La réforme du régime de mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires et des comptables publics fait suite à des évolutions qui s'inscrivent dans le temps long et qui avaient permis la construction de deux régimes de responsabilité distincts, l'un pour les comptables, l'autre pour les ordonnateurs (I). La réforme unifie ces deux régimes sans s'écarter de l'adage *de minimis non curat praetor* en s'appuyant sur les contrôles menés par les chambres régionales et territoriales des comptes (II). Le nouveau régime ainsi mis en place s'articule avec le volet pénal de la lutte contre les atteintes à la probité en respectant le principe *non bis in idem* (III).

I. UNE RÉFORME QUI UNIFIE LA MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ DES ORDONNATEURS ET DES COMPTABLES

La mise en place d'un régime unifié de mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics s'inscrit dans une évolution historique ayant permis la mise en place de régimes distincts (A). Le nouveau régime constitue une simplification et une rationalisation des dispositifs en place (B). Il connaîtra une mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie en parallèle au maintien de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics (C).

A. Une évolution historique permettant la mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics selon des procédures spécifiques

La mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics remonte à plus de sept siècles. L'ordonnance de Vivier en Brie prise en 1320 fixe en effet le statut de la Chambre des comptes du roi de France et précise son fonctionnement juridictionnel permettant la mise en jeu de la responsabilité des officiers royaux, c'est-à-dire de ceux qui détenaient un office ou une charge

consentie par le roi pour la gestion du royaume. En parallèle, des chambres des comptes se mettent en place auprès des parlements locaux.

Si ce fonctionnement a été supprimé par la Révolution, Napoléon crée la Cour des comptes en 1807 avec pour mission de surveiller les comptes des comptables publics selon une procédure juridictionnelle. Il n'est donc plus question de la mise en jeu de la responsabilité des ordonnateurs jusqu'à la création jurisprudentielle par la Cour des comptes de la gestion de fait que l'on peut faire remonter à l'arrêt Ville de Roubaix du 23 août 1834. Par la gestion de fait, les ordonnateurs sont appelés à rendre des comptes s'ils ont manié des deniers publics et à rembourser le cas échéant les sommes manquantes. Le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables est établi par le décret du 31 mai 1862 codifiant l'ensemble des règles de la comptabilité publique.

La Cour de discipline budgétaire et financière a été créée par la loi du 25 septembre 1948 afin de sanctionner les actes des agents publics constituant des fautes lourdes ou des irrégularités dans la gestion des finances publiques. Elle a pour mission de juger les ordonnateurs et les comptables et de ne sanctionner que les fautes les plus graves. Cette juridiction centrée sur l'exemplarité a rendu 264 arrêts depuis 1948.

La modernisation de la gestion publique, traduite notamment dans le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, s'est accompagnée de la mise en place d'un nouveau régime de mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics prévu par l'article 60 de la loi de finances pour 1963.

Ce régime juridictionnel a connu une évolution majeure en 2008 pour se mettre en conformité avec les exigences de l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme¹. La Cour européenne des droits de l'homme avait en effet affirmé l'applicabilité de cet article à la procédure de gestion de fait dès 2003² puis confirmé cette position pour le jugement des comptes des comptables patents en 2007³. Le Conseil d'État avait suivi la Cour européenne des droits de l'homme en 2003⁴ puis en 2007⁵. Finalement, la loi du 28 octobre 2008 relative à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes⁶ a modernisé la procédure en supprimant le double arrêt, en renforçant le contradictoire et en généralisant les audiences publiques. De plus, les fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement sont clairement séparées. La procédure ainsi modernisée répondait aux principes du procès équitable en se rapprochant de la procédure pénale.

Une nouvelle évolution a eu lieu en 2011 pour clarifier la responsabilité du comptable public. En effet, le maintien de débits dans les cas où la collectivité n'avait pas subi de préjudice (débits liés à l'absence de pièce justificative alors que le service était fait par exemple), comme le maintien d'une possibilité de remise gracieuse des débits par le ministre en charge des finances, posaient

1 L'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme affirme le droit à un procès équitable : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

2 CEDH, 7 oct. 2003, *Richard-Dubarry c. France*, n° 53929/00.

3 CEDH, 12 avr. 2006, *Martinie c. France*, n° 58675/00.

4 CE, 30 déc. 2003, *Beausoleil et Mme Richard*, n° 251120.

5 CE, 30 mai 2007, *Pierre A.*, n° 270410.

6 L. n° 2008-1091, *JO*, du 29 oct. 2008.

question. L'article 90 de la loi de finances rectificative pour 2011⁷ a donc à nouveau modifié le régime juridictionnel de mise en jeu de la responsabilité des comptables en introduisant la possibilité d'imposer le paiement d'une somme non rémissible en l'absence de préjudice tout en maintenant la procédure de débet en cas de préjudice. Si le débet pouvait toujours faire l'objet d'une remise gracieuse, la somme non rémissible ne le pouvait pas.

Il faut noter que la réforme du régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics opérée en 2011 en métropole n'a pas été transposée en Nouvelle-Calédonie en l'absence du décret d'application fixant la somme non rémissible maximale pouvant être mise à la charge du comptable public⁸. La chambre territoriale des comptes a donc continué, jusqu'en fin d'année 2022, à mettre en œuvre les dispositions de 2008.

B. Un nouveau régime unifié mis en place par l'ordonnance n°2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics⁹

Cette longue construction historique avait abouti à une procédure complexe, en deux branches distinctes suivant les justiciables. La responsabilité des ordonnateurs et des comptables était mise en jeu en cas d'infractions détaillées au livre III du code des juridictions financières et celle des comptables l'était également au titre de leur responsabilité personnelle et pécuniaire décrite à l'article 60 de la loi n°63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963.

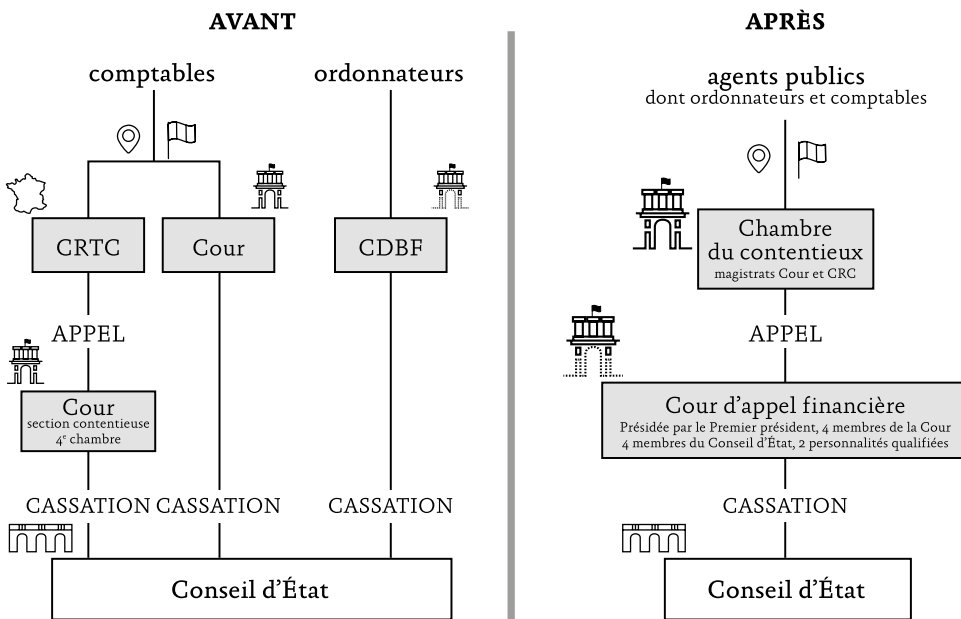


Figure 1 : Représentation de l'impact de la mise en œuvre de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 sur la mise en œuvre de la responsabilité des gestionnaires publics

7 L. n° 2011-1978 du 28 déc. 2011, JO, 29 déc. 2011.

8 Le décr. n° 2012-1386 du 10 déc. 2012 portant application du deuxième alinéa du VI de l'article 60 de la loi de finances de 1963 modifié, dans sa rédaction issue de l'article 90 de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011, JO, 12 déc. 2012, ne comporte pas la mention expresse d'applicabilité prévue par l'article 6-2 de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JO, 21 mars 1999. En application de l'article 6-1 de cette même loi, l'entrée en vigueur de la réforme a donc été reportée à la date d'entrée en vigueur de cette mesure d'application qui n'est jamais intervenue.

9 JO, 24 mars 2022.

La responsabilité des ordonnateurs et des comptables était mise en jeu devant la cour de discipline budgétaire et financière, instance unique composée de magistrats de la Cour des comptes et du Conseil d'État, avec une possibilité de cassation au Conseil d'État mais sans possibilité d'appel. Pour les comptables de l'État, leur responsabilité était mise en jeu devant la Cour des comptes alors que pour les comptables locaux, il s'agissait des chambres régionales ou territoriales des comptes.

Seuls les comptables locaux avaient une voie d'appel à la Cour des comptes. Un pourvoi en cassation était possible pour tous les comptables devant le Conseil d'État.

L'ordonnance du 23 mars 2022 simplifie l'ensemble et vise à instaurer un régime unifié, valant aussi bien pour les ordonnateurs et les comptables et dont l'objectif est la protection de l'ordre public financier.

Le nouveau régime de responsabilité qui est mis en place au 1^{er} janvier 2023 est donc identique pour l'ensemble des gestionnaires publics, qu'ils soient ordonnateurs ou comptables. L'ensemble des affaires sont jugées par la chambre du contentieux de la Cour des comptes, qui succède à la 7^e chambre, créée en 2021. Cette chambre est composée de magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes. Une cour d'appel financière est mise en place. Présidée par le premier président de la Cour des comptes, elle comprend quatre membres de la Cour des comptes, quatre membres du Conseil d'État et deux personnalités qualifiées. L'appel est suspensif. Un pourvoi en cassation peut être formé devant le Conseil d'État.

Ce nouveau régime vise à faire respecter l'ordre public financier, c'est-à-dire les règles d'exécution des dépenses et des recettes publiques et le patrimoine des organismes publics. Ce respect est un fondement de la performance de la gestion publique et de la probité des gestionnaires publics. L'ordre public financier est un facteur de la confiance des citoyens dans les institutions et son respect d'intérêt général.

C. Une mise en œuvre qui se conjugue avec la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics en Nouvelle-Calédonie

La mise en place du régime de responsabilité des gestionnaires publics en Nouvelle-Calédonie suppose une analyse préalable des compétences de l'État pour modifier le régime existant. Celles-ci sont fixées par les articles 6-2 et 21 de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

En application de l'alinéa 10 de l'article 21, l'État est compétent en matière de « Règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics, contrôle de légalité des provinces, des communes et de leurs établissements publics et régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics, sous réserve de l'article 27 ». Les transferts de compétences rendus possibles à l'article 27 de la loi organique¹⁰ n'ayant pas eu lieu, l'État est donc bien compétent en matière de régime comptable et financier de l'ensemble des collectivités publiques, y compris de la Nouvelle-Calédonie qui est une collectivité publique *sui generis*¹¹. La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics constitue un élément du régime comptable et budgétaire des collectivités concernées,

¹⁰ L'article 27 de la loi organique prévoit que le congrès peut, à partir du début de son mandat commençant en 2009, adopter une résolution tendant à ce que lui soit transféré, par une loi organique ultérieure, la compétence en matière de règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics, le contrôle de légalité des provinces, des communes et de leurs établissements publics et le régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics. Aucune résolution en ce sens n'a été adoptée par le congrès.

¹¹ La situation est différente en Polynésie française, comme l'a analysé le Conseil d'État dans son avis n° 405887 du 23 nov. 2022.

que l'État est compétent pour modifier, ainsi que celle des ordonnateurs dès lors qu'elle constitue, au même titre que celle des comptables publics, un élément du régime budgétaire et comptable des collectivités publiques.

Cependant, le jugement des comptes des comptables de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics est prévu par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie¹². Ainsi, tant que la loi organique de 1999 ne sera pas modifiée, les comptables publics de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics pourront continuer à voir leur responsabilité personnelle et pécuniaire mise en jeu.

Les comptables des communes et de leurs établissements publics dont le jugement des comptes n'est pas expressément prévu par la loi organique se voient confrontés à la même difficulté puisque, pour permettre le maintien du jugement des comptes des comptables de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics, l'ordonnance du 23 mars 2022 prévoit dans son article 28 qu'en Nouvelle-Calédonie, l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963, à l'exception de son XI, demeure applicable pour les comptables tenus de produire leurs comptes devant la chambre territoriale des comptes. Ainsi, le régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics des communes de Nouvelle-Calédonie est aussi conservé¹³ alors que se met en place le nouveau régime unifié de mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics.

Dans l'attente de la modification de la loi organique de mars 1999, deux régimes continuent donc de coexister pour les comptables publics à compter du 1^{er} janvier 2023 en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit de deux régimes de responsabilité distincts et de nature différente : une responsabilité personnelle et pécuniaire qui peut être mise en jeu par la chambre territoriale des comptes et une responsabilité pour faute qui peut être mise en jeu devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes. Cette situation¹⁴ n'est d'ailleurs pas différente que celle qui prévalait jusqu'au 31 décembre 2022 puisque la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public peut être mise en jeu par la chambre territoriale des comptes et les comptables publics peuvent aussi être justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière pour faute.

II. UNE PROCÉDURE SIMPLIFIÉE QUI RENFORCE LES CONTRÔLES MENÉS PAR LES JURIDICTIONS FINANCIÈRES

Le régime répressif quasi-pénal applicable au 1^{er} janvier 2023 est tourné vers les dirigeants non élus sauf exceptions (A) et centré sur une liste resserrée d'infractions dont deux sont caractérisées par leur gravité et le caractère significatif du préjudice financier (B). Les responsabilités des justiciables seront appréciées en fonction des circonstances (C). L'ordonnance de mars 2022 met en place un flux d'information élargi en vue de faciliter la communication (D). Pour les chambres régionales et territoriales des comptes, la mise en œuvre de ce nouveau régime est l'occasion de dynamiser les contrôles de régularité au sein des contrôles des comptes et de la gestion (E).

A. Un nouveau régime de responsabilité applicable aux personnels et dirigeants des organismes soumis au contrôle des juridictions financières, mais pas aux élus

La couverture de ce nouveau régime est particulièrement large (État, secteur public local, organismes de sécurité sociale, etc.). Il s'adresse aux personnes physiques qui exercent en droit

¹² Art. 208 de la L. org., codifié à l'art. LO 262-2 du CJF.

¹³ CJF, art. L. 262-3.

¹⁴ Elle est conforme à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au principe de légalité des délits et des peines, CEDH, 22 janv. 2013, *Camilleri c. Malte*, n° 42931/10.

ou en fait les fonctions d'ordonnateur ou de comptable public, qu'elles soient fonctionnaires ou agents civils de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ou groupements, des autorités de tutelle, représentants, administrateurs ou agents des organismes soumis au contrôle des juridictions financières ou membres d'un cabinet des personnes expressément non justiciables de ce régime¹⁵.

Ce régime maintient l'exception qui existait devant la Cour de discipline budgétaire et financière concernant les élus. Les élus ne sont pas justiciables dans le cadre de leur mandat électif ou s'ils agissent dans l'accessoire obligé de leurs fonctions en raison de dispositions législatives ou réglementaires. Cependant, les élus peuvent voir engager leur responsabilité devant ce nouveau régime en cas de gestion de fait, à l'occasion d'un ordre de réquisition ayant entraîné l'octroi d'un avantage injustifié ou lorsqu'ils font obstacle à l'exécution d'une décision de justice.

Les dispositions de l'ordonnance du 23 mars 2022 clarifient aussi le sort des personnes œuvrant dans le domaine associatif. Si les bénévoles associatifs ne peuvent voir leur responsabilité mise en jeu par ce nouveau régime, les salariés ou administrateurs rémunérés et les présidents d'association sont en revanche concernés.

En Nouvelle-Calédonie, les maires, adjoints, membres des conseils municipaux, présidents de groupements de collectivités territoriales, président du congrès de la Nouvelle-Calédonie, président de la collectivité de Nouvelle-Calédonie, présidents des provinces de la Nouvelle-Calédonie ou leurs vices présidents dans le cadre d'une délégation ne sont donc pas justiciables de ce nouveau régime de responsabilité.

À titre d'exemple non limitatif, les directeurs d'établissements publics, les présidents d'associations ou les élus qui siègent au conseil d'administration d'une société d'économie mixte sans que cela ne soit l'accessoire obligé de leur fonction principale¹⁶ pourront voir leur responsabilité engagée par ce nouveau régime. Le président du territoire, le président du congrès et les présidents des provinces peuvent voir leur responsabilité engagée à l'occasion d'un ordre de réquisition pour l'octroi d'un avantage injustifié. Ces mêmes élus ainsi que les maires, adjoints et membres des conseils municipaux peuvent aussi voir leur responsabilité engagée lorsqu'ils font obstacle à une décision de justice ou en cas de gestion de fait.

B. Une liste resserrée de neuf infractions dont deux caractérisées par leur gravité et le caractère significatif du préjudice financier

Le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics se caractérise par deux infractions dont la définition est particulièrement large mais qui supposent la commission d'une faute grave ayant causé un préjudice significatif au regard du budget de l'organisme ou du service. Il s'agit du non-respect des règles relatives à l'exécution des recettes ou des dépenses ou à la gestion des biens des personnes publiques¹⁷ ou d'une faute de gestion, c'est-à-dire d'actes manifestement incompatibles avec les intérêts de l'organisme ou de carences graves dans les contrôles, d'omissions ou de négligences dans le rôle de direction d'un organisme public ou privé, quel que soit son statut juridique, contrôlé par un ou des organismes relevant du contrôle des juridictions financières.

L'ordonnance du 23 mars 2022 prévoit aussi sept autres infractions qui permettent la mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics pour faute en cas d'agissements visant à faire

¹⁵ CJF, art. L. 131-1.

¹⁶ Pour une décision récente en ce sens, voir par exemple l'arrêt de la cour de discipline budgétaire et financière n° 249-837 du 26 mars 2021, *Société d'économie mixte de construction du département de l'Ain (SEM CODA)*, qui a mis en jeu la responsabilité du président-directeur-général, élu au conseil départemental de l'Ain.

¹⁷ CJF, art. L. 131-9.

échec à une procédure de mandatement d'office¹⁸, d'octroi d'un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, à une personne morale, à soi-même ou à autrui¹⁹, de non-production des comptes, d'engagement d'une dépense sans respecter les règles en matière de contrôle budgétaire ou sans avoir le pouvoir ou reçu une délégation à cet effet²⁰, d'actes entraînant la condamnation de la personne publique ou privée chargée d'un service public à une astreinte en raison de l'inexécution d'une décision de justice ou de non-paiement des sommes prévues par les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée²¹.

Le principe de séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable est réaffirmé dans l'ordonnance²² par le maintien de l'infraction de gestion de fait²³ et celle d'engagement des dépenses sans avoir la qualité d'ordonnateur²⁴. La gestion de fait devient dans ce nouveau régime une infraction simple, avec un seul jugement.

Le délai de prescription est de cinq années à compter du jour de la commission de l'infraction, délai porté à dix ans pour la gestion de fait²⁵.

C. Une responsabilité à apprécier en fonction des circonstances

Le nouveau régime de responsabilité prévoit la mise en œuvre d'amendes au bénéfice du budget de l'État dont le montant maximum pourra atteindre six mois de rémunération annuelle de l'auteur à la date de l'infraction. Pour les infractions prévues à l'article L. 131-13 du code des juridictions financières (non production des comptes, engagement d'une dépense sans respecter les règles en matière de contrôle budgétaire ou sans en avoir le pouvoir ou avoir reçu délégation à cet effet), la sanction pourra atteindre un mois de rémunération annuelle de l'auteur à la date de l'infraction. En l'absence de rémunération de l'auteur de l'infraction, la sanction sera basée sur la rémunération annuelle à l'échelon le plus élevé de l'emploi de directeur d'administration centrale. En cas de multiplicité d'infractions, le cumul des sanctions sera possible dans la limite du montant maximum de l'infraction possible de la sanction la plus élevée.

Une des particularités de ce nouveau régime est la nécessité d'apprécier les circonstances de l'affaire. En effet, les sanctions ne sont pas calculées de façon forfaitaire. Des circonstances exceptionnelles ou constitutives de la force majeure sont absolutoires²⁶. Certaines circonstances sont exonératoires si la personne mise en cause peut exciper d'une substitution de responsabilité au travers d'instructions préalables du supérieur hiérarchique habilité, sauf si ces instructions sont manifestement illégales et de nature à compromettre gravement un intérêt public²⁷ ou d'un ordre de réquisition²⁸. Il en va de même si la personne mise en cause peut se prévaloir d'un ordre écrit d'un élu ou d'une délibération d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, l'élu ou l'organe délibérant ayant été dûment informé de l'affaire²⁹. Certaines circonstances peuvent conduire à aggraver la sanction en considération de l'importance du préjudice ou du maniement des deniers et en cas de réitération ou de durée

18 CJF, art. L. 131-11.

19 CJF, art. L. 131-12.

20 CJF, art. L. 131-13.

21 CJF, art. L. 131-14.

22 Voir son art. 3.

23 CJF, art. L. 131-5.

24 CJF, art. L. 131-13 3°.

25 CJF, art. L. 142-1-3.

26 CJF, art. L. 131-8.

27 CJF, art. L. 131-5.

28 CJF, art. L. 131-7.

29 CJF, art. L. 131-6.

prolongée des faits³⁰. Enfin, dans certaines circonstances, le montant de la sanction peut être atténué, notamment au regard du comportement et de la situation matérielle du comptable de fait³¹, ce qui peut aller jusqu'à la dispense de peine lorsque le dommage est réparé et que le trouble causé a cessé³².

D. Des flux d'information renforcés

Les échanges entre administrations et avec la justice sont confortés par l'ordonnance du 23 mars 2022. Ainsi, le parquet général près la Cour des comptes peut se saisir de certains faits puisqu'il est destinataire des jugements des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État ayant prononcé la liquidation d'astreintes³³ et des ordres de réquisitions transmis par la direction des finances publiques aux juridictions financières. Il peut donc ainsi constater les infractions prévues aux articles L.131-4 et L.131-14 du code des juridictions financières.

L'article L.142-1-12 du même code rappelle qu'un gestionnaire public peut voir sa responsabilité mise en cause aussi bien d'un point de vue disciplinaire que pénal et par la Cour des comptes. Des signalements sont possibles par le parquet général près la Cour des comptes vers d'autres instances, notamment l'autorité ayant un pouvoir disciplinaire envers la personne mise en cause. Cette autorité doit alors communiquer au parquet général les suites données à ce signalement dans les six mois. Le parquet général près la Cour des comptes peut aussi transmettre au procureur de la République des faits susceptibles de constituer des délits ou des crimes. Il en fera alors copie à l'autorité hiérarchique ou de tutelle de la personne mise en cause.

Enfin, les juridictions financières disposent d'un droit de communication précisé pour, dans le cadre de leur instruction à charge et à décharge³⁴, avoir accès et obtenir communication de tous documents, données et traitements de quelque nature que ce soit relatifs à la gestion sans qu'un secret protégé par la loi puisse leur être opposé³⁵.

E. Une saisine élargie et, pour les chambres régionales et territoriales des comptes, une importance accrue des contrôles de régularité

Dans le nouveau régime, le parquet général près la Cour des comptes peut se saisir de sa propre initiative ou être saisi par certains acteurs identifiés³⁶ dont le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale, le Premier ministre, le ministre chargé du budget, les autres membres du gouvernement pour les faits relevés à la charge des fonctionnaires et agents placés sous leur autorité ainsi que des agents exerçant dans des organismes placés sous leur tutelle, les chefs de service de l'inspection générale de l'administration, l'inspection générale des affaires sociales, l'inspection générale des finances et des inspections ministérielles, les procureurs de la République, le représentant de l'État dans le département pour les faits ne relevant pas des ordonnateurs de l'État et le directeur régional, départemental ou local des finances publiques pour les faits ne relevant pas des ordonnateurs de l'État.

Les élus locaux peuvent aussi saisir le parquet général près la Cour des comptes. En Nouvelle-Calédonie, il s'agit donc des maires, des présidents de groupements de collectivités territoriales, du président du congrès de la Nouvelle-Calédonie, du président de la collectivité de Nouvelle-Calédonie, du président des provinces de la Nouvelle-Calédonie ou de leurs vices présidents.

30 CJF, art. L. 131-16 et L. 131-18.

31 CJF, art. L. 131-18.

32 CJF, art. L. 131-19, al. 2.

33 CJA, art. R. 921-7 et R. 931-8.

34 CJF, art. L. 142-1-4.

35 CJF, art. L. 141-5 et L. 241-5.

36 CJF, art. L. 142-1-1.

La saisine est aussi ouverte aux commissaires aux comptes des organismes soumis au contrôle des juridictions financières ainsi qu'à tout créancier d'une collectivité n'ayant pas payé une astreinte ou les sommes mises à leur charge par une décision de justice.

Les juridictions financières, Cour des comptes et chambres régionales et territoriales des comptes, peuvent aussi transmettre au parquet général près la Cour des comptes des faits susceptibles de constituer des infractions qui auront été relevés dans le cadre de leurs contrôles des comptes et de la gestion.

Plus largement, les citoyens peuvent aussi, depuis 2022, signaler aux juridictions financières des irrégularités par le biais d'un portail sécurisé sur le site internet de la Cour des comptes³⁷. Ces signalements, qui peuvent être anonymes, sont traités par le parquet général près la Cour des comptes. Si les faits sont suffisamment étayés et graves, ils pourront donner lieu soit à directement l'ouverture d'une procédure contentieuse, soit à l'ouverture d'un contrôle des comptes et de la gestion par la chambre concernée.

À compter du 1^{er} janvier 2023, les juridictions financières participeront donc pleinement, au travers des contrôles menés en matière de régularité, au maintien de l'ordre public financier. Si les contrôles relèvent des éléments de mauvaise gestion diminuant la performance de l'organisme sans que ceux-ci puissent constituer des infractions, ils seront consignés dans les rapports rendus publics par les juridictions financières. Si ces faits peuvent constituer des infractions, ils seront transmis au parquet général près la Cour des comptes qui appréciera, selon les cas, s'ils doivent être transmis au procureur de la République, s'ils permettent de mettre en jeu la responsabilité des gestionnaires publics dans le cadre de ce nouveau régime, ou encore s'ils doivent être classés.

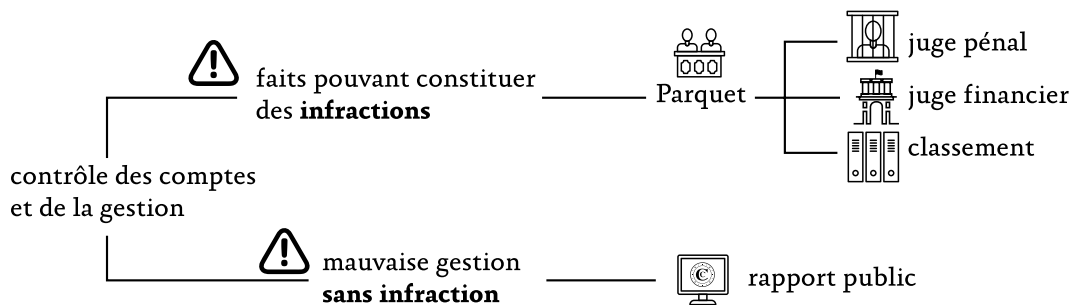


Figure 2 : Mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics par les chambres régionales et territoriales des comptes

Cette nouvelle procédure va donc entraîner un renforcement des contrôles de régularité menés par les juridictions financières à compter du 1^{er} janvier 2023. Ils pourront porter sur des domaines variés tels que la gestion des ressources humaines, la commande publique, le versement de subventions, la gestion du patrimoine, l'achat et la vente de biens, la sous-traitance, etc. Pour les organismes soumis au contrôle des juridictions financières, cela appelle à un renforcement de leur contrôle interne afin de limiter les risques d'erreurs ou de fautes pouvant conduire à la mise en jeu de la responsabilité de leurs dirigeants.

³⁷ Accessible à l'adresse <https://signalement.ccomptes.fr/>

III. UN OUTIL AU SERVICE DE LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES À LA PROBITÉ

Comme l'indique l'Agence française anticorruption dans son rapport d'activité 2021, la Nouvelle-Calédonie n'est pas bien située en matière de condamnations pénales pour les atteintes à la probité. Elle se place en troisième position derrière la Corse et la Guadeloupe. Le contexte insulaire, la taille limitée de l'économie et la porosité entre le secteur public et le secteur privé sont de nature à créer un risque accru d'atteinte à la probité. Les travaux des juridictions financières contribuent d'ores et déjà à la lutte contre les atteintes à la probité (A), en articulation étroite avec la répression pénale de ces infractions (B). Le nouveau régime se placera dans la continuité de la Cour de discipline budgétaire et financière (C).

A. Des juridictions financières qui participent à la lutte contre les atteintes à la probité

Les contrôles menés par les chambres régionales et territoriales des comptes participent d'ores et déjà à la lutte contre les atteintes à la probité. Par la publication de leurs rapports d'observations définitives ou leurs signalements au procureur de la République, certains faits sont réprimés et engagent la responsabilité pénale de leurs auteurs, y compris élus.

Le rapport annuel 2021 de l'observatoire des risques de la vie territoriale de la société mutuelle d'assurance des collectivités locales comprend cinq affaires pénales en lien avec les travaux des chambres régionales et territoriales des comptes à l'Outre-mer.

Date	Tribunal	Mis en cause	Infraction	Domaine
8 juillet 2020	Mamoudzou	Président dépt. Directeur SPL	Favoritisme Abus de biens sociaux	Commande publique (conditions passation bon de commande) Ressources humaines (salaires indus)
5 novembre 2020	Saint Denis	Maire Adjoint Collaborateur	Prise illégale d'intérêts	Ressources humaines (recrutement, promotion, rémunération, avantages en nature)
10 décembre 2020	Papeete	Maire	Détournement de fonds publics	Commande publique (travaux, fluides)
21 mai 2021	Saint Denis	Président SPL	Abus de bien social Prise illégale d'intérêts Absence déclaration HATVP	Ressources humaines (rémunération, jetons de présence, recrutement)

Tableau 1 : Sélection de jugements relatifs à l'Outre-mer sur des affaires en lien avec les travaux des chambres régionales ou territoriales des comptes (© Observatoire SMACL 2021 Outre-mer – chambre régionale ou territoriale des comptes).

Les contrôles de régularité menés dans le cadre des contrôles des comptes et de la gestion couvrent un champ plus étendu que la seule détection des atteintes à la probité caractérisées par les manquements au devoir de probité prévus aux articles 432-10 à 432-16 du code pénal.

Ceci justifie la nécessité d'un régime administratif répressif infra-pénal pour sanctionner les irrégularités ne relevant pas des manquements au devoir de probité sanctionnés par le code pénal mais relevant de l'atteinte à l'ordre public financier.

Cependant, en réalité, les frontières entre ces deux régimes sont poreuses. Si les juridictions financières et pénales poursuivent des objectifs de nature différente, pour l'une la sanction des violations des règles régissant les finances publiques (respect de l'ordre public financier) et pour l'autre la sanction des atteintes à la probité (respect de l'ordre public, tout court), certains faits, comme certains justiciables, peuvent relever de l'un comme de l'autre régime.

La méconnaissance des règles de la commande publique ou le versement de rémunérations irrégulières, par exemple, sont susceptibles de constituer à la fois des irrégularités au sens du code des juridictions financières et des infractions pénales (délit de favoritisme, détournement de fonds publics, abus de confiance).

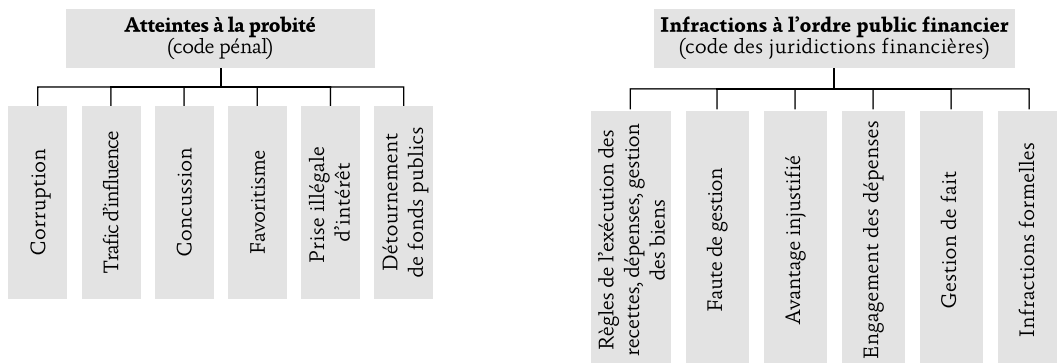


Tableau 2 : Infractions constituant les atteintes à la probité (code pénal) à gauche – infractions à l'ordre public financier (code des juridictions financières) à droite

Les atteintes à la probité peuvent faire l'objet de poursuites soit au pénal, soit dans le régime infra-pénal devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes. L'articulation entre ces deux régimes, ainsi que la possibilité de sanction disciplinaire sont prévues par l'article L. 142-1-12 du code des juridictions financières, en cohérence avec les principes mis en œuvre par la cour de discipline budgétaire et financière.

B. Une articulation étroite avec la lutte pénale contre les atteintes à la probité

Créée pour réprimer les infractions au droit budgétaire, la cour de discipline budgétaire et financière a aussi joué un rôle en matière de lutte contre les atteintes à la probité. Cela l'a amené à articuler son action avec la justice pénale en application du principe *non bis in idem*³⁸.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2016-550 QPC du 1^{er} juillet 2016³⁹, a précisé qu'une même personne ne peut 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.

Les principes guidant la cour de discipline budgétaire et financière, et donc maintenant la chambre du contentieux de la Cour des comptes, en matière d'articulation avec la justice pénale ont été précisés dans l'arrêt de la cour de discipline budgétaire et financière du 2 décembre 2019 concernant la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du

³⁸ Nul ne peut être poursuivi ou condamné deux fois pour les mêmes faits.

³⁹ JO, 2 juill. 2016.

Travail et de l'Emploi (DIRECCTE) d'Alsace. Dans cette affaire, deux personnes étaient déférées devant la cour de discipline budgétaire et financière pour absence de publicité adaptée en matière de commande publique, paiements sans pièces justificatives et fausse certification du service fait. Ayant fait l'objet d'une procédure disciplinaire et d'une enquête préliminaire classée sans suite, elles estimaient que la procédure engagée devant la cour de discipline budgétaire et financière portait atteinte au principe *non bis in idem*.

Cependant, la Cour a jugé que les mêmes faits peuvent conduire une même personne à être poursuivie par des juridictions différentes protégeant des intérêts sociaux différents. De plus, au cas d'espèce, les poursuites pénales avaient été classées et les sanctions disciplinaires étaient de nature différente.

En pratique, la double saisine doit être évitée. Les éléments de choix reposent notamment sur la nature des justiciables, puisque les élus sont plus rarement justiciables devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes, ou sur l'administration de la preuve des agissements, si celle-ci présente des difficultés qui ne peuvent être résolues par les seuls pouvoirs d'investigation des magistrats financiers et que l'affaire nécessite des perquisitions par des officiers de police judiciaire.

C. Un régime infra-pénal en continuité avec la cour de discipline budgétaire et financière dans la lutte contre les atteintes à la probité

Le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics est un régime visant à réprimer les infractions à l'ordre public financier qui présentent un caractère d'exemplarité – les fautes graves ayant causé un préjudice financier significatif⁴⁰ – et à les sanctionner par des amendes dissuasives⁴¹. Si la procédure n'est pas pénale, les principes majeurs du procès équitable s'imposent et se traduisent par l'impartialité de la formation de jugement, l'obligation de discuter des moyens de la défense et de motiver la solution retenue et l'exigence d'une définition claire et précise des manquements réprimés. La procédure et le fonctionnement de la chambre du contentieux à compter du 1^{er} janvier 2023 reprennent ainsi les éléments essentiels de la procédure et du fonctionnement de la cour de discipline budgétaire et financière qui a disparu au 31 décembre 2022.

Pour envisager le type d'infractions qui pourra être retenu dans le cadre du nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics, il est possible de se référer aux arrêts de la cour de discipline budgétaire et financière.

En 2021, la cour de discipline budgétaire et financière a rendu neuf arrêts dont cinq concernent les ressources humaines, trois la commande publique et un la gestion du patrimoine. Ces arrêts, dans leur répartition par type d'infraction, par personne mise en cause et par domaine, donnent ainsi une bonne indication de ce qui pourrait être retenu dans le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics.

⁴⁰ Infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses, agissements manifestement incompatibles avec les intérêts de l'organisation, carences graves dans les contrôles, omissions ou négligences répétées dans un rôle de direction.

⁴¹ D'autres infractions peuvent être sanctionnées dès le premier franc : octroi d'avantage injustifié à autrui par intérêt personnel direct ou indirect, non-exécution des décisions de justice, échec à une procédure de mandatement d'office, gestion de fait, absence de production des comptes.

Date	Mis en cause	Infraction	Domaine
20 janvier 2021	Directeurs d'hôpitaux	Règles d'exécution des dépenses et recettes Avantage injustifié	Ressources humaines (redevances activité libérale et primes et indemnités)
11 février 2021	Président CGI	Règles d'exécution des dépenses et recettes	Commande publique (contrats prestations services marketing)
9 mars 2021	DG CDC PDG CDC entreprises	Règles d'exécution des dépenses et recettes Avantage injustifié	Ressources humaines (plan d'attribution d'actions gratuites)
26 mars 2021	PDG SEM DG SEM	Règles d'exécution des dépenses et recettes	Gestion du patrimoine (acquisition et prise à bail)
3 mai 2021	Président Directeur Général DGA	Engagement dépenses sans pouvoir Règles d'exécution des dépenses et recettes Avantage injustifié	Ressources humaines (rupture conventionnelle contrat travail et protocoles d'accords transactionnels)
14 juin 2021	DGCS Adjointe DGCS	Règles d'exécution des dépenses et recettes	Commande publique (conditions passation marché téléphonie)
30 septembre 2021	Maire	Avantage injustifié	Ressources humaines (réquisition du comptable pour le paiement d'indemnités à des agents non titulaires)
15 novembre 2021	Directeur	Engagement dépenses sans pouvoir Règles d'exécution des dépenses et recettes	Ressources humaines (complément rémunération et carte affaires)
3 décembre 2021	Directeur général SEM	Engagement dépenses sans pouvoir Règles d'exécution des dépenses et recettes	Commande publique (conditions passation marchés maîtrise d'œuvre et travaux publics)

Tableau 3 : Arrêts de la Cour de discipline budgétaire et financière en 2021 (© Rapport d'activité 2021 de la CDBF – Rapport au Président de la République 2022).

En 2021, la cour de discipline budgétaire et financière a retenu la responsabilité de dirigeants mais aussi d'élus, soit directement dans le cadre de l'octroi d'un avantage injustifié au travers d'un ordre de réquisition, soit lorsque les fonctions exercées n'étaient pas l'accessoire obligé de la fonction principale d'élu (président-directeur-général de société d'économie mixte par exemple). Ces deux éléments sont repris dans le nouveau régime par les articles L. 131-4 du code des juridictions financières (alinéa 2°) et L. 131-2 du code des juridictions financières (dernier alinéa).

Les infractions constatées relèvent majoritairement du non-respect des règles relatives à l'exécution des dépenses et des recettes ou à la gestion des biens, repris dans le nouveau régime à l'article L. 131-9 du code des juridictions financières, ainsi que de l'octroi d'un avantage injustifié, infraction prévue dans le nouveau régime à l'article L. 131-12 du même code. L'infraction relative

à l'engagement de dépenses sans en avoir le pouvoir a aussi été reprise au troisième alinéa de l'article L. 131-13.

La régularité de la gestion n'est pas un objectif en soi mais un moyen pour atteindre un ordre public financier, garant de notre « pacte social » ou de la confiance des citoyens dans les institutions, confiance indispensable au développement économique et social. La mise en place au 1^{er} janvier 2023 du nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics s'inscrit dans une évolution historique de long terme au regard de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics qui existait depuis plus de deux cents ans et de celle des ordonnateurs depuis 1948. Le nouveau régime unifie la procédure devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes. Il vise à garantir l'ordre public financier sur la base d'infractions et de sanctions définies par le législateur. Au final, il s'agit d'un régime de responsabilité quasi-pénal qui participera à la lutte contre les atteintes à la probité au travers notamment des faits qui seront relevés par les chambres régionales et territoriales des comptes dans le cadre de leurs contrôles.

La mise en œuvre du devoir de probité en Polynésie française

Emmanuelle Gindre

Université de Polynésie française, GDI, UPPA, IFTJ,
Centre de recherche sur la justice pénale et pénitentiaire, Pau

Je remercie sincèrement ma collègue Sabrina Lavric de m'avoir invitée à évoquer la mise en œuvre du devoir de probité en Polynésie française. Cette invitation fait écho au colloque organisé sur la même thématique l'année passée en Polynésie française¹. Cela souligne d'abord tout l'intérêt de croiser nos regards océaniques sur des problématiques communes, pour brosser un panorama des particularités des outre-mer, dont les contextes notamment culturels sont si différents. C'est également l'occasion d'entreprendre un partage d'expériences qui peuvent enrichir la compréhension et peut-être les réponses apportées à une criminalité qui décrédibilise les institutions tant étatiques que locales et entraîne une perte de confiance des administrés. Cette intervention se tient après une matinée consacrée au cadre juridique et juridictionnel, et avant un après-midi consacré aux mécanismes de prévention, permettez-moi alors de me saisir de ce moment charnière en partageant l'expérience de la Polynésie française aussi bien sur le terrain répressif que sur le terrain préventif.

La Polynésie française est habituellement présentée comme une collectivité vaste comme l'Europe, composée de cinq archipels : Société, Marquises, Tuamotu, Gambier et Australes. Cent-dix-huit îles, un contexte géographique spécifique qui peut influencer sur l'application du droit et son contrôle, auquel s'ajoute un contexte culturel particulier, puisqu'il faut parler de cultures polynésiennes au pluriel, malgré un héritage commun.

Collectivité de l'article 74 de la Constitution, la Polynésie française bénéficie d'un statut d'autonomie défini par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004. Si ce dernier consacre bien la compétence de l'État en matière pénale, il confère à la Polynésie française une compétence de droit commun pour toutes les matières qui ne relèvent pas de la compétence de l'État, parmi lesquelles se trouvent certains domaines de réglementation pouvant intéresser la lutte contre les atteintes à la probité, notamment le droit fiscal, le droit commercial, le droit du travail, les marchés et la commande publics des administrations, des établissements publics de la collectivité ainsi que des communes². Ce statut d'autonomie a en outre été modifié à plusieurs reprises, notamment pour renforcer la probité des membres du gouvernement ou de l'assemblée locale³.

Le devoir de probité renvoie aux notions d'honnêteté, de droiture, d'intégrité, que le droit pénal cherche à protéger par la définition de nombreux comportements qualifiés de manquements au devoir de probité. Les infractions classées sous cette dénomination par le code pénal sont régies par les articles 432-10 à 432-16 du code pénal : la concussion, la corruption passive et le trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, la prise illégale

1 S.-M. Cabon et E. Gindre (dir.), *L'efficacité des dispositifs de lutte contre les atteintes à la probité : la nécessité d'une réflexion pour les Outre-mer*, LexisNexis, 2022.

2 Art. 13 et 14 de la L. org. n° 2004-192 du 27 février 2004, voir not. A. Moyrand, *Droit institutionnel de la Polynésie française*, L'Harmattan, 2^e éd., 2012.

3 Modification de l'art. 160 de la L. org. statutaire par la L. org. n° 2013-906 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique et soumettant les membres du gouvernement et de l'assemblée de la Polynésie française aux obligations de déclaration d'intérêts et de déclaration de situation patrimoniale, voir *infra*.

d'intérêts, les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession (autrement appelé favoritisme) et la soustraction et détournement de biens (ou détournement de fonds publics). Au sens strict, les manquements à la probité désignent donc des atteintes à l'administration publique, commises par des personnes exerçant une fonction publique.

Pour autant cette liste est loin d'être exhaustive si l'on considère que d'autres infractions peuvent être rattachées à la catégorie des manquements au devoir de probité. Certaines le sont par effet miroir, comme la corruption active et le trafic d'influence commis par les particuliers, en ce que ce comportement est indissociable de la corruption passive commise par l'agent public. D'autres le sont par effet de conséquence, comme le blanchiment⁴. Jean-Marie Brigant rattache également à cette catégorie des infractions satellites, des délits spéciaux de prise illégale d'intérêts ou de corruption passive, en raison de la similitude des textes d'incrimination⁵. De même, il fait entrer dans ce « bloc pénal » d'autres abus de fonctions tels le délit d'initié ou l'abus de biens sociaux⁶. On peut enfin y ajouter la fraude fiscale, entrée dans le champ des manquements à la probité à la suite des lois du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁷, donnant ainsi une typologie plus complète des manquements au devoir de probité en ce qu'ils menacent à la fois la crédibilité de l'État et le système économique.

La Polynésie française se révèle un territoire particulièrement vulnérable aux manquements au devoir de probité⁸, dans cette acception large qui guidera notre analyse, de par son contexte économique, politique et juridique. Sur le plan économique, elle se caractérise par son insularité, l'étroitesse de son tissu économique et le développement encore récent d'un droit de la concurrence⁹ pourtant très attendu¹⁰, dans un contexte où l'interventionnisme public est institutionnalisé¹¹. Sur le plan politique, la proximité des sphères publiques et privées, les relations familiales, le clientélisme¹² pèsent sur la transparence et la confiance dans les institutions. L'instabilité politique des deux dernières décennies a en outre freiné la modernisation tant de l'organisation de la gouvernance que du corpus réglementaire de la collectivité.

Dans ce contexte, les atteintes à la probité représentent en Polynésie française une moyenne d'une trentaine de dossiers traités par le Parquet chaque année, sans qu'un véritable

4 Voir V. Malabat, 2022, « La spécificité des éléments constitutifs des infractions d'atteinte à la probité », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), *L'efficacité des dispositifs de lutte contre les atteintes à la probité : la nécessité d'une réflexion pour les Outre-mer*, préc., p.8.

5 J.-M. Brigant, 2012, *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, p.466 et s.

6 *Ibid.*, p.476 s.

7 Not. par l'obligation de déclarations patrimoniales imposées aux élus, voir égal. J.-M. Brigant, « Les atteintes à la probité revues et corrigées », *JCP A*, 2014, p.2173.

8 Mis particulièrement en évidence pour la corruption : voir « La Polynésie, l'un des territoires outre-mer les plus corrompus », 14 févr. 2017, <https://la1ere.francetvinfo.fr/polynesie/tahiti/polynesie-territoires-outre-mer-plus-corrompu-443559.html>; voir égal. S.-M. Cabon, « La lutte contre la corruption et les entreprises en Polynésie française », *JCP A*, n° 51-52, 21 déc. 2020, p.2328.

9 L. du pays n° 2015-2 du 23 févr. 2015 relative à la concurrence. Ce texte fixe les règles en matière de concurrence, en même temps qu'il crée une autorité polynésienne de la concurrence.

10 Voir « Assemblée de la Polynésie française », Rapport sur le projet de loi du pays, n° 63-2014 du 12 juin 2014.

11 Depuis la L. org. n° 2004-192 du 27 févr. 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française modifiée par la L. org. n° 2019-706 du 5 juill. 2019, not. art. 29 permettant à la Polynésie française de créer des sociétés d'économie mixte, mis en application par L. du pays n° 2022-1 du 11 janv. 2022 relative aux sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française; voir égal. F. Venayre, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail, AFD, 2012, p.9.

12 S. Al Wardi, 2022, « Vie politique en Outre-mer : la question des rapports de proximité », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), préc., p.107 et s.

infléchissement puisse être observé¹³. Les infractions constatées concernent essentiellement des élus poursuivis pour prise illégale d'intérêts ou détournement de fonds publics principalement. S'interroger sur la mise en œuvre du devoir de probité revient à s'intéresser au cadre juridique applicable et notamment au cadre préventif, à son respect par les personnes qui y sont tenues, ainsi qu'à la répression en cas d'ineffectivité de ce devoir. En Polynésie française, la mise en œuvre du devoir de probité apparaît perfectible (I), tandis que se pose la question de l'adaptation de la répression à un contexte ultramarin spécifique (II).

I. UNE MISE EN ŒUVRE PERFECTIBLE

Dans un monde parfait, les personnes tenues d'un devoir de probité le mettent en œuvre spontanément. Cependant, le législateur, moins optimiste et confiant dans la nature humaine, a constaté que les hommes ne sont ni vertueux ni probes de manière innée. Par touches successives, il a donc constitué un cadre juridique préventif rendu applicable en Polynésie française. En effet, le contexte particulier de la Polynésie française, et notamment l'étroitesse du tissu économique et social ainsi que la force des liens familiaux entraînant une proximité dangereuse entre gouvernants et gouvernés, a conduit le législateur national à rendre applicables au territoire certains dispositifs métropolitains (A). Dans le cadre de ses compétences, la collectivité doit cependant adapter son cadre réglementaire pour une articulation optimale de ce dernier avec le cadre préventif étatique (B).

A. L'existence d'un cadre juridique préventif national applicable en Polynésie française

Les principaux textes étatiques organisant la prévention des manquements au devoir de probité ont été, au moins en partie et dans le respect du principe de spécialité législative, rendus applicables en Polynésie française, tant dans le secteur public (2) que dans le secteur privé (1).

1. L'application partielle de la loi Sapin 2 dans le secteur privé

Plusieurs dispositions de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin 2¹⁴, sont applicables en Polynésie française.

Ainsi, les articles 1 à 4 de la loi permettent à l'Agence Française Anti-corruption (AFA) d'y exercer ses missions et compétences. Elle peut étendre son contrôle des procédures de prévention de la corruption et autres atteintes à la probité dans la collectivité, ses établissements publics, ses sociétés d'économie mixte, notamment.

En revanche, l'article 17 soumettant les entreprises d'au moins 500 salariés à des obligations en matière de *compliance* n'a pas été rendu applicable en Polynésie française. Cela peut s'expliquer par le tissu économique local qui ne compte que très peu d'entreprises de cette taille¹⁵. Malgré tout, certaines grandes entreprises polynésiennes ont fait le choix d'appliquer ce dispositif, telle la société EDT-ENGIE dans le cadre du groupe français auquel elle appartient. L'AFA ne peut cependant pas contrôler localement la bonne mise en place de ces mesures.

13 Quarante-sept dossiers en 2011, 21 en 2012, 25 en 2013, 29 en 2014, 45 en 2015, 25 en 2016, 33 en 2017, 23 en 2018, 31 en 2021 ; voir l'intervention de Monsieur le Procureur Général près la Cour d'appel de Papeete, Th. Pison, 2022, « L'efficacité des outils de lutte contre les atteintes à la probité sur le territoire polynésien », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), préc., p.85; voir aussi les rapports annuels de politique pénale du procureur de la République de Papeete.

14 Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JO*, 10 déc. 2016, telle que modifiée par la L. n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, *JO*, 22 mars 2022.

15 Seulement 6 entreprises auraient plus de 500 salariés selon Dixit, *La revue économique, sociale et culturelle de la Polynésie française*, 2021-2022, p.148.

De même, la plupart des dispositions relatives aux lanceurs d'alerte ont été rendues applicables en Polynésie française. Il en est ainsi des articles 6 et 6-1, 7-1 à 9, 10-1, 13, 13-1 et 14-1 de la loi du 9 décembre 2016 dans sa version issue de la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte¹⁶. S'appliquent donc les dispositions définissant le lanceur d'alerte et les personnes auxquelles la protection est étendue, ainsi que les conditions et procédures du signalement lui permettant de bénéficier de l'irresponsabilité civile et pénale et des mesures de protection prévues¹⁷. Le lanceur d'alerte bénéficie d'une définition s'appliquant aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public.

En revanche, les articles 12 et 12-1 de la loi Sapin 2 dans sa version consolidée n'ont pas été étendus en Polynésie française. L'article 12 prévoit la possibilité pour le salarié victime d'une rupture de son contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte de saisir la juridiction prud'homale. Il crée en outre la sanction complémentaire d'obligation pour l'employeur d'abonder le compte formation du salarié. Ces mesures ressortissent de la compétence de la Polynésie française en matière de droit du travail. L'article 12-1 prévoit quant à lui la protection contractuelle des droits du lanceur d'alerte, matière relevant elle aussi de la compétence de la Polynésie française¹⁸. Il appartient donc à la collectivité, le cas échéant, de coordonner sa réglementation avec les dispositions nationales afin de garantir les mêmes droits aux lanceurs d'alerte polynésiens.

2. Un cadre préventif renforcé dans le secteur public

L'efficacité outre-mer des obligations déclaratives. La loi organique n°2013-906 et la loi n°2013-907, du 11 octobre 2013, relatives à la transparence de la vie publique, étendent ainsi le champ de compétence de la Haute autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) à la Polynésie française et soumettent le président et les autres membres du gouvernement de la Polynésie française, ainsi que le président et les autres représentants à l'Assemblée de la Polynésie française aux obligations de déclaration d'intérêts et de déclaration de situation patrimoniale, dans les mêmes conditions que les autres personnes visées par ces dispositions¹⁹.

Ce mécanisme préventif donne à ce jour satisfaction. Ces obligations déclaratives sont bien suivies par les élus concernés et l'autorité administrative exerce son pouvoir de contrôle de manière stricte. Ainsi, en 2016, la HATVP a examiné les déclarations de situation patrimoniale de fin de mandat établies par monsieur Gaston Flosse en 2014, en tant que président du gouvernement polynésien et sénateur, et a considéré qu'il existait « un doute sérieux quant à l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité de ces déclarations, du fait de l'omission d'une partie substantielle de son patrimoine mobilier. » La Haute autorité a donc transmis ces éléments au procureur de la République de Paris²⁰, ce qui aboutira à la condamnation de l'ancien élu par le tribunal judiciaire de Paris le 13 octobre 2021 à six mois d'emprisonnement ferme (aménagement

16 L. n°2016-1691 et n°2022-401 préc.

17 Pour une présentation de la loi n°2022-401 du 21 mars 2022, voir not. M. Lassalle, « La protection des lanceurs d'alerte », *D*, 2022, p. 696; L. Ragimbeau, « Le nouveau cadre juridique des lanceurs d'alerte : Entre avancées et questions en suspens », *AJDA*, 2022, p. 1089; O. Leclerc, « Controverse : La transposition de la directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte, rupture ou continuité? », *RDT*, 2022, p. 281; S. Dyens, « Le renforcement de la protection des lanceurs d'alerte dans l'administration, État du droit de l'alerte éthique après les lois du 21 mars 2022 », *AJCT*, 2022, p. 440.

18 Art. 12-1 de la L. n°2016-1691 mod. : « Les droits relatifs au présent chapitre ne peuvent faire l'objet d'aucune renonciation ni limitation de droit ou de fait d'aucune forme. Toute stipulation ou tout acte pris en méconnaissance du premier alinéa est nul de plein droit ».

19 Art. 14 de la L. org. n°2013-906 modifiant l'art. 160 de la L. org. statutaire, art. 35 de la loi n°2013-907.

20 Communiqué de presse du 2 juin 2016, <https://www.hatvp.fr/presse/decision-de-la-haute-autorite-relative-aux-declarations-de-situation-patrimoniale-de-m-gaston-flosse/>

en détention à domicile sous surveillance électronique) et 45 000 euros d'amende pour « déclaration incomplète ou mensongère » de son patrimoine et de ses intérêts²¹.

Un cadre renouvelé d'incompatibilités : l'interdiction des emplois familiaux. La loi organique 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique a complété la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française de plusieurs dispositions encadrant les emplois des cabinets du président de la Polynésie française et des autres membres du gouvernement.

L'article 86 de la loi organique statutaire interdit désormais d'employer des personnes du cercle familial du premier degré :

- 1° Leur conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;
- 2° Leurs parents ou les parents de leur conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;
- 3° Leurs enfants ou les enfants de leur conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin.

Le nouvel article 129 II de la même loi organique statutaire énonce les mêmes interdictions à l'égard du président de l'assemblée de la Polynésie française.

Les sanctions prévues sont radicales²². La méconnaissance de ces interdictions entraîne la cessation de plein droit du contrat illégal²³, ainsi que le remboursement par la personne qui emploie un membre de sa famille (et non par le collaborateur) des sommes versées²⁴. Le président de la Polynésie française et les autres membres du gouvernement ainsi que le président de l'assemblée de la Polynésie française encourent, de plus, un emprisonnement de 3 ans et 45 000 euros d'amende au titre du délit spécial d'emploi familial créée par la loi n° 2017-1339 du 15 septembre n° 2017 pour la confiance dans la vie politique et étendue à la Polynésie française par la loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017²⁵.

Il faut cependant remarquer que, contrairement à la version du texte applicable encore récemment dans la majorité des collectivités territoriales²⁶, le cumul du délit d'emploi familial

21 « Déclaration de patrimoine : six mois de prison ferme pour l'ancien sénateur Gaston Flosse », Libération 13 octobre 2021, https://www.liberation.fr/societe/police-justice/declaration-de-patrimoine-six-mois-de-prison-ferme-pour-lancien-senateur-gaston-flosse-20211013_DZSE6GFY4ZGBJKA7FLYDXLGVUE/

22 S. Dyens, « Interdiction des emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales : une fausse simplicité ? », *AJCT*, 2017, p. 608.

23 Circ. du 19 oct. 2017 (NOR : INTB1725998C) portant sur les dispositions relatives aux emplois de collaborateurs de cabinet des collectivités territoriales issues des lois du 15 sept. 2017 pour la confiance dans la vie publique, pt. 4. La loi a cependant réservé l'hypothèse des situations en cours au jour de son entrée en vigueur, qui ont été traitées selon la procédure du licenciement.

24 Décr. n° 2017-1692 du 14 déc. 2017 relatif au remboursement par l'autorité territoriale des sommes versées en violation de l'interdiction d'emploi de membres de sa famille comme collaborateur de cabinet *JO*, du 22 déc. 2017, art. 1^{er} I. « - La personne qui emploie un collaborateur de cabinet en violation de l'interdiction d'employer certains membres de sa famille rembourse à la collectivité territoriale ou à l'institution concernée l'intégralité des charges supportées par celle-ci pour l'emploi de ce collaborateur. ».

25 Peine prévue au II de l'article 110 de la L. n° 84-53 du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, auquel renvoient les art. 86 et 129 de la L. org. statutaire, et désormais codifié à l'article L. 333-4 du CGFP.

26 Issue de l'art. 110 V de la L. n° 84-53 du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : « V.-Les II [délict d'emploi familial], III [obligations d'information de la HATVP pour les emplois familiaux du second degré] du présent article s'appliquent sans préjudice des articles 432-10 à 432-13 et 432-15 du code pénal ». Ce cumul d'infractions n'est plus aussi clair dans le CGFP entré en vigueur depuis le 1^{er} mars 2022, codifiant l'article 110 V préc. : l'article L. 333-6 dispose « Les articles L. 333-3 et L. 333-5 s'appliquent sans préjudice des articles 432-10 à 432-13 et 432-15 du code pénal. » mais ne fait pas référence à l'article L. 333-4 qui réprime le délict d'emploi familial (l'art. L. 333-3 étant relatif au remboursement des charges de l'emploi interdit).

et des infractions d'atteinte à la probité de droit commun n'est pas prévu expressément dans la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française. La question du concours d'infractions peut se poser notamment au regard des dernières évolutions jurisprudentielles²⁷, si l'on considère que le délit d'emploi familial est une infraction obstacle. Dans ce cas, la jurisprudence préconise de faire prévaloir l'infraction qui a la pénalité la plus forte²⁸, ce qui conduira à écarter systématiquement le délit d'emploi familial au profit du détournement de fonds publics (art. 432-15 C. Pén.) ou de la prise illégale d'intérêts (art. 432-12 C. Pén.), dont les pénalités sont les plus élevées.

D'ailleurs, la Cour de cassation applique le délit de prise illégale d'intérêts en considérant que le seul fait pour un maire d'embaucher son épouse constitue l'élément matériel du délit sans que soient exigées d'autres conditions tenant à l'absence de qualification de la salariée ou à l'absence de prestation fournie en contrepartie du salaire alloué²⁹. La question de l'utilité du délit spécial d'emploi familial ne peut qu'être de nouveau soulevée à la lumière d'une telle solution³⁰.

D'autres liens familiaux, de second degré, sont placés sous la surveillance de la HATVP, à laquelle le président du gouvernement, les autres membres du gouvernement, le président de l'Assemblée de la Polynésie française ainsi que leurs collaborateurs, doivent signaler sans délai tout autre lien familial pouvant exister entre eux³¹ :

- 1° Son frère ou sa sœur, ou le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin de celui-ci ou celle-ci;
- 2° L'enfant de son frère ou de sa sœur, ou le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin de cet enfant;
- 3° Son ancien conjoint, la personne ayant été liée à lui par un pacte civil de solidarité ou son ancien concubin;
- 4° L'enfant, le frère ou la sœur des personnes mentionnées au 3° du présent III;
- 5° Le frère ou la sœur de la personne mentionnée au 1° du II.³²

Cependant, la HATVP n'a pas de pouvoir d'injonction pour faire cesser cette incompatibilité de second degré : le Conseil constitutionnel l'a déclarée contraire à la libre administration des collectivités territoriales consacrée par l'article 72 de la Constitution³³. L'autorité administrative ne pourra donc que souligner l'existence d'un conflit d'intérêt et s'en remettre à la sagesse de

27 Crim., 15 déc. 2021, n° 21-81.864; 15 déc. 2021, n° 20-85.925, *D.*, 202, p. 154, note G. Beaussonie; *AJ pénal*, 2022, p. 34, note C.-H. Boeringer et G. Courvoisier-Clément; *RTD com.*, 2022, p. 188, obs. B. Bouloc; *JCP*, 2022, p. 132, note N. Catelan; *Dr. pénal*, 2022, comm. 23, obs. Ph. Conte; *ibid.*, 2022, Étude 2, M. Fouquet, P. Labrouss; *ibid.*, 2022, Étude 3, Ph. Conte; *ibid.*, 2022, Étude 4, O. Décima; *Gaz. Pal.*, 2022, n° 3, p. 21, obs. R. Parizot; *ibid.*, 2022, n° 11, p. 41, obs. N. Catelan et L. Saenko; *Lexbase Pénal*, 2022, n° 45, J.-C. Saint-Pau; voir aussi X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 14^e éd., 2022, n° 276 et suivants.

28 Crim., 27 mai 2021, n° 20.80-931, *Dr. pénal*, 2021, comm. 139, obs. Ph. Conte; *RSC*, 2021, p. 815, obs. X. Pin.

29 Crim., 26 nov. 2019, n° 18-87.046 : « Attendu que, pour dire établi le délit de prise illégale d'intérêts, l'arrêt retient que le recrutement d'un adjoint administratif constitue une opération dont le maire a la charge de la surveillance et de l'administration et que M. C., qui a signé l'arrêté du 27 octobre 2012 et les arrêtés suivants permettant à son épouse d'occuper un emploi municipal, a pris un intérêt direct dans cette opération; Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a fait l'exacte application des textes visés au moyen; [...] Que par ailleurs, le délit de prise illégale d'intérêt n'exige pas, en pareille circonstance, la réunion d'autres conditions tenant à l'absence de qualification de la salariée ou à l'absence de prestation fournie en contrepartie du salaire alloué. »

30 M. Segonds, « De l'(in)utilité des délits d'emploi familial créés par la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique », *RSC*, 2017, p. 793.

31 Ou avec un autre représentant à l'Assemblée de la Polynésie française, art. 129 III al. 2 de la L. org. n° 2004-192 du 27 févr. 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

32 Art. 86 III et 129 III de la L. org. statutaire préc.

33 Décis. n° 2017-752 DC, points n° 32 et 44, et n° 2017-753 DC, point n° 74, du 8 sept. 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*.

l'autorité territoriale pour démissionner de ses fonctions ou licencier le collaborateur membre de la famille.

Cette obligation d'information mise à la charge des autorités locales n'est pas sanctionnée par le délit spécial d'emploi familial³⁴. L'obligation d'information s'applique cependant sans préjudice des règles du droit pénal commun³⁵. L'information de la HATVP ne fera donc pas obstacle à des poursuites pénales dans l'hypothèse où une infraction de concussion (C. pén., art. 432-10), de corruption, de corruption passive, de trafic d'influence (C. pén., art. 432-11), de prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12), de « pantouflage » (C. pén., art. 432-13) ou de soustraction et détournement de biens ou de fonds publics (C. pén., art. 432-15) est constituée³⁶.

Les mêmes interdictions, obligations d'information et sanctions sont prévues pour les maires et les présidents de groupements de communes de la Polynésie française, avec les mêmes limites que précédemment en matière de cumul de l'infraction spéciale avec les infractions d'atteinte à la probité de droit commun³⁷.

B. Une mise en œuvre à consolider en droit local

La Polynésie française bénéficiant d'un statut d'autonomie, elle dispose d'une compétence de principe pour toutes les matières non réservées à l'État ou aux communes³⁸, parmi lesquelles notamment le droit du travail, le droit des contrats, le droit civil, le droit de la fonction publique territoriale, le droit de la commande publique ou encore le droit fiscal. La mise en œuvre et l'efficacité du cadre préventif instauré à l'échelon national nécessitent donc une application effective et une mise en cohérence de la réglementation locale.

Certaines matières ont fait l'objet d'avancées notables. Ainsi, le code des marchés publics polynésien a été réformé afin d'harmoniser les procédures applicables à la collectivité, aux communes et leurs établissements publics, et de renforcer la transparence de ces opérations³⁹. La réforme s'est accompagnée d'une formation des élus destinée à prévenir d'éventuelles infractions.

En matière de lutte contre le blanchiment, dont les opérations peuvent être liées à des atteintes à la probité⁴⁰ et ainsi les masquer, le cadre préventif applicable résulte du code monétaire et financier dans sa rédaction adaptée à la Polynésie française⁴¹. Il a cependant été mis en œuvre tardivement, suite à un rapport du GAFI soulignant en 2010 les manquements en la matière dans les territoires d'outre-mer, notamment l'absence de contrôle des autorités nationales

34 CGFP, art. L 333-4.

35 Art. 86 III et 129 III de la L. org. portant statut d'autonomie de la Polynésie française préc. : « le III s'applique sans préjudice des articles 432-10 à 432-13 et 432-15 du code pénal. »

36 Particulièrement le détournement de fonds publics (C. pén., art. 432-15) ou la prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12) qui permettent de douter de l'utilité d'un délit spécial d'interdiction d'employer un membre de sa famille, voir *infra*, M. Segonds, « De l'(in)utilité des délits d'emploi familial créés par la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique », *op.cit.*

37 Ord. n°2005-10 du 4 janv. 2005 modifiée par l'ord. n°2021-1605 du 8 déc. 2021 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs, art. 72-6 II, III et V.

38 L. org. n°2004-192 du 27 févr. 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 13.

39 L. du pays n°2017-14 du 13 juill. 2017 portant code polynésien des marchés publics, *JOPF* du 13 juill. 2017, de nouveau simplifié par la L. du pays n°2019-37 du 20 déc. 2019, *JOPF*.

40 Sans pouvoir les quantifier faute de statistiques précises.

41 L'art. 7, 8° de la L. org. statutaire prévoit en effet que les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux sont applicables de plein droit en Polynésie française. S'appliquent en conséquence, avec quelques adaptations, les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes prévues dans le C. mon. fin. (art. L. 774-42 et art. R. 755-10 et R. 755-11).

et l'ineffectivité des obligations de déclaration de soupçons⁴². Si des progrès ont été réalisés concernant ces dernières, certaines professions non financières sont encore réticentes à déclarer les opérations suspectes auprès du Tracfin⁴³.

La fraude fiscale n'était jusqu'à récemment pas incriminée par le code polynésien des impôts. Bien que la compétence pénale soit dévolue à l'État par le statut d'autonomie⁴⁴, cette infraction étant inscrite dans le code général des impôts, elle ne pouvait s'appliquer en Polynésie française, la collectivité disposant de sa propre compétence en la matière. La loi de pays du 21 juin 2021⁴⁵ corrige cette lacune en inscrivant dans le code local le délit de fraude fiscale assorti de peines équivalentes aux peines métropolitaines⁴⁶, soit cinq ans d'emprisonnement et 59 000 000 F CFP, portées à sept ans d'emprisonnement et 357 000 000 F CFP d'amende lorsqu'il est commis en bande organisée ou facilité par certains moyens énumérés⁴⁷. Les plaintes pour fraude fiscale sont déposées par la Polynésie française, le code rappelant qu'il n'est pas nécessaire de mettre préalablement le contribuable en demeure de régulariser sa situation⁴⁸. La même loi de pays insère également une disposition prévoyant la non-déductibilité des sommes versées à des agents publics étrangers en vue de les corrompre⁴⁹, en application de la convention de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) contre la corruption, adoptée en 1997. Cette disposition résulte d'une demande du groupe de travail chargé du suivi de cette convention adressée à la France afin que cette dernière incite ses collectivités autonomes fiscalement à harmoniser leur réglementation.

En revanche, certaines réglementations locales n'ont pas encore été coordonnées avec les textes nationaux applicables. Il en est ainsi du code polynésien des impôts qui n'a pas encore prévu d'exception au secret professionnel des agents lors de la communication d'informations à la HATVP dans le cadre de sa mission de contrôle des déclarations patrimoniales et d'intérêts⁵⁰. En effet, afin d'assurer sa mission de contrôle, la HATVP peut également solliciter l'administration fiscale polynésienne, ainsi que le prévoit l'article 16 de la loi organique 2013-906 « dans les mêmes conditions que l'administration fiscale compétente au niveau national ». Ces conditions sont fixées par l'article 1^{er} de la loi organique, qui prévoit que les déclarations de situation patrimoniale sont transmises par la HATVP à l'administration fiscale pour vérification, et que celle-ci peut exercer son droit de communication ou mettre en œuvre des procédures d'assistance administrative internationale⁵¹. La loi organique ajoute également à l'article LO 135-3 du code électoral la disposition selon laquelle « Les agents de l'administration fiscale sont déliés du secret professionnel à l'égard des membres et des rapporteurs de la Haute autorité, au titre des vérifications et contrôles qu'ils mettent en œuvre pour l'application du présent chapitre. »

42 A.-M. Brindejone des Moulinais, M. Marot, A. Thorez, 2022, « Les outils de lutte contre le blanchiment, l'exemple des banques polynésiennes », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), préc., p. 95 s.

43 *Ibid.*

44 L. org. n° 2004-192 du 27 févr. 2004, art. 14 2°.

45 L. du pays n° 2021-29 du 21 juin 2021 portant mesures de renforcement de l'exigence d'exemplarité fiscale, *JOPF*, du 21 juin.

46 Le statut d'autonomie permet à la Polynésie d'assortir ses réglementations de sanctions pénales dans la limite des quantum des sanctions prévues pour les infractions métropolitaines de même nature et sous réserve d'une homologation par la loi des peines d'emprisonnement, art. 20 et 21 de la L. org. n° 2004-192 préc.

47 C. polynésien des impôts, art. LP 520.

48 C. polynésien des impôts, art. LP 525.

49 C. polynésien des impôts, art. LP 113-5 10°.

50 Les art. LP 462-1 et s. du code polynésien des impôts, relatifs aux dérogations à la règle du secret professionnel, ne mentionnent pas la HATVP.

51 C. élect., art. LO 135-2 I et 135-3.

Bien que cette dernière disposition s'applique à l'administration fiscale polynésienne par référence aux « mêmes conditions que l'administration fiscale compétente au niveau national », il serait cependant opportun, par souci de lisibilité, que le code des impôts polynésien soit coordonné notamment en prévoyant au profit de la HATVP une dérogation supplémentaire au secret encadrant les données nominatives des contribuables⁵².

Il en est de même du code polynésien du travail qui ne protège pas le lanceur d'alerte en dehors du signalement de situations de harcèlement moral ou sexuel⁵³ ou qui ne prévoit de procédure de signalement que pour ces situations⁵⁴, pas plus que le statut général de la fonction publique de la Polynésie française qui ne protège le fonctionnaire territorial que dans la mesure où il témoigne d'agissements discriminatoires ou de situations de harcèlement moral ou sexuel⁵⁵.

Ces lacunes dans les textes spéciaux créent une disparité avec les fonctionnaires communaux qui, eux, sont protégés par leur statut « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts »⁵⁶.

Les dispositions génériques de la loi Sapin 2 semblent cependant permettre d'englober les salariés et fonctionnaires territoriaux polynésiens. En effet, l'article 10-1 II, al. 2 de la loi dans sa version consolidée, rendu applicable en Polynésie française, interdit, à l'égard de toute personne non mentionnée à l'alinéa premier, toutes mesures de représailles et toutes menaces ou tentatives de recourir à des mesures de représailles énumérées ensuite. Les personnes concernées sont donc les lanceurs d'alerte non couverts par les articles cités du code du travail national, du code général de la fonction publique ou du code de la défense. Une coordination de la réglementation polynésienne avec ces dispositions serait cependant la bienvenue dans un souci de lisibilité et d'accès au droit.

L'existence d'un cadre préventif aux atteintes à la probité ne suffit donc pas à garantir une mise en œuvre effective et efficace du devoir de probité si son relais nécessaire dans la réglementation locale est encore lacunaire. La répression des atteintes à la probité constitue en revanche une priorité affichée de la politique pénale locale, tout en posant la question de son adaptation au contexte insulaire et culturel particulier de la Polynésie française.

II. UNE RÉPRESSION À ADAPTER ?

Alors que la politique pénale définie pour la Polynésie française considère la lutte contre les atteintes à la probité comme l'une de ses priorités, se pose la question de l'adaptation de la répression. Doit-elle être particulièrement renforcée afin d'endiguer l'image négative pesant sur les outre-mer quant à la prolifération de comportements tels que la corruption (A) ? Dans quelle mesure et dans quel sens tenir compte des spécificités culturelles locales faisant apparaître les manquements au devoir de probité comme des comportements moralement acceptables en l'absence d'enrichissement personnel (B) ?

⁵² Par ajout d'une disposition aux art. LP 464-1 et suivants du C. polynésien des impôts qui lèvent le secret professionnel au profit de divers organismes, administrations ou autorités administratives.

⁵³ C. polynésien du travail, art. LP 1141-2 et LP 1141-6.

⁵⁴ C. polynésien du travail, art. LP 1141-10.

⁵⁵ Art. 5 à 5-3 du statut général de la fonction publique polynésienne, <https://www.fonction-publique.gov.pf/wp-content/uploads/2022/09/Statuts-TOME-I.pdf>

⁵⁶ Voir ord. n° 2005-10 du 4 janv. 2005 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs, art. 13-2.

A. Le renforcement de la répression dans le cadre de la politique pénale territoriale

La politique pénale de la Polynésie française (1) affiche la volonté du Parquet de lutter par une répression exemplaire (2) contre des infractions qui, loin d'être isolées, démontrent l'existence d'un système ancré dans les mœurs, notamment de quelques protagonistes habitués des prétoires.

1. Une politique pénale volontariste

La politique pénale de la Polynésie française est exposée dans une circulaire du ministère de la Justice du 3 mai 2017⁵⁷. Elle consiste dans la définition d'orientations de politique pénale adaptées aux spécificités de la délinquance polynésienne et comporte un chapitre IV visant à renforcer la lutte contre les atteintes à la probité.

La circulaire constate en effet un nombre important de poursuites en matière d'infractions économiques et financières, et préconise « de renforcer la nature et la fréquence des liens avec les administrations de contrôle et la chambre territoriale des comptes », de « mettre l'accent sur les faits susceptibles d'être qualifiés de prise illégale d'intérêts, très fréquemment constatés dans les dossiers suivis par les juridictions locales », ainsi que « d'utiliser toutes les informations portées à la connaissance des parquets, notamment les dénonciations anonymes »⁵⁸. Face aux moyens d'investigation limités, cette solution supplémentaire de détection est accueillie avec bienveillance, même si la circulaire prend soin de préciser qu'il est nécessaire d'encadrer les conditions pour que la dénonciation anonyme puisse produire des conséquences juridiques.

Ces orientations se sont révélées très pertinentes car suivies d'effets. Ainsi, une enquête a été ouverte à l'encontre d'un maire pour détournement de fonds publics à la suite du rapport de la chambre territoriale des comptes de la Polynésie française visant sa commune⁵⁹. Ce rapport a mis en évidence des défaillances dans le processus des marchés de fournitures qui ont permis d'alerter le Parquet sur le financement par des subventions de l'État et de la Polynésie française de travaux jamais réalisés⁶⁰.

De même, c'est une dénonciation anonyme qui a conduit à la condamnation pour abus de confiance de l'ancien maire d'une commune de Polynésie française, ancien président de la collectivité, alors que la commune avait pris en charge entre 1989 et 2008, la construction, le fonctionnement et les consommations d'eau de la station de pompage destinée à alimenter non pas la commune mais l'habitation du maire et dix-sept bénéficiaires⁶¹.

Enfin, la circulaire souligne l'importance de l'information de la Juridiction Inter-Régionale Spécialisée de Paris (JIRS) dont dépend la Polynésie française et du Parquet national financier, « afin que ces derniers soient informés des affaires entrant dans leur champ de compétence et puissent, le cas échéant, évaluer l'opportunité de s'en saisir »⁶².

2. Une répression qui se veut exemplaire

L'exemplarité d'une répression facilitée. La jurisprudence de la cour d'appel de Papeete s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence nationale quant à la souplesse de la qualification de l'élément moral des infractions portant atteinte à la probité. Ainsi, l'élément intentionnel du

57 Circ. du 3 mai 2017 relative à la politique pénale territoriale pour la Polynésie française, NOR : JUSD1713473C, Bulletin officiel complémentaire du ministère de la Justice du 12 mai 2017 – JUSD1713473C, 1s.

58 *Ibid.* p. 4 et 5.

59 CTC, commune de Tumaraa, 13 août 2020, https://www.ccomptes.fr/system/files/2020-10/PFR2020_006.pdf

60 B. Prevost, « Ouverture d'une enquête pour détournement de fonds publics à Tumaraa », *La Dépêche de Tahiti*, 29 janv. 2021, https://actu.fr/polynesie-francaise/tumaraa_98754/ouverture-d-une-enquete-pour-detournement-de-fonds-publics-sur-tumaraa_39090346.html

61 Crim., 12 janv. 2022, n° 21-80.726.

62 R. Heitz, 2022, « L'action de la JIRS financière et de la nouvelle juridiction nationale de lutte contre la criminalité organisée (JUNALCO) » in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), *préc.*, p. 31.

délictueux de prise illégale d'intérêts est présumé et découle du « seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit »⁶³. La jurisprudence s'appuie alors sur l'expérience du prévenu et sa connaissance de la loi qui en résulte pour en déduire la volonté de la transgresser⁶⁴. Il devient alors impossible pour le prévenu d'invoquer sa bonne foi, comme le rappelle la cour d'appel de Papeete dans cet arrêt du 7 avril 2016 : « Teina M. ne peut sérieusement arguer du défaut d'intention alors qu'il est maire de la commune de Rangiroa depuis 25 ans et ne peut ignorer les obligations élémentaires d'un élu »⁶⁵.

Dans la même logique de répression, la cour d'appel de Papeete n'hésite pas à requalifier en abus de confiance (C. pén., art. 314-1) les faits de la prévention au cours de la procédure, l'absence de qualité de chargé d'une mission de service public ne permettant pas de réprimer un détournement de fonds publics (C. pén., art. 432-15). La Cour de cassation s'assure cependant que le prévenu a été en mesure de présenter sa défense⁶⁶.

L'exemplarité des peines prononcées. La Cour d'appel de Papeete motive ainsi les peines prononcées en matière d'abus de confiance, en soulignant que le délit a été « commis par un directeur général d'une société, ancien ministre du gouvernement de la Polynésie française et qui, à ce titre, devrait faire preuve d'une probité exemplaire »⁶⁷. Dans cette affaire, dans laquelle le détournement a été estimé à plus de 2 300 000 francs CFP, le directeur général a été condamné à 1 000 000 de francs CFP d'amende⁶⁸ et à une interdiction d'exercer l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ainsi que celle de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale pendant une durée d'un an, avec la conséquence de le priver d'un salaire mensuel substantiel de 1 250 000 francs CFP. Aucune dispense de peine n'a été admise au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle du condamné.

Si les peines prononcées se veulent exemplaires, elles n'incluent pas toujours de peines d'emprisonnement et ces dernières sont presque systématiquement assorties du sursis simple ou probatoire. Il en est ainsi notamment des peines d'emprisonnement prononcées à l'encontre de l'ancien président du gouvernement de la Polynésie française⁶⁹. Cependant, lorsque des peines d'emprisonnement ferme sont prononcées, la Cour de cassation contrôle leur motivation au regard du principe de personnalisation des peines. Il en est ainsi d'une affaire polynésienne dans laquelle les prévenus ont été condamnés respectivement pour détournement de fonds publics, complicité de prise illégale d'intérêts, faux et usage, à cinq ans d'emprisonnement, dont trois ans avec sursis, et pour recel, à six mois d'emprisonnement ferme⁷⁰.

63 Crim., 21 nov. 2001, Bull. crim., n° 243 ; D. 2003, Somm. 245, obs. M. Segonds.

64 J.-M. Brigant, *Contribution à l'étude de probité*, PUAM, 2012, n° 453 et les références citées.

65 CA Papeete, 7 avr. 2016, n° 15/00192.

66 Crim., 16 mai 2018, n° 17-82.513, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Papeete du 9 mars 2017.

Dans cette affaire était en cause le directeur général de la société d'économie mixte Laboratoire de Travaux Publics de la Polynésie (LTPP), poursuivi pour avoir utilisé la carte bancaire de la société à des fins personnelles.

67 *Ibid.*

68 Huit mille trois-cent-quatre-vingt euros, ce qui représente une sévérité relative compte tenu du *quantum* maximum prévu par l'article 314-1 C. pén. de 375 000 euros d'amende.

69 Quatre ans d'emprisonnement avec sursis pour prise illégale d'intérêts et détournement de fonds publics dans l'affaire dite des « emplois fictifs », voir CA Papeete, 7 févr. 2013, Crim., 23 juill. 2014 n° 13-82.193, Bull. crim., n° 173 ; deux ans d'emprisonnement avec sursis probatoire pour abus de confiance et détournement de bien public dans l'affaire dite de « la citerne d'Erîma », voir CA Papeete 10 déc. 2020, Crim., 12 janv. 2022, n° 21-80.726, inédit, *JurisData* : 2022-000284.

70 Crim., 13 juin 2012, n° 11-86.125, inédit : « Attendu que les énonciations de l'arrêt mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a prononcé des peines d'emprisonnement sans sursis par des motifs qui satisfont aux exigences de l'article 132-24 du code pénal ».

Les peines d’amende, quant à elles, peuvent dans certains cas approcher les *maxima* légaux⁷¹. Dans d’autres affaires, elles sont au contraire plus faibles, malgré le montant des préjudices subis par la collectivité concernée permettant d’évaluer la gravité de l’infraction, nonobstant tout recours en indemnisation, et les capacités financières du condamné⁷².

La sanction qui apparaît alors la plus répressive, et sans doute la plus dissuasive et la plus exemplaire pour les élus, semble être la peine complémentaire d’interdiction des droits civiques, civils et de famille qui peut impliquer l’interdiction des droits de vote et d’éligibilité⁷³. D’ailleurs la Cour de cassation rappelle qu’en l’absence de confusion des peines ordonnée par la seconde juridiction de jugement, et à condition que la durée totale des interdictions n’excède pas le maximum encouru (5 ans⁷⁴), deux peines d’interdiction des droits civils, civiques et de famille, prononcées successivement contre la même personne à raison de faits poursuivis séparément et antérieurs à la date à laquelle la première décision était devenue définitive, devaient, en application de l’article 132-4 du code pénal, être subies cumulativement. Une telle décision n’a pas permis à l’ancien président du gouvernement de la Polynésie française de se réinscrire sur les listes électorales pour les dernières élections territoriales⁷⁵.

La peine complémentaire d’inéligibilité⁷⁶ a en outre été rendue obligatoire notamment pour les manquements à la probité des articles 432-10 à 432-15 du code pénal⁷⁷ par la loi pour la confiance dans la vie politique⁷⁸. Cependant, face au parcours judiciaire de certains élus polynésiens, que les peines encourues ne semblent pas arrêter, l’inéligibilité temporaire n’apparaît pas suffisamment dissuasive. Une proposition de loi, signée notamment par le député polynésien Moetai Brotherson, prévoit ainsi qu’une peine d’inéligibilité de trente ans peut être prononcée à l’encontre d’une personne exerçant une fonction de membre du gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits dans les cas d’infractions dont l’incompatibilité avec la fonction occupée s’avère trop grave⁷⁹. La proposition de loi prévoit également une

71 L’ancien président de la Polynésie a ainsi été condamné à 15 000 000 francs CFP (125 700 euros) dans l’affaire dite des emplois fictifs, alors que l’article 432-15 prévoyait à l’époque des faits une amende de 150 000 euros, Crim., 23 juill. 2014, n° 13-82.193, *op. cit.*

72 Il en est ainsi dans l’affaire dite de la citerne d’Erima, dans laquelle l’ancien président de la Polynésie a été condamné notamment à une amende de 10 000 000 F CFP (env. 83 000 euros) alors que le préjudice estimé pour la commune s’élevait à près de 250 000 000 F CFP, voir Crim., 12 janv. 2022, 21-80.726, inédit. Notons que les peines encourues ont été aggravées par la L. n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JO, 7 déc. 2013, portant la peine d’emprisonnement à 10 ans et la peine d’amende à 1 000 000 d’euros, puis par l’ord. n° 2019-963 du 18 sept. 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union européenne au moyen du droit pénal, JO, 19 sept. 2019, aggravant la peine d’amende en cas d’atteinte aux intérêts financiers européens commise en bande organisée, et enfin par la L. n° 2020-1672 du 24 déc. 2020, JO, 26 déc. 2020, généralisant la circonstance aggravante de bande organisée.

73 C. pén., art. 131-26.

74 Voire 10 ans en vertu de l’art. 131-26-1 du C. pén. : « Dans les cas prévus par la loi et par dérogation au septième alinéa de l’article 131-26, la peine d’inéligibilité mentionnée au 2° du même article peut être prononcée pour une durée de dix ans au plus à l’encontre d’une personne exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits. »

75 Civ. 2°, 22 mars 2018, n° 18-11.645 ; l’ancien président vient d’ailleurs d’être de nouveau condamné à 5 ans d’interdiction de droit de vote et d’éligibilité, suite au rejet de son pourvoi par la Cour de cassation, voir Crim., 12 janv. 2022 n° 21-80.726.

76 C. pén., art. 131-26 2°.

77 C. pén., art. 131-26-2 5°.

78 L. n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique JO, du 16 sept. 2017.

79 Proposition de loi n° 788 visant à renforcer l’intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale du 21 mars 2018, art. 1^{er} : « Dans le cas d’un crime prévu par la loi ou d’un délit prévu au II de l’article 131-26 2° et par dérogation à l’alinéa précédent et au septième alinéa de l’article 131-26 [du code pénal], la peine d’inéligibilité mentionnée au 2° dudit article peut être prononcée pour une durée de trente années au plus à l’encontre d’une personne exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits. »

peine d'inéligibilité à vie en cas d'infractions multiples⁸⁰, tout en permettant l'évaluation de la pertinence de son maintien tous les dix ans⁸¹. Cette proposition de loi n'a cependant pas été examinée plus avant par les parlementaires.

La défaillance de la répression. Il est pourtant une affaire qualifiée « d'un des plus gros dossiers politico-financiers de l'histoire de la Polynésie »⁸² où l'exemplarité de la répression a fait défaut. Douze ans de procédure pour des faits de favoritisme et de trafic d'influence notamment, impliquant l'ancien président du gouvernement de la Polynésie française, l'Office des Postes et Télécommunications, et des sociétés publicitaires, ont abouti au constat de la prescription de l'action publique par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Papeete, le 19 novembre 2019⁸³.

La répression est également entravée par le défaut d'homologation de certaines peines d'emprisonnement. En effet, le caractère dissuasif du nouveau dispositif d'exemplarité fiscale permettant de poursuivre la fraude fiscale s'avère hypothéqué par l'absence d'homologation législative des peines d'emprisonnement, laissant seules les peines d'amende applicables⁸⁴.

L'on peut être surpris du nombre d'affaires politico-financières poursuivies dans un si petit tissu économique, avec des protagonistes qui semblent des habitués des manquements à la probité. Faut-il comprendre que les peines ne sont pas assez dissuasives? Faut-il y voir une manifestation criminologique classique de cette délinquance en col blanc des personnes déjà socialement insérées et qui n'ont pas conscience de l'illicéité de leurs actes? Certains ont pu également chercher une explication culturelle à certaines transgressions du devoir de probité.

B. Des infractions culturellement inexistantes?

Sémir Al Wardi affirme qu'en Polynésie, « la vie politique est caractérisée notamment par la relation affective entre les leaders et le peuple, le clientélisme et l'importance des liens familiaux »⁸⁵; « les liens entre *feti'i* (famille élargie) sont incontournables »⁸⁶. Traditionnellement découlait de ces rapports de proximité une obligation de redistribution des élus vers le peuple qui semble encore légitime à l'heure actuelle dans l'esprit des Polynésiens.

L'auteur donne plusieurs exemples d'élus qui ont été réélus malgré une condamnation pour détournement de fonds publics « à des fins de clientélisme politique »⁸⁷. La perception de la faute, autant pour les élus que pour leurs concitoyens n'est assurément pas la même dans le cas d'une redistribution de richesses ou de services, ou si l' élu œuvrait dans un but d'enrichissement personnel.

80 *Ibid.*, art. 1^{er} : « [...] lorsqu'un délit visé au II de l'article 131-26-2 [du code pénal] ou un crime suit ou accompagne la commission d'un autre crime ou d'un autre délit prévu au II de l'article 131-26-2. »

81 *Ibid.*, art. 1^{er}, al. 2.

82 A. Samoyeau, « Haddad-Flosse, l'échec judiciaire », *Tahiti Infos*, 19 nov. 2019, https://www.tahiti-infos.com/Haddad-Flosse-l-echec-judiciaire_a186756.html

83 A. Samoyeau, « Pourvoi de la dernière chance dans l'affaire Haddad-Flosse », *Tahiti Infos*, du 22 novembre 2019, https://www.tahiti-infos.com/Pourvoi-de-la-derniere-chance-dans-l-affaire-Haddad-Flosse_a186874.html

84 Art. 21 de la L. org. statutaire précit.; à la date du 16 octobre 2022, les peines d'emprisonnement n'ont pas été homologuées, aucun vœu du gouvernement polynésien ne semble avoir été émis en ce sens, voir l'arr. n° 173 CM du 28 févr. 2022 portant vœu du gouvernement de la Polynésie française pour l'adoption par la République française d'une loi d'homologation des peines d'emprisonnement prévues dans la réglementation de la Polynésie française en matière économique qui ne vise pas les peines prévues par loi relative à l'exemplarité fiscale.

85 S. Al Wardi, 2022, « Vie politique en outre-mer : la question des rapports de proximité », in Sarah-Marie Cabon, Emmanuelle Gindre (dirs), préc., p. 110.

86 *Ibid.*, p. 115.

87 *Ibid.*, p. 117.

Cependant, l'article 432-15 incriminant le détournement de fonds publics est indifférent au mobile et n'exige pas que le détournement ait été réalisé dans un but d'enrichissement personnel⁸⁸. Il en est de même des autres manquements au devoir de probité, qui ne prennent en effet pas en compte le résultat. Peu importe donc l'obtention ou non d'un profit personnel pour que l'infraction soit consommée. En outre, l'absence d'enrichissement personnel ne constitue dans la loi ni un fait justificatif ni une cause d'atténuation de la responsabilité. Tout au plus pourra-t-elle jouer dans la modulation de la sanction au moment de son prononcé. Le droit pénal sanctionne là où ni les électeurs ni les élus ne voient de faute.

Il en est de même dans cette affaire plus ancienne de trafic d'influence, où les électeurs polynésiens n'ont pas hésité pas à s'endetter pour financer la campagne électorale d'un conseiller territorial sortant contre la promesse (aléatoire car conditionnée par sa réélection) d'emplois pour eux-mêmes ou les membres de leur famille, plaçant alors toute leur confiance dans cet élu qui ne pouvait les décevoir⁸⁹. L'enrichissement personnel résiderait ici dans l'élection du candidat (seulement potentielle au moment du pacte), qui est justement l'objectif recherché par les électeurs dans la mesure où c'est cette élection qui leur assurera les avantages attendus : ils ne la considèrent donc pas comme un enrichissement personnel.

Il est pourtant impensable d'envisager de créer une exception culturelle⁹⁰ prenant en compte les particularismes polynésiens en matière d'atteinte à la probité, tant les intérêts en jeu sont liés à l'intérêt général, et particulièrement à l'égalité des administrés autant qu'à la crédibilité de la collectivité et de l'État. Car si le clientélisme apparaît comme normal et moral aux yeux de nombreux Polynésiens, la redistribution qui devrait en découler ne concerne qu'un petit nombre et n'est donc pas réalisée dans l'intérêt supérieur du peuple, comme le commanderait le sens du mot démocratie en langue tahitienne⁹¹.

Considérer juridiquement l'absence d'enrichissement personnel n'aurait donc pas pour effet de justifier un comportement culturellement accepté et moralement acceptable, mais ouvrirait la porte aux « diversions juridiques »⁹² avancées par nombre de prévenus poursuivis pour manquement à la probité, notamment dans le cadre du financement des partis politiques⁹³. Les manquements à la probité restent avant tout des infractions dirigées contre l'autorité de l'État⁹⁴ et se réalisent toujours au détriment des « intérêts patrimoniaux de l'État et de la confiance dont le public doit normalement témoigner à l'égard des organes administratifs »⁹⁵.

Enfin, accroître la transparence et la moralité de la vie publique et du monde des affaires est un objectif qui rencontre un consensus, y compris parmi les élus locaux, comme le rappelle Sémir Al Wardi. Ce dernier conclut son étude sur la nécessité de laisser du temps aux Polynésiens pour s'approprier et « océaniser » des règles imaginées dans une autre culture⁹⁶.

88 Contrairement à l'abus de biens sociaux pour les dirigeants d'entreprise, qui s'analyse en un détournement de fonds et qui n'est qualifié qu'en cas d'enrichissement personnel, art. L. 241-3 4° et L. 242-6 3° C. com.

89 CA Papeete, 22 nov. 2001, *JurisData*, 2001-191420 (*aff. H. Flohr*).

90 R. Parizot, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles? », *Arch. polit. crim.* 2014, n° 36, p. 9.

91 *Hau Manahune*, « le pouvoir du peuple », voir S. Al Wardi, « Vie politique en outre-mer : la question des rapports de proximité », *op. cit.*, p. 110.

92 M. Segonds, « À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel », *D.*, 2003, p. 505.

93 A. Garapon et D. Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, cité par J.-M. Brigant, *Contribution à l'étude de la probité*, *op. cit.*, n° 447.

94 Selon l'intitulé du Titre III du Livre IV du C. pén. dans lequel les manquements au devoir de probité sont classés.

95 M. Segonds, *op. cit.*, citant A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 21.

96 S. Al Wardi, « Vie politique en Outre-mer : la question des rapports de proximité », *op. cit.*

Le rôle de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique dans la lutte contre les atteintes à la probité

Michel Smaniotto

Haute autorité pour la transparence de la vie publique

Je tiens avant tout à remercier l'université de la Nouvelle-Calédonie et la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie pour leur invitation à participer à cette journée d'étude consacrée à la lutte contre les atteintes à la probité. Cet événement revêt un sens fort. Je suis en effet convaincu que la tâche que nous poursuivons, celle de garantir la probité des responsables publics, est d'autant plus essentielle que la demande des citoyens pour davantage de transparence et d'exemplarité des responsables publics se fait toujours plus pressante.

Nous avons connu en France, ces dernières années, un renforcement substantiel de la législation relative aux modalités de prévention et aux dispositifs de répression des atteintes à la probité publique. C'est dans ce mouvement, par deux lois du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, que s'inscrit la création de la Haute autorité. Cette dernière s'est imposée comme un acteur-clé, aussi bien dans la prévention de la corruption que dans l'accompagnement des responsables publics dans la mise en œuvre de leurs obligations, nombreuses et spécifiques. Née dans un contexte particulier, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique assure des missions de contrôle qui contribuent à renforcer la confiance des citoyens envers les responsables publics (I). Ses missions ont récemment été renouvelées pour améliorer l'efficacité du dispositif français en faveur de la transparence et de l'intégrité publiques (II). Enfin, la Haute autorité assume un rôle d'accompagnement, de conseil et sensibilisation (III).

I. DES MISSIONS DE CONTRÔLE POUR RENFORCER LA CONFIANCE DES CITOYENS ENVERS LES RESPONSABLES PUBLICS

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique a été créée sur le modèle des autorités administratives indépendantes pour restaurer la confiance des citoyens envers les responsables publics au lendemain de l'affaire Cahuzac (A). Sa mission première consiste à contrôler les déclarations de patrimoine et d'intérêts des responsables publics (B). Depuis quelques années, la Haute autorité porte une attention renouvelée à la prévention et à la détection des conflits d'intérêts dans la sphère publique (C).

A. La création et les caractéristiques de la Haute autorité

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique est une jeune autorité administrative indépendante qui tente de répondre aux exigences légitimes d'intégrité et de probité exprimées par nos concitoyens envers leurs responsables publics à la suite de l'affaire Cahuzac.

Elle a succédé à la commission pour la transparence financière de la vie politique, instituée par la loi du 11 mars 1988, chargée de contrôler les déclarations de situation patrimoniale déposées par les plus hauts responsables politiques au début et à la fin de leurs fonctions et d'identifier d'éventuelles variations pouvant traduire un enrichissement illicite. Si rien, en apparence, ne pouvait passer au travers de ce crible, tout cela s'est avéré en pratique très largement insuffisant. Jusqu'en 2011, le fait de déposer une déclaration mensongère à la commission ne constituait pas une infraction pénale.

Plusieurs rapports avaient souligné les failles de cette législation, qui n'est pas parvenue à enrayer toute une succession de scandales politico-financiers dans les années 1990 et 2000. La commission dite « Sauvé », chargée de réfléchir à la prévention des conflits d'intérêts, et à laquelle le président de la Haute autorité a participé en tant que premier président de la Cour des comptes, avait pour mission d'aboutir à une « articulation efficace » entre des outils de prévention, des mécanismes de gestion et des sanctions dissuasives dans le but de traiter concrètement, avec pragmatisme, les conflits d'intérêts.

En 2011, une nouvelle infraction concernant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine ou d'en fournir une évaluation mensongère a été créée. Si la création de cette infraction a donné lieu à une condamnation sur transmission à la justice par la commission, ce dispositif n'a pas permis d'empêcher l'un des grands scandales politico-financiers des dernières années.

L'onde de choc provoquée par l'affaire Cahuzac au sein de l'opinion publique a mis en exergue la nécessité de revoir profondément les dispositifs de prévention de la corruption et les sanctions en matière d'infractions financières. Il faut à ce sujet souligner l'importance de ce qui peut être mis en place sur le plan national, mais aussi faire observer l'importance d'agir sur le plan international, les marges de progrès étant, là encore, plus significatives, par exemple en matière d'échange d'informations entre États sur les comptes bancaires des particuliers détenus à l'étranger.

Le législateur s'est emparé de ces enjeux en créant par les lois du 11 octobre 2013¹ la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. L'organisation répressive a, quant à elle, été largement impactée par l'institution, depuis 2014, d'un Parquet national financier. Avec sa compétence particulière, adaptée aux enjeux difficiles de la délinquance économique et financière, le Parquet national financier s'est imposé et mériterait de voir ses moyens renforcés. Il est depuis un partenaire privilégié de la Haute autorité.

La Haute autorité est une autorité administrative indépendante, un modèle assez rare en 2013 parmi les autorités étrangères en charge de l'intégrité publique. Je souligne l'indépendance de la Haute autorité car c'est, je crois, l'une des raisons de son ancrage rapide et solide dans la vie publique française. Elle relève tout d'abord de sa composition : le président est nommé pour une durée de six ans par décret du président de la République, après avis des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat. Son collègue, élargi depuis le 1^{er} février 2020, comprend désormais douze membres, en plus de son président : six sont issus de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes, deux personnalités qualifiées sont nommées par le président de l'Assemblée nationale, deux par le président du Sénat et deux par le Premier ministre.

Les mandats du président et des membres du collège sont non-révocables et non-renouvelables, une condition supplémentaire de notre indépendance. Par ce statut, la Haute autorité ne reçoit aucune instruction de l'extérieur et dispose d'une large autonomie budgétaire, ainsi que dans l'organisation et le fonctionnement de ses services. Elle compte actuellement soixante-sept agents, contre vingt-trois seulement en 2014. Elle s'appuie sur un budget de 8 millions d'euros, contre un peu moins de 3 millions à sa naissance. La croissance significative de ses moyens humains et financiers s'explique par l'élargissement progressif de ses missions.

La Haute autorité repose sur un processus décisionnel collégial : les dossiers étant d'abord instruits par les services puis débattus et adoptés par le collège. La variété des parcours et le haut

¹ L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO*, 12 oct. 2013 et L. n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JO*, 7 déc. 2013.

degré d'expertise, tant dans le secteur public que privé, des membres choisis par les pouvoirs publics permettent d'enrichir les délibérations que nous adoptons. Les membres du collège ont également l'obligation de déposer des déclarations de patrimoine et d'intérêts qui sont ensuite rendues publiques sur le site internet de la Haute autorité, au même titre que les membres du gouvernement.

Durant la phase de contrôle, la Haute autorité s'attache tout particulièrement à respecter le principe du contradictoire, par le recueil d'observations sur les faits mis en évidence, lorsque nous estimons que cela ne nuit pas aux éventuelles investigations judiciaires. Les déclarants peuvent communiquer des éléments complémentaires et fournir des pièces justificatives. S'ils le souhaitent, ils sont auditionnés dans les locaux de la Haute autorité. Enfin, ses décisions sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative.

B. La mission de recueil et de contrôle des déclarations de patrimoine et d'intérêts

La compétence première de la Haute autorité consiste à recueillir et contrôler les déclarations de patrimoine et d'intérêts que doivent déposer près de 17 000 responsables publics français, qu'il s'agisse des membres du gouvernement, des parlementaires, des élus des grandes collectivités territoriales, des dirigeants des entreprises publiques ou, encore, des principaux hauts fonctionnaires.

En Nouvelle-Calédonie, cette obligation concerne :

- le président et les membres du congrès, le président et les membres du gouvernement, les présidents des assemblées de province et les vice-présidents de ces assemblées (sur le fondement de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie) ;
- les membres des collèges et, le cas échéant, les membres des commissions investies de pouvoirs de sanction, ainsi que les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités administratives indépendantes créées en application de l'article 27-1 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (sur le fondement du 6° bis A de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique).

Tous ces responsables publics sont donc soumis aux obligations de déclaration applicables aux personnes mentionnées aux 2° et 3° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013.

Remise au début et à la fin des fonctions, la déclaration de patrimoine est une photographie de ce que possède le déclarant (comprenant les biens détenus en indivision et, pour les personnes mariées, leurs biens propres ou personnels et les biens éventuels de la communauté) : biens immobiliers, placements financiers, comptes bancaires, mais aussi emprunts et dettes.

La déclaration d'intérêts, quant à elle, regroupe l'ensemble des intérêts du déclarant résultant, notamment, de ses activités professionnelles, passées et présentes, et de celles de son conjoint, de ses participations financières, de ses fonctions dirigeantes au sein d'organismes publics ou privés ou de ses activités bénévoles.

À titre d'illustration, il convient de noter l'initiative prise par la province Sud de la Nouvelle-Calédonie qui a mis en œuvre une plateforme de recensement des intérêts des élus non soumis à une obligation déclarative auprès de la Haute autorité (Popcorn)².

Toute modification substantielle du patrimoine ou des intérêts au cours des fonctions doit faire l'objet d'une nouvelle déclaration.

Pour mener à bien ses contrôles, la Haute autorité s'appuie sur des agents aux compétences juridiques et financières reconnues. Lorsqu'une difficulté sérieuse ou une question nouvelle se pose, ou pour l'examen des déclarations initiales des nouveaux membres du gouvernement, elle

² Voir la contribution de N. Pannier dans cet ouvrage.

sollicite l'expertise de l'un de rapporteurs extérieurs issus de la Cour de cassation, de la Cour des comptes et du Conseil d'État. En 2021, elle a ainsi confié cinquante-cinq dossiers à ces derniers (60 en 2020).

L'examen des déclarations initiales de patrimoine et d'intérêts consiste tout d'abord à vérifier l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité des informations qui y figurent, et à contrôler ensuite l'évolution de la situation patrimoniale de la personne, entre le début et la fin de ses fonctions : si celle-ci révèle des incohérences susceptibles de faire naître des doutes sérieux, la Haute autorité procède à des investigations approfondies.

Pour ce faire, elle échange régulièrement avec ses partenaires institutionnels, dont les missions sont complémentaires aux siennes. Elle bénéficie tout particulièrement de l'appui de l'administration fiscale, déliée du secret professionnel à son égard, et dispose d'un accès direct à plusieurs bases de données de la DGFiP, ce qui a accru l'efficacité de nos contrôles (FICOVIE pour les contrats d'assurance-vie, FICOBA pour les comptes bancaires, Patrim s'agissant de l'estimation des biens immobiliers et la base nationale des données patrimoniales). S'agissant des déclarations d'intérêts, les investigations se réalisent principalement en sources ouvertes (presse, réseaux sociaux, sites spécialisés, etc.). Les périodiques qui se font l'écho des carrières des responsables publics nous sont par exemple utiles.

Les suites de ces deux types de contrôle vont de la déclaration estimée conforme aux exigences d'exhaustivité, d'exactitude et de sincérité à la transmission au parquet pour les manquements les plus graves. Ces contrôles permettent de détecter des infractions spécifiquement en lien avec les missions de la Haute autorité – soit, l'omission substantielle des intérêts et/ou du patrimoine déclarés, l'évaluation mensongère et le non-dépôt de déclaration – pour lesquelles le déclarant encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, mais aussi l'interdiction des droits civiques pour une durée maximale de 10 ans et l'interdiction d'exercer une fonction publique, laquelle peut être définitive.

À partir du contrôle des déclarations d'intérêts, nous portons aussi une attention particulière aux infractions à la probité (prise illégale d'intérêts, détournements de fonds publics, concussion, abus de confiance, corruption), que nous transmettons également en application de l'article 40 du code de procédure pénale.

À titre d'illustration, le responsable public qui détient plusieurs mandats électifs ou qui, en tant qu'élu, représente sa collectivité au sein de divers organismes et établissements publics ne peut percevoir, pour l'ensemble de ses mandats et fonctions, un montant total de rémunérations et d'indemnités de fonction supérieur à une fois et demie le montant brut de l'indemnité parlementaire de base telle que définie à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1210 du 13 décembre 1958 modifiée. Cette règle concerne les membres du gouvernement et du Parlement, les représentants français au Parlement européen et les élus locaux. En l'absence d'écrêtement, le responsable public peut se voir reprocher le délit de concussion réprimé par l'article 432-10 du code pénal. Le responsable public encourt cinq ans d'emprisonnement et une amende de 500 000 €. Le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

L'article L. 123-8 du code des communes de Nouvelle-Calédonie, modifié par l'article 219 de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale dite « loi 3DS », dispose :

« L'élu municipal titulaire d'autres mandats électoraux ou qui siège à ce titre au conseil d'administration d'un établissement public local, au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société ou qui préside une société ne peut percevoir, pour l'ensemble de ses fonctions, un montant total de rémunérations et d'indemnités de fonction supérieur

à une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire telle qu'elle est définie à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1210 du 13 décembre 1958 portant loi organique relative à l'indemnité des membres du Parlement. Ce plafond s'entend déduction faite des cotisations sociales obligatoires. Lorsqu'en application des dispositions du premier alinéa le montant total de rémunération et d'indemnité de fonction d'un conseiller municipal fait l'objet d'un écrêtement, la part écrêtée est reversée au budget de la personne publique au sein de laquelle le conseiller municipal exerce le plus récemment un mandat ou une fonction. »

Sur près de 3 150 déclarations contrôlées en 2021 (dont 2 486 déclarations d'intérêts et 664 déclarations de patrimoine), 32,3 % ont été déclarées conformes. Pour plus de la moitié d'entre elles (56,2 %), une déclaration rectificative a été demandée. Un rappel aux obligations déclaratives a été nécessaire pour 11,1 % des cas. Onze dossiers ont fait l'objet d'une transmission à la justice, dont huit pour prise illégale d'intérêts, une pour concussion, une pour défaut de réponse à une injonction et une pour omission substantielle. Enfin, le contrôle de 1 550 déclarations a été conclu par une mesure de prévention d'un risque de conflit d'intérêts (soit 62 % des déclarations d'intérêts contrôlées).

Le taux de dépôt initial des déclarations est parfois assez insatisfaisant, notamment pour certains élus locaux (conseillers départementaux et régionaux ou vice-présidents de conseil départemental régional titulaires d'une délégation de signature ou de fonction) pour lesquels le taux de dépôt se situe initialement entre 50 % et 60 %, avant de monter, suite aux relances des services de la Haute autorité, à quasiment 100 %. En 2021, 55 dossiers ont été transmis à la justice pour non-dépôt de déclarations, après relances et injonctions. Néanmoins, l'entrée en vigueur prochaine d'une disposition qui corrèle le remboursement des frais de campagne au respect de l'obligation de dépôt d'une déclaration devrait sensiblement améliorer ce taux de dépôt initial.

Ces résultats prouvent que les responsables publics, dans l'ensemble, prennent l'exercice au sérieux, parfois après relances et échanges, et participent, chacun à leur niveau, à l'amélioration de la transparence de la vie publique, avec pour objectif de consolider la confiance que leur portent nos concitoyens, pour laquelle, nous le savons, il reste encore des marges de progrès.

C. L'attention portée à la prévention et à la détection des conflits d'intérêts dans la sphère publique

Tendance forte depuis plusieurs années, la Haute autorité porte une attention renouvelée à la prévention et à la détection des conflits d'intérêts dans la sphère publique.

En effet, la loi du 11 octobre 2013 a introduit pour la première fois dans le droit français une définition du conflit d'intérêts : son article 2 dispose que 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. Cette appréhension est particulièrement large puisqu'elle inclut à la fois les conflits d'intérêts entre deux intérêts publics et la notion d'apparence de ce conflit. Comme énoncé précédemment, les déclarations d'intérêts recensent un certain nombre d'informations sur les intérêts du responsable public, permettant de détecter d'éventuels risques d'interférence avec ses fonctions publiques.

La loi 3DS n'apporte pas, en elle-même, de modification à la notion de conflit d'intérêts ou de prise illégale d'intérêts. Parmi ses nombreux apports figurent notamment les mécanismes destinés à sécuriser la représentation des collectivités au sein de leurs organismes satellites. La création de l'article L. 1111-6 du code général des collectivités territoriales et la modification de l'article L. 1524-5 du même code posent un principe d'exclusion du conflit d'intérêts au profit de l'élu représentant sa collectivité au sein de certaines entités tierces, en l'assortissant de certaines

exceptions. Ce mécanisme est appelé à évoluer puisque certaines dispositions le concernant ne seront applicables qu'à compter du 1^{er} janvier 2023. Dans le champ de l'exception (décisions de la collectivité attribuant un marché à l'entité concernée, lui consentant une garantie d'emprunt ou une aide; commissions d'appel d'offres; délibérations de la collectivité portant sur la désignation ou la rémunération de l' élu au sein de cette entité), l'obligation de déport demeure.

La prudence invite alors à s'extraire du processus d'instruction, d'élaboration et de présentation de la décision, de toute présence à l'assemblée délibérante, du vote de la décision fût-ce par le biais d'un pouvoir et de sa mise en œuvre.

Les dispositions de la loi « 3DS » seront adaptées à la Nouvelle-Calédonie courant 2023. En effet, l'article 254 de cette loi dispose :

« Le Gouvernement est habilité à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à l'adaptation et à l'extension dans les collectivités qui relèvent des articles 73 et 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie des dispositions de la présente loi. Cette ordonnance est prise dans un délai de dix mois à compter de la promulgation de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance. »

Les déclarations de patrimoine et d'intérêts des plus hauts responsables publics sont rendues publiques, soit sur le site internet de la Haute autorité, c'est par exemple le cas pour les ministres et les élus locaux, soit en préfecture (haut-commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie) s'agissant des déclarations de patrimoine des parlementaires. Pour les hauts fonctionnaires, les déclarations d'intérêts ne sont pas rendues publiques, à la différence de celles des élus. Le Conseil constitutionnel avait considéré que, pour les seconds, l'élection au suffrage universel justifiait de l'atteinte à la vie privée que constitue la publicité des déclarations. Cette transparence est indispensable puisqu'elle permet un véritable contrôle citoyen et sert de base à des investigations, par la presse notamment, qui sont de nature à renforcer l'exhaustivité des contrôles.

Lors de la phase de contrôle, un dialogue s'engage avec le déclarant qui peut donner lieu à des recommandations, la plus récurrente d'entre elles étant le déport. Si la situation perdure, la Haute autorité peut enjoindre à toute personne qui entre dans son champ de compétence, par exemple un ministre, de faire cesser un conflit d'intérêts. Cette injonction peut être rendue publique et son non-respect constitue une infraction pénale.

La pédagogie et l'accompagnement sont des aspects fondamentaux de la mission de la Haute autorité au service d'une diffusion plus large d'une culture de l'intégrité. Les responsables publics soumis aux obligations déclaratives peuvent ainsi saisir la Haute autorité pour toutes questions déontologiques relatives à leurs fonctions. Celles-ci peuvent concerner leur situation personnelle ou celle d'un tiers : par exemple, un président de collectivité territoriale peut saisir la Haute autorité sur la participation de certains élus de l'assemblée délibérante à des décisions relatives à des établissements publics dans lesquels ils siègent. Elles peuvent aussi répondre à un besoin institutionnel, comme celui de guider une administration désireuse de mettre en place des dispositifs de prévention des risques de conflits d'intérêts. Deux cents avis déontologiques ont été délivrés depuis la création de la Haute autorité, traduisant le début de l'enracinement d'un véritable « réflexe déontologique » au sein de la sphère publique.

La Haute autorité dispose également d'une hotline, d'une assistance téléphonique à disposition des responsables publics. Nous avons reçu en 2021 près de 5 500 appels, soit une vingtaine par jour ouvré. Les services sont donc quotidiennement mobilisés pour répondre aux interrogations des responsables publics et les accompagner dans leurs obligations déclaratives ou les conseiller sur certaines situations.

II. DES MISSIONS RENOUVELÉES POUR RENFORCER L'EFFICACITÉ DU DISPOSITIF FRANÇAIS EN FAVEUR DE LA TRANSPARENCE ET DE L'INTÉGRITÉ PUBLIQUES

Plusieurs lois ont attribué à la Haute autorité de nouvelles missions stratégiques, pour renforcer toujours plus l'efficacité du dispositif français en faveur de la transparence et de l'intégrité publiques. Il s'agit de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 (A) et, plus récemment, de la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 (B).

A. Les modifications issues de la loi Sapin 2

La première loi qui est venue accroître les missions de la Haute autorité est celle du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2.

Elle s'inspire de certaines propositions suggérées dans un rapport intitulé *Renouer la confiance publique* de janvier 2015, et qui visaient à rendre plus transparentes les relations entre les représentants d'intérêts et les responsables publics afin que le citoyen puisse évaluer correctement l'empreinte normative de la loi et du règlement. Dit autrement, qu'il puisse être informé sur le processus de fabrication des textes : identifier les différents acteurs qui ont participé à leur élaboration, cibler les expertises particulièrement sollicitées, connaître des principaux arguments en faveur ou à l'encontre des dispositions arrêtées.

La loi dite Sapin 2 a mis en place plusieurs dispositifs destinés à renforcer la prévention, la détection et la répression de la corruption. Tout d'abord, en créant un référentiel de conformité pour les grandes entreprises et en instituant, comme superviseur l'Agence française anticorruption, un service à compétence nationale placé auprès du ministre de la Justice et du ministre du Budget. La convention judiciaire d'intérêt public a aussi permis de renforcer la justice transactionnelle³, sous l'impulsion du Parquet national financier.

Près de quarante ans après les États-Unis et le Canada, la loi Sapin 2 a posé le cadre de la régulation des activités de lobbying en confiant à la Haute autorité la gestion d'un répertoire public et en définissant pour la première fois la représentation d'intérêts. Ce dispositif est unique, en étant à la fois l'un des plus larges au monde, puisqu'il couvre environ 19 000 décideurs publics⁴, et également par le champ des décisions publiques concernées, et l'un des plus restrictifs par ses critères définissant la représentation d'intérêts. Nous déplorons d'ailleurs que ces critères aient été limités par son décret d'application⁵ qui, en un sens, affaiblit le dispositif. À titre d'exemple, le critère du nombre d'entrées en communication, déterminé par le décret. Pour qu'elle soit tenue de déclarer ses activités de représentation d'intérêts, il faut que, au sein d'une personne morale, une personne physique ait réalisé au moins 10 entrées en communication. Il suffit donc de faire réaliser 9 entrées en communication à 10 personnes et il n'y aura pas à les déclarer.

Deux types d'obligations ont été introduits pour les acteurs qui remplissent les critères de définition :

- d'une part, des obligations déclaratives : à partir d'un certain seuil, les entités qui exercent une activité de lobbying à titre principal ou régulier doivent s'inscrire au répertoire des représentants d'intérêts, dont la Haute autorité est responsable, puis déclarer leurs actions et leurs moyens sur une base annuelle, des informations consultables en ligne et accessibles en *open data*. Ce répertoire comprend actuellement plus de 2 400 inscrits au 31 décembre 2021, pour presque 10 780 actions de lobbying déclarées en 2021 ;

³ Sur les outils procéduraux, voir la contribution de S. Lavric dans cet ouvrage.

⁴ Voir L. du 11 oct. 2013, art. 18-2.

⁵ Décr. n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts, *JO*, 10 mai 2017.

- d'autre part, des obligations déontologiques : l'article 18-5 de la loi du 11 octobre 2013 comprend notamment un corpus de neuf prescriptions déontologiques, qui doivent irriguer la pratique des représentants d'intérêts, dans un sens plus éthique et responsable. Ils doivent par exemple s'abstenir de remettre des cadeaux d'une valeur significative ou d'organiser des colloques dans lesquels les prises de parole de responsables publics sont liées au versement d'une rémunération sous quelque forme que ce soit.

La direction du contrôle des représentants d'intérêts de la Haute autorité veille à ce que les représentants d'intérêts respectent leurs obligations d'inscription, de déclaration et de déontologie. La Haute autorité a, à cette fin, recouru à *l'open source intelligence*, autrement dit, à la recherche en sources ouvertes, c'est-à-dire la collecte de toute donnée publique même non accessible en ligne (presse généraliste, spécialisée et régionale, bases de données, registres, réseaux sociaux, agendas ouverts de responsables publics, etc.). Cet outil est essentiel dans les différentes étapes de l'enquête : identification de pistes de recherche, recoupement d'informations et constitution d'un dossier de preuves en vue d'un éventuel contentieux.

En cas de manquement révélé à l'issue d'un contrôle, le représentant d'intérêts s'expose à une mise en demeure, puis à une injonction du collège, avant une éventuelle transmission de son dossier au parquet. Il encourt alors une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

La Haute autorité a achevé près de 190 contrôles en 2021, qui se partagent à parts égales entre contrôles de l'inscription au répertoire et contrôles des déclarations annuelles des activités des représentants d'intérêts et moyens associés. Pour le moment, deux contrôles ont permis de caractériser des manquements aux obligations déontologiques. Une mise en demeure, rendue publique, a été adressée à une société, spécialisée dans la géolocalisation, qui n'avait pas déclaré un certain nombre d'actions de représentation d'intérêts avec des responsables publics sur le sujet de la plateforme nationale des interceptions judiciaires.

Je voudrais enfin brièvement revenir sur deux défis liés au lobbying qui peuvent contribuer au succès ou au contraire à l'échec de ce nouveau champ de régulation. Le premier concerne la valorisation des données du répertoire. Pour relever ce défi, la Haute autorité s'attache à rendre compréhensibles ces données et a conçu une plateforme numérique dédiée à la représentation d'intérêts, accessible depuis notre site internet⁶, regroupant des notes thématiques (par exemple sur le lobbying autour de la loi 5G⁷) et des statistiques.

Le second défi concerne l'extension du répertoire aux collectivités territoriales à compter du 1^{er} juillet 2022. La Haute autorité a publié en octobre 2021 un bilan du répertoire au niveau national, en insistant sur les avancées réalisées et les étapes incontournables afin de permettre la pleine efficacité du dispositif, notamment dans la perspective de cette extension. La Haute autorité y pointait de nombreux dysfonctionnements et des possibilités de contournement de la loi, or, ceux-ci sont rendus possibles par son décret d'application, ce qui est un comble.

La plupart des propositions d'évolution émises par la Haute autorité en octobre 2021 dans son rapport sur l'encadrement de la représentation d'intérêts n'ont pas trouvé de traduction législative ou réglementaire à ce stade. Cette extension intervient donc sans modification des règles applicables au répertoire. Il en va ainsi notamment des actions susceptibles d'entrer dans le champ de la représentation d'intérêts et, plus particulièrement, du critère extrêmement large des décisions publiques. Une annexe au décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire

⁶ <https://www.hatvp.fr>

⁷ Loi n° 2019-810 du 1^{er} août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles, dite 5G, JO, 2 août 2019.

des représentants d'intérêts fixe la liste des types de décisions publiques qui doivent être mentionnées par les représentants d'intérêts lorsqu'ils déclarent leurs activités. Les lignes directrices, accessibles sur le site internet de la Haute autorité, donnent des précisions concernant certaines d'entre elles. L'extension du répertoire aux actions menées auprès des collectivités territoriales et des agents de l'administration fait ressortir avec acuité les difficultés pratiques liées à l'application de ce critère, tant pour les représentants d'intérêts soumis à l'obligation que pour la Haute autorité chargée de les contrôler. Les lignes directrices publiées par la Haute autorité en octobre 2018 et disponibles sur son site internet sont, en tout état de cause, toujours applicables. Elles feront cependant l'objet d'une consultation publique au second semestre 2022, pour prendre en compte les premiers retours d'expérience liés à l'extension du répertoire et actualiser certains éléments.

B. Les modifications induites par la loi du 16 août 2019 sur la fonction publique

La loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019⁸ a enfin octroyé à la Haute autorité une nouvelle mission : contrôler les mobilités entre le secteur public et le secteur privé des fonctionnaires et agents publics.

Face aux allers-retours de plus en plus fréquents entre les secteurs public et privé, le législateur a souhaité renforcer le cadre juridique afin de prévenir tout risque d'ordre déontologique et pénal, consacrant la Haute autorité comme pilier de la prévention des conflits d'intérêts des responsables publics mais aussi des agents.

Ce contrôle déontologique n'a pas vocation à empêcher les fonctionnaires d'acquérir une expérience du privé qui peut leur être utile et, vice-versa, un salarié du privé de faire bénéficier la fonction publique de ses compétences. Il n'entrave pas l'action publique. Au contraire, il la sécurise en empêchant le responsable public de commettre le délit de prise illégale d'intérêts et/ou d'être en situation de conflit d'intérêts.

La Haute autorité était déjà compétente en matière de contrôle de la reconversion professionnelle des anciens membres du gouvernement, des anciens membres d'autorités administratives ou publiques indépendantes et des anciens exécutifs locaux. La loi du 6 août 2019, en actant la suppression de la commission de déontologie de la fonction publique, a redéployé une partie de ses attributions selon une architecture simple mais efficace, basée sur le principe de subsidiarité.

La Haute autorité doit désormais être saisie directement pour tous les agents publics occupant un emploi « dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie », ce qui concerne près de 20 000 emplois (conseillers ministériels, directeurs d'administration centrale, magistrats des juridictions administratives et financières, directeur général des services de grande collectivité) en cas de contrôle préalable à la nomination, de cumul d'activités pour création ou reprise d'entreprise ou lors de la reconversion professionnelle dans le secteur privé. Il y a néanmoins des « trous dans la raquette » : les magistrats judiciaires, d'abord, qui ne font l'objet d'aucun contrôle lorsqu'ils démissionnent, se font radier ou partent à la retraite, et les militaires, qui exercent fréquemment des activités dans le secteur privé après leur mise à la retraite.

Pour les autres agents publics, il appartient désormais aux autorités hiérarchiques des différentes administrations publiques et des collectivités territoriales d'exercer ce contrôle, reposant sur un principe de subsidiarité. Si ces autorités ont un doute sérieux sur la compatibilité du projet, elles s'adressent à leur référent déontologue. Ce n'est que lorsque ce doute sérieux n'a pas été levé par ce dernier qu'elles peuvent saisir la Haute autorité pour avis.

⁸ L. n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, *JO*, 7 août 2019.

La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁹ a créé pour les fonctionnaires et les agents publics le droit de consulter un référent déontologue¹⁰.

La loi 3DS¹¹ a quant à elle créé le droit pour tout élu local de consulter un référent déontologue, à l'instar de celui qui existe, pour les agents publics, depuis l'adoption de la loi du 20 avril 2016¹².

L'article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales dispose : « L'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité. [...] Tout élu local peut consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la présente charte ».

À titre d'illustration, il convient de mentionner la nomination en 2020 d'un chargé de mission déontologie pour la province Sud¹³, comme le prévoit l'article L. 121-1-1 du code des communes de Nouvelle-Calédonie. Celui-ci dispose : « Les membres des conseils municipaux exercent leur mandat dans le respect des principes déontologiques consacrés par la charte de l'élu local prévue à l'article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales ».

Pour être au plus près des réalités, tout en préservant les intérêts publics vis-à-vis de ces mobilités, le contrôle qu'elle exerce s'appuie sur une appréciation fine de chaque situation. En 2021, la Haute autorité a ainsi rendu plus de 307 avis déontologiques, dont 178 sur des demandes de reconversion professionnelle. Elle ne prononce des incompatibilités que lorsque le risque de prise illégale d'intérêts est avéré ou qu'aucune mesure ne paraît susceptible de neutraliser sur le plan déontologique un conflit d'intérêts portant atteinte, de manière substantielle, à l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques. En revanche, ses avis de compatibilité, de l'ordre de 95 %, s'accompagnent le plus souvent de réserves afin de préserver l'agent et son administration de toute interférence pouvant compromettre l'intégrité de l'action publique et l'exercice de poursuites pénales. Parmi ces réserves, parfois très contraignantes, on peut relever l'interdiction d'accomplir des démarches auprès de ses anciens services pendant une durée de trois ans, ou de réaliser des actions de lobbying auprès des personnes visées par la loi du 11 octobre 2013.

Tout l'enjeu réside dans le suivi des réserves, pendant trois ans suivant le départ, et il est fondamental que nous nous donnions les moyens de répondre à cette mission.

La partie législative du code général de la fonction publique, issue d'une ordonnance du 24 novembre 2021¹⁴, est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2022. Ce nouveau code regroupe les quatre anciennes lois statutaires de la fonction publique : la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les lois des 11 janvier 1984, 26 janvier 1984 et 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives aux trois fonctions publiques.

L'étude d'impact du projet de loi de transformation de la fonction publique, qui a abouti à la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui a réformé les contrôles déontologiques des agents publics et les a confiés à la Haute autorité, indique : « [...] les dispositions du projet de loi s'appliqueront [...] en Nouvelle-Calédonie aux seuls agents publics

9 L. n° 2016-483 du 20 avr. 2016, *JO*, 21 avr. 2016.

10 CGFP, art. L. 124-2; Décr. n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, *JO*, 12 avr. 2017.

11 L. n° 2022-217 du 21 févr. 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, dite 3DS, *JO*, 22 févr. 2022.

12 CGCT, art. 1111-1 mod. : « Tout élu local peut consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la présente charte ».

13 Voir la contribution de N. Pannier, préc.

14 Ord. n° 2021-1574 du 24 nov. 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique, *JO*, 5 déc. 2021.

de la fonction publique de l'État et de la fonction publique hospitalière assurant leurs fonctions sur ce territoire ». Le 14° de l'article 22 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : [...] 14° Fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes »¹⁵.

Les fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie sont soumis à la délibération n°81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie. Ces dispositions ne prévoient pas de contrôle des mobilités public-privé par la Haute autorité pour ces agents¹⁶.

Son article 19 dispose cependant : « Les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Il ne peut être dérogé à la présente interdiction que dans les mêmes conditions que pour les fonctionnaires des collectivités territoriales métropolitaines. »

III. DES MISSIONS D'ACCOMPAGNEMENT, DE CONSEIL ET DE SENSIBILISATION

La Haute autorité assure également des missions d'accompagnement, de conseil et de sensibilisation.

Si les différentes missions de contrôle de la Haute autorité sont essentielles pour garantir le respect des obligations déontologiques et déclaratives qui pèsent sur un certain nombre de responsables et d'agents publics, ainsi que sur les représentants d'intérêts, l'appropriation de ces obligations ne peut passer que par l'information, la formation et le conseil des personnes concernées.

La Haute autorité attache en conséquence une grande importance à la sensibilisation et à l'accompagnement de ces personnes, en lien étroit avec les autres acteurs de l'intégrité. Les actions de sensibilisation menées par la Haute autorité permettent en outre de toucher des publics qui n'entrent pas dans son champ de contrôle et, ainsi, de diffuser largement une culture de l'intégrité.

Cela passe par le renforcement des activités d'information et d'accompagnement des responsables publics et des représentants d'intérêts dans l'appropriation de leurs obligations déclaratives.

Afin de s'assurer d'une parfaite information des personnes qui doivent lui transmettre leurs déclarations d'intérêts et de patrimoine, la Haute autorité a conduit, avant les principales périodes de dépôt, des actions de communication ciblées, en particulier auprès des associations d'élus avant la tenue des élections, mais aussi auprès des présidences des conseils régionaux et départementaux. En parallèle, des *webinaires* ont été organisés pour répondre directement aux questions des déclarants et leur fournir toutes les informations nécessaires au dépôt de leurs déclarations. En outre, la Haute autorité a publié divers supports d'information et de rappel des obligations (brochures, courriers) et décliné, selon les publics visés, des versions spécifiques de son « guide du déclarant ».

Les services de la Haute autorité sont mobilisés toute l'année pour répondre aux interrogations des responsables publics, par téléphone et par courriel. Le dispositif est renforcé lors des principales périodes de dépôt des déclarations, qui, selon les cas, suivent ou précèdent la tenue de scrutins.

¹⁵ La loi du pays n°2021-4 du 12 mai 2021 relative à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 20 mai 2021 a fusionné les fonctions publiques territoriale et communale qui existaient auparavant.

¹⁶ Voir l'art. 23 de la L. du 11 oct. 2013 pour certaines fonctions politiques.

La Haute autorité déploie également des outils et dispositifs d'accompagnement à destination des représentants d'intérêts, afin de répondre aux questions que ceux-ci peuvent se poser sur les informations qu'ils sont tenus de déclarer et des obligations déontologiques qui leur incombent dans leurs relations avec les pouvoirs publics : ressources en ligne, lignes directrices, accompagnement individuel quant au respect des obligations déclaratives et déontologiques.

La mission de conseil des responsables publics sur le plan déontologique confiée à la Haute autorité par les lois du 11 octobre 2013 a pris une tout autre dimension depuis l'adoption de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. En instituant la Haute autorité comme autorité de supervision pour tous les conflits d'intérêts liés à la mobilité privé-public, directement ou indirectement, le législateur lui a confié un rôle central et essentiel dans le secteur public.

Les responsables publics qui transmettent des déclarations de patrimoine ou d'intérêts à la Haute autorité peuvent la solliciter pour avis sur toute question d'ordre déontologique rencontrée dans l'exercice de leurs fonctions, sur le fondement des dispositions du 3° du I de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013.

Lors du collège du 19 octobre 2022¹⁷, la Haute autorité s'est prononcée en application de l'article sur le fondement de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013, sur un projet de « Vadémécum des bonnes pratiques en matière de prévention des conflits d'intérêts », suite à la saisine des présidents des assemblées des provinces Sud, Nord et des Îles Loyauté, ainsi que du président du congrès de Nouvelle-Calédonie.

Outre les questions que les responsables publics adressent, à titre individuel, sur leur situation personnelle, la Haute autorité reçoit des demandes d'avis formulées à titre institutionnel (par exemple, sur des projets de charte déontologique ou questions sur la gestion de certains types de conflits d'intérêts à l'échelle d'une collectivité ou d'une assemblée délibérante) et sur la situation d'un tiers, notamment lorsque le responsable public auteur de la saisine s'interroge sur les aspects déontologiques d'une nomination à laquelle il doit procéder. Confidentiels, les avis rendus sécurisent les responsables publics qui les sollicitent face aux problématiques rencontrées.

Dans le détail, ces demandes d'avis portent sur des problématiques très variées, telles que les conflits d'intérêts, notamment la prévention des conflits entre intérêts publics ou la gestion des instruments financiers. Plusieurs demandes ont aussi porté sur des projets de mobilité entre les secteurs public et privé ou sur des projets de cumul d'activités. La sollicitation préalable de la Haute autorité a permis, dans certains de ces cas, de prévenir des risques d'ordre déontologique ou pénal.

Les administrations peuvent saisir la Haute autorité de demandes d'avis sur une variété de questions d'ordre déontologique. Le recours à cette faculté de saisine, peu connue des administrations, permettrait pourtant de concourir à la prévention des risques dans la fonction publique.

En particulier, la Haute autorité peut être saisie pour se prononcer, dans certaines conditions, sur des situations de conflit d'intérêts. L'article 25 *ter* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, désormais codifié aux articles L. 122-4 et suivants du code de la fonction publique, prévoit que la nomination à certains emplois publics est conditionnée à la transmission d'une déclaration d'intérêts à l'autorité hiérarchique. Lorsque l'autorité hiérarchique constate que l'agent public se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, elle

17 Délib. n° 2021-198 du 19 oct. 2021 relative à la demande d'avis déontologique de Madame Sonia Backès et Messieurs Paul Neaoutyine, Jacques Lalié et Roch Wamytan.

prend les mesures nécessaires pour y mettre fin. Lorsque l'autorité hiérarchique ne s'estime pas en mesure d'apprécier si l'agent public se trouve en situation de conflit d'intérêts, la Haute autorité peut être saisie d'une demande d'avis. La Haute autorité réalise alors un examen des risques de conflit d'intérêts susceptibles de résulter des éléments déclarés par l'agent concerné. Elle se prononce dans un délai de deux mois.

Outre les avis qu'elle rend dans le cadre des différentes procédures prévues par la loi, la Haute autorité entretient de nombreux échanges avec les administrations et les référents déontologues, afin de les accompagner et de répondre à leurs interrogations.

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique est devenue, je le pense, une institution nécessaire pour notre démocratie. À son échelle, elle consolide le lien de confiance au fondement de notre contrat social. Elle renforce les exigences d'intégrité et de probité à l'égard de celles et ceux qui sont investis d'un mandat électif public, ou d'une mission de service public. Elle essaie d'éloigner l'ère de la suspicion et se bat contre cette idée du « tous pourris » qui empoisonne nos institutions, et ne reflète pas leur fonctionnement effectif : je le rappelle, moins de 1 % de nos contrôles aboutit à une transmission au parquet.

Néanmoins, certains points méritent un approfondissement afin de clarifier les domaines d'intervention entre les différents acteurs participant à la lutte contre la corruption et de renforcer les prérogatives de la Haute autorité dans le but de concourir, encore et toujours mieux, à la diffusion d'une culture de l'intégrité dans la sphère publique et, ainsi, participer à renouer la confiance des citoyens. Nous savons qu'il y a des marges de progrès et qu'aujourd'hui la défiance est plus forte que la confiance. Il est essentiel d'inverser la tendance. La Haute autorité pour la transparence de la vie publique y contribue activement, comme le montre son rapport d'activité 2021 disponible sur son site internet.

Le rôle des associations anti-corruption

Thierry Blaisot

Groupe local Anticor

L'association Anticor a été fondée en 2002 par Séverine Tessier et Éric Halphen, ancien juge anti-terroriste. Elle a pour objet de mener des actions en vue d'améliorer le fonctionnement démocratique des institutions et de défendre la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice, ainsi que de promouvoir l'éthique dans la vie publique, la démocratie participative et la transparence dans le fonctionnement des institutions.

Sous le terme de corruption, l'association vise les atteintes à la probité publique et notamment la corruption et le trafic d'influence passifs et actifs, la concussion, la prise illégale d'intérêts, le favoritisme, le détournement de fonds publics, la négligence, l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance, les entraves à l'exercice de la justice, la fraude électorale, l'achat de voix et les différentes entraves à l'exercice du droit de vote ainsi que le recel et le blanchiment de ces infractions.

La corruption a été longtemps perçue comme l'apanage des pays en voie de développement. Il faut dire que les grandes démocraties modernes ont gravé dans le marbre des principes qui paraissent immuables, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Cependant, nous avons perdu le réflexe de défendre ces principes tant ils semblent acquis. Il s'agit pourtant d'une mystification car ces principes sont en réalité très fragiles. La démocratie doit en permanence être protégée et secourue, car elle est confiée à des femmes et des hommes imparfaits, y compris dans leur(s) rapport(s) au(x) pouvoir(s). Le combat contre la corruption consiste à opposer à cette nature humaine imparfaite un contrôle citoyen intransigeant et à favoriser des contre-pouvoirs vigilants. Comme l'écrivait l'anticonformiste Georges Bernanos dans *Les enfants humiliés*, « il faut beaucoup d'indisciplinés pour faire un peuple libre ». Soyons donc indisciplinés et reprenons ce pouvoir citoyen qui nous a été confisqué.

La lutte contre la corruption relève d'un combat citoyen (I), la corruption participant des maux de la démocratie (II). En ce domaine, la justice se trouve trop souvent encore entravée (III). Dans pareil contexte, il nous semble impérieux de rendre le pouvoir aux citoyens (IV).

I. LE COMBAT CITOYEN CONTRE LA CORRUPTION

Pour une culture de l'exemplarité. Nos actions en justice, qui ont donné une certaine notoriété à notre petite association, peuvent contribuer à alimenter ce sentiment de « tous pourris ». Ce n'est pas notre but : notre objectif est d'écarter de la vie publique les responsables politiques qui déméritent et de promouvoir une culture de l'exemplarité. Nous avons vigoureusement milité pour que la détention d'un casier judiciaire vierge d'infraction à la probité soit une condition pour se présenter à une élection.

Nous sommes tous victimes. Nous ne nous percevons pas forcément, en tant que citoyens, comme victimes de la corruption. Pourtant, nous en sommes tous victimes. Aucun régime, aucune époque, aucun pays n'est totalement immunisé contre la corruption. En revanche, l'intensité de ces pratiques varie fortement. Car la corruption n'est pas seulement le fruit de

dérives individuelles ou de la résignation collective. Elle dépend du rapport des élus et des citoyens au pouvoir, de la possibilité d'engager la responsabilité de ceux qui détiennent un pouvoir et de l'importance des contre-pouvoirs.

L'agrément, une arme contre l'impunité. Des associations se sont mobilisées contre ce système et le législateur a prévu qu'un agrément leur permette d'être considérées comme des victimes, au sens procédural, de la corruption. Cet agrément permet d'exercer une prérogative qui dérange souvent le pouvoir. Les associations qui le détiennent – elles sont trois actuellement¹ – peuvent aller chercher sur le bureau d'un procureur réticent une affaire politico-financière sensible pour la déposer sur le bureau d'un juge d'instruction.

Un pouvoir citoyen. L'agrément est une arme, certes, mais c'est une arme fragile. Il ne dure que trois ans et est délivré par le ministère de la Justice. Demander l'agrément au garde des sceaux revient à lui demander le droit d'attaquer, le cas échéant, un gouvernement dont il est membre. Or, il est pour le moins paradoxal de devoir demander à quelqu'un l'autorisation de porter plainte contre lui. En 2021, nous avons failli perdre notre agrément, nécessaire pour nous constituer partie civile. Nous avons dû mener un combat difficile et de longue haleine. Notre petite association de bénévoles s'est retrouvée au centre d'une tempête médiatique qui avait manifestement pour objectif de préparer l'opinion publique au non renouvellement de cet agrément².

II. LES MAUX DE LA DÉMOCRATIE

Le financement politique corrompu par l'argent privé. Nous sortons du procès Bygmalion dans lequel M. Sarkozy a été reconnu coupable, en première instance, d'avoir dépassé le plafond des dépenses autorisées dans le cadre de sa campagne présidentielle de 2012. Un dépassement d'environ 16 millions d'euros, grâce à un système illégal de fausse facturation.

Une démocratie sous influences. Anticor a signalé au parquet le cas de Sylvie Goulard. Alors qu'elle était députée au Parlement européen, l'institut Berggruen lui a versé une somme de 324 000 euros pendant une période de vingt-sept mois. Le fondateur de l'institut, Nicolas Berggruen, a été qualifié de « financier vautour » par le magazine *Forbes*. Peu imaginent le poids des lobbies et leur capacité à influencer la décision politique. Nicolas Hulot aussi était sans doute naïf, mesurant chaque jour les entraves à surmonter jusqu'à la goutte d'eau qui a fait déborder le vase : la présence d'un représentant du lobby de la chasse lors d'une réunion à l'Élysée, alors qu'il n'était pas invité. Et c'est sans doute encore pire en matière de santé. Beaucoup de firmes utilisent en effet des stratégies pernicieuses pour diffuser leurs produits nocifs et pour bloquer toute réglementation contraire. Elles savent instrumentaliser, créer du doute scientifique, dissimuler les conflits d'intérêts et détourner les politiques publiques³.

Mélange des genres et entre-soi. Nous pensons que rien n'interdit l'application effective de l'obligation pour les hauts fonctionnaires et les magistrats de servir l'État au moins dix ans. Et il est tout à fait possible de rétablir un délai de cinq ans entre la cessation des fonctions et la possibilité d'exercer dans le privé une activité se rapportant, même indirectement, aux fonctions exercées dans le service public.

Une transparence de façade. Les élus sont réticents à faire la transparence. Elle est pourtant un outil crucial pour rétablir la confiance. C'est aussi un droit pour chaque citoyen. L'article 15

¹ Au 20 mai 2022.

² Par jugement du 23 juin 2023, le tribunal administratif de Paris a annulé l'arrêté du 2 avril 2021 par lequel le Premier ministre avait renouvelé l'agrément de l'association Anticor en vue de l'exercice des droits reconnus à la partie civile. Le gouvernement avait jusqu'au 26 décembre 2023 pour renouveler l'agrément de l'association, ce qu'il n'a pas fait par une décision implicite de rejet.

³ S. Horel, *Lobbyisme, comment les lobbies empoisonnent nos vies et la démocratie*, La Découverte, 2018.

de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». La conséquence de ce droit est prévue notamment dans la loi du 17 juillet 1978, qui donne à chaque citoyen la liberté d'accéder aux documents administratifs.

L'insuffisante protection des lanceurs d'alerte. La loi Sapin 2 a légitimé les lanceurs d'alerte et prévu une protection minimale contre les représailles⁴. Mais trop d'exigences privaient encore cette protection de son effectivité. Il était notamment demandé aux lanceurs d'alerte d'aller trouver en premier lieu leur employeur, avant la justice, avant les médias, pour les avertir que leur comportement est illégal ou dangereux pour la société. En effet, quand le secret devient la règle et la transparence l'exception, ce ne sont pas seulement des lanceurs d'alerte emblématiques qui paient le prix de cette schizophrénie d'État. Nous le payons tous.

L'affaire Gomès, récemment jugée par le tribunal correctionnel de Nouméa⁵, illustre la situation d'un lanceur d'alerte qui, en 2017, avait averti le député et élu local, dont il était le collaborateur, qu'il était illégal de cumuler ces fonctions avec celle de président de la société SAS NCE (Nouvelle-Calédonie Énergie). Le tribunal a reconnu la culpabilité de l'élu, poursuivi pour prise illégale d'intérêts, et l'a condamné à une amende de 2 millions de CFP assortie du sursis. Anticor partie civile devra recevoir 50 000 F CFP pour les frais d'avocat et 1 F symbolique de dommages-intérêts. Il faut retenir de cette affaire qu'il y eut un lanceur d'alerte qui a respecté à 100 % les règles de l'époque, à savoir qu'un collaborateur d'un service ou d'une entreprise découvrant une illégalité se doit d'avertir son employeur. Mais celui-ci a durement payé son exemplarité. Désormais la loi a changé⁶. Les lanceurs d'alerte n'ont plus à prévenir leur employeur et ils seront soutenus par la Maison des lanceurs d'Alerte.

La fraude à la commande publique. En Italie, des différences étonnantes ont été relevées dans les coûts de plusieurs grands projets d'investissement à Milan, avant et après les enquêtes anti-corruption du début des années 1990. En 1991, le coût de construction du métro s'élevait à l'équivalent de 227 millions de dollars par kilomètre. En 1995, le coût n'était plus que de 97 millions. L'étude milanaise met en évidence des économies de l'ordre de 35 à 40 % réalisées dans les dépenses d'infrastructure. Les quelques exemples tirés des dossiers dont Anticor a pris l'initiative montrent que des gains considérables pourraient être attendus d'un renforcement de la justice financière, car notre pays n'est pas indemne de fraudes aux marchés publics et la Nouvelle-Calédonie pas exempte en la matière. On pourrait citer l'affaire dite « de l'aqueduc du Grand Nouméa » dans le cadre de laquelle les quatre maires concernés ont, en 1998, passé avec la Lyonnaise des Eaux, future Suez Eau France, un contrat sans appel d'offres, sans étude sur la consommation d'eau, sans cahier des charges, et sans étude juridique sérieuse. Le rapport de la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie sorti en 2008 suggérait une possible corruption, ce que nous découvrirons ultérieurement. Une autre affaire, concernant la ville de Dumbéa et l'attribution d'un marché d'assainissement des eaux, a entraîné la condamnation de la municipalité à devoir verser 53 millions de F CFP à la société Epureau, évincée au profit de la Calédonienne des eaux, après un premier appel d'offres déclaré infructueux⁷. Enfin, on ne pourra

4 Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JO*, du 10 déc. 2016, telle que modifiée par la L. n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, *JO*, 22 mars 2022.

5 T. corr. Nouméa, 13 mai 2022. Le 5 septembre 2023, la cour d'appel de Nouméa a confirmé sa condamnation et aggravé sa peine (à une amende de 2 millions de CFP sans sursis et une peine d'inéligibilité de 2 ans).

6 L. n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, préc.; voir égal. l'art. 122-9 du C. pén. mod.

7 CAA Paris, 9 avr. 2021, n° 19PA01935; et pour le rejet du pourvoi de la commune de Dumbéa, voir CE 22 nov. 2022, n° 454480.

s'empêcher de mentionner l'affaire en cours du « câble sous-marin » commandé par l'OPT pour sécuriser l'accès internet par un deuxième câble sous-marin de fibre optique, dont le Parquet national financier s'est d'ailleurs saisi⁸. Même avec des moyens modestes, le PNF a rapporté plus de 7,7 milliards d'euros à l'État entre 2014 et 2019. Le code de la commande publique prévoit que les collectivités respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à un marché. Cela signifie mettre loyalement en concurrence les candidats et attribuer les marchés sur des critères objectifs. L'objectif est d'assurer la bonne utilisation des deniers publics. Ceux qui ne respectent pas la loi peuvent être poursuivis pour favoritisme⁹.

La fraude aux aides publiques. L'octroi des aides publiques devrait être subordonné au respect de conditions et leur usage mieux contrôlé car, comme toute dépense publique, l'aide doit poursuivre une finalité d'intérêt général. Dans le cadre d'une stratégie de guerre économique, le département de la justice américain a mis en évidence des pratiques de corruption d'agents publics étrangers par Alstom jusqu'en 2011. La société a plaidé coupable et a payé 772 millions de dollars aux États-Unis¹⁰. Cette situation a rendu l'entreprise vulnérable, permettant à la société General Electric de proposer l'achat de la branche énergie.

La fraude fiscale. La fraude fiscale est constituée par l'intention frauduleuse de se soustraire à l'impôt. L'optimisation fiscale, quant à elle, est légale : c'est un usage habile des lois et conventions pour éviter l'impôt. En réalité, la distinction n'est pas toujours évidente. Ainsi, Google pensait pouvoir légalement localiser une partie des profits réalisés sur notre territoire en Irlande, où l'impôt sur les sociétés est bien moindre. Tel n'était pas l'avis des services fiscaux. Finalement, les deux parties ont convenu d'une transaction, et Google a payé près d'un milliard d'euros pour clore les poursuites en France¹¹. Concrètement, le montant de la fraude et de l'évasion fiscale pour la France seulement se situe entre 80 et 100 milliards d'euros par an. Quarante pour cent des profits des entreprises multinationales sont détournés vers les paradis fiscaux. La France perd ainsi 22 % des recettes de son impôt sur les sociétés, soit 13,3 milliards d'euros. La France est rarement à la pointe dans la lutte contre ces pratiques, même sur son propre territoire. Le plan national de lutte contre la fraude n'est plus actualisé depuis 2016 et la baisse des effectifs de la direction générale des finances publiques « n'a pas été compensée par l'amélioration de leur efficacité », selon la Cour des comptes.

III. UNE JUSTICE ENTRAVÉE

La lenteur des procédures et la désespérance des magistrats et des greffiers révèlent une faiblesse systémique de l'institution. Les autres pays européens permettent d'entrevoir ce que pourrait être un autre parquet français. En Italie, par exemple, les procureurs bénéficient de la même protection que les juges.

8 Avec un 1^{er} appel d'offres, sur 4 sociétés en lice, 2 furent retenues : Hawaiki et le finlandais Alcatel Submarine (Nokia). Hawaiki avait à réaliser un câble de 700 km pour le relier à son câble international. Nokia avait à réaliser un câble de 1600 km passant par Fidji. L'OPT décida de rendre l'appel infructueux et émit un nouvel appel d'offres précisant que le câble devait impérativement passer par Fidji; <https://anticornouvellecaledonie.home.blog>

9 On pourrait ici ré-évoquer une affaire ancienne, dite « de la 3G », qui a abouti à la condamnation définitive d'un ancien président du gouvernement local, à la fois pour favoritisme et prise illégale d'intérêt; voir CA Nouméa, 28 févr. 2017; Crim., 20 mars 2019, n° 17-81.975, *D. actu.*, 12 avr. 2019, obs. Ch. Fonteix; *AJ pénal*, 2019, p. 386, obs. M.-C. Sordino; 17 févr. 2021, n° 20-80-724 (pourvoi non admis).

10 <https://www.lesechos.fr/2014/12/corruption-alstom-va-payer-une-amende-de-772-millions-de-dollars-315982>

11 https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2019/09/12/fraude-fiscale-google-va-verser-pres-d-un-milliard-d-euros-pour-clore-les-poursuites-en-france_5509646_1653578.html; sur la CJIP Google, voir TJ Paris 12 sept. 2019, *Google France SARL et Google Ireland Ltd*, n° PNF-15 162 000 335, *D. actu.*, 17 oct. 2019, obs. P. Dufourq, *AJ pénal*, 2019, p. 614, obs. J. Lasserre Capdeville.

Des moyens limités. La France a le plus faible nombre de procureurs sur les quarante-sept pays qui composent le Conseil de l'Europe : 3 pour 100 000 habitants, contre une médiane européenne de 11,25. La France a aussi un faible nombre de juges : 10 pour 100 000 habitants, contre une médiane de 17,7. La justice économique n'est pas mieux lotie. En 2019, la Cour des comptes constatait une saturation des services et un délai moyen de six ans pour le traitement d'une affaire complexe. Elle aurait pu évoquer Patrick Balkany, qui a fraudé pendant une trentaine d'années avant sa condamnation en 2019¹² ou encore l'affaire de la chaufferie de la Défense¹³.

Une justice commerciale inefficace. On comprend que les entreprises étrangères, quand elles le peuvent, préfèrent recourir à l'arbitrage plutôt qu'au juge de commerce. Quant au nombre d'emplois perdus du fait de mauvaises pratiques qui ajoutent encore aux difficultés des entreprises, il est difficile à évaluer. L'organisation française de la justice commerciale, unique en Europe, est plus un handicap qu'un atout pour l'économie.

Un contrôle de légalité « à géométrie variable ». En cas d'irrégularité commise par une collectivité territoriale, le préfet demande à la collectivité de retirer l'acte. À défaut, il peut saisir le tribunal administratif. Ce rôle est essentiel. Le problème est que les préfets n'ont pas les moyens d'assurer cette mission. Le contrôle de légalité est devenu « une passoire à géométrie variable ». C'est pourquoi nous proposons de confier ce contrôle à une autorité départementale indépendante, qui serait créée auprès des juridictions administratives.

Pour une autorité de la probité publique. Pour prévenir la corruption, au fur et à mesure que les problèmes se posaient, le législateur a créé une mosaïque d'intervenants : la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, l'Agence française anticorruption, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, Tracfin... Mais faute de coopération entre les différentes administrations et autorités, celles-ci ne sont pas toujours en mesure d'apprécier la gravité des éléments qui leur sont communiqués. C'est pourquoi nous plaidons pour la création d'une Autorité de la probité. Cette autorité devrait définir une stratégie nationale pour garantir la probité, qui pourrait être débattue au Parlement. Comme le Défenseur des droits, l'Autorité de la probité devrait être inscrite dans la Constitution, afin de garantir son indépendance d'action.

IV. RENDRE LE POUVOIR AUX CITOYENS

Rien n'est plus imminent que l'impossible. L'objectif initial d'Anticor est la réhabilitation de la démocratie représentative. C'est pourquoi nous avons intégré à notre plaidoyer le Référendum d'Initiative Citoyenne (RIC). L'objectif est d'élargir le champ des possibles. Car on ne peut pas se borner à des techniques héritées du XIX^e siècle pour résoudre les problèmes du XXI^e siècle. Vivre en démocratie ne peut se limiter à mettre un bulletin dans l'urne. En démocratie, la souveraineté appartient aux citoyens. Tous les autres pouvoirs procèdent de cette souveraineté. Nous ne devons jamais l'oublier.

Les citoyens ressentent de plus en plus douloureusement la brûlure de la corruption et le pouvoir dont ils ont été dépossédés. Plusieurs peuples se sont récemment mobilisés contre la corruption. En Géorgie, en Albanie, au Brésil, en Roumanie, en Arménie, en Afrique du Sud,

¹² Condamnation définitive pour blanchiment de fraude fiscale aggravé, déclaration mensongère à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique et prise illégale d'intérêts; voir Crim., 30 juin 2021, n° 20-83.355, *D. actu.*, 20 juill. 2021, obs. J. Gallois; *D.*, 2021. 1564, obs. J.-B. Perrier.

¹³ Pour un jugement intervenu 21 ans après les faits; mais refusant d'annuler la procédure pour délai déraisonnable, voir Crim., 9 nov. 2022, n° 21-85.655, *D. actu. étudiant*, 7 déc. 2022, obs. S. Lavric; *AJ pénal*, 2022, p. 573, note M. Pugliese; *RTD com.*, 2022, p. 887, note L. Saenko; pour la Nouvelle-Calédonie, l'affaire des achats de voix lors des municipales de Païta de 2014, voir CA Nouméa, 8 nov. 2022.

en Israël, en en Slovaquie, en République tchèque, d'importantes manifestations de rue ont dénoncé la corruption des dirigeants et demandé leur départ.

Une défiance généralisée des citoyens envers leurs responsables politiques et administratifs pourrait annoncer la fin de la démocratie représentative, transformant les élections en rendez-vous désabusés. Pourtant, les citoyens peuvent aussi résister. Quelles que soient leurs opinions politiques, ils peuvent prendre vigoureusement et absolument parti pour l'éthique. Ils le peuvent et ils le devraient, car il n'y a pas de bon gouvernement sans exemplarité et pas de société corrompue heureuse.

Václav Havel, lors de sa prise de pouvoir en 1990, prononçait un discours qui nous inspire aujourd'hui encore :

« Notre pays ne fleurit pas. [...] Le grand potentiel créateur et spirituel de nos nations n'est pas utilisé comme il se doit. [...] Le pire est que nous vivons dans un milieu moral pourri. Peu d'entre nous ont été capables d'exprimer à haute voix que les puissants ne devraient pas être omnipotents. [...] La liberté et la démocratie, cela signifie la participation et la responsabilité de tous. Si nous nous en rendons compte l'espoir reviendra dans nos cœurs.¹⁴ »

À travers les associations anti-corruption, les citoyens organisent leur résistance. Ils lancent l'alerte, saisissent le parquet, se constituent partie civile, demandent des comptes. Ils contribuent à ouvrir un nouveau champ des possibles. Reste à transmettre ce message à ceux qui ont l'ambition de nous représenter¹⁵.

¹⁴ Élise van Beneden et Éric Alt, *Résister à la corruption*, Gallimard, Tracts, 2022, les auteurs sont la présidente et le vice-président d'Anticor.

¹⁵ Pour aller plus loin, voir E. Van Deneden et A. Alt, *id.*, dont ces libres propos sont inspirés.

La déontologie à la province Sud

Nicolas Pannier

Secrétaire général de la province Sud

Dans son plan stratégique « Vision Sud », la province Sud s'est fixée pour objectif stratégique de faire de la collectivité « une province transparente dans laquelle les élus provinciaux ont la confiance des habitants ». Cet objectif se décline en quatre objectifs opérationnels :

- améliorer l'accessibilité et la compréhension des processus de décision de la collectivité ;
- rendre facilement accessible au public les informations actualisées relatives à la situation et aux activités de chaque élu provincial ;
- favoriser la consultation du public afin de l'associer davantage aux décisions de la collectivité ;
- doter l'ensemble de la province d'un cadre déontologique complet, connu et appliqué.

C'est ainsi que le secrétariat général de la province Sud a recruté, en mars 2020, un chargé de mission « déontologie » afin d'identifier les besoins de la collectivité en la matière et de proposer les solutions concrètes permettant de faire évoluer les comportements, ainsi que de diffuser progressivement les bonnes pratiques à destination des élus et des agents de la province.

Dans cette perspective, un plan d'action provincial en matière de déontologie a été mis en place. Il comprend plusieurs volets : la réalisation d'une cartographie des risques (I), un travail collectif avec les autres institutions pour partager les expertises (II), la mise en place d'outils adaptés (III) des actions correctives (IV), ainsi que la transparence et la communication (V).

I. LA RÉALISATION D'UNE CARTOGRAPHIE DES RISQUES

Le chargé de mission déontologie a réalisé, en collaboration avec les directions provinciales, une cartographie des risques permettant de recenser les organismes dans lesquels la province Sud est représentée, les relations entretenues, les éventuelles relations problématiques, les activités qui pourraient être concernées par des potentiels conflits d'intérêts et les actions mises en place pour y faire face.

II. UN TRAVAIL COLLECTIF AVEC LES AUTRES INSTITUTIONS POUR PARTAGER LES EXPERTISES

La province Sud a initié un groupe de travail technique associant les représentants des services juridiques des trois provinces, du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et du congrès ainsi que du haut-commissariat de la République, avec pour objectif de mutualiser leurs connaissances en matière de déontologie.

Cette collaboration a permis d'aboutir à l'élaboration d'un *vade-mecum* des bonnes pratiques à destination des élus locaux afin de prévenir les conflits d'intérêts.

III. LA MISE EN PLACE D'OUTILS ADAPTÉS

Ces outils incluent un *vade-mecum* des bonnes pratiques, une charte de déontologie, ainsi que des suggestions, le cas échéant, de déport. Le *vade-mecum* des bonnes pratiques en matière de prévention des conflits d'intérêts comprend près de 60 pages permettant de rappeler les enjeux attachés à la prévention des conflits d'intérêts et le cadre juridique applicable aux élus locaux

en Nouvelle-Calédonie, d'identifier les situations pratiques de conflit d'intérêts et de formuler des conseils pour prévenir et traiter ces conflits.

Ce projet de guide a été soumis, le 3 août 2021, à la Haute autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP), saisie conjointement par les trois présidents des assemblées de province ainsi que par le président du congrès de la Nouvelle-Calédonie¹ sur le fondement de l'article 20, 3° de la loi relative à la transparence de la vie publique.

La charte de déontologie des élus de l'assemblée de la province Sud a été approuvée par la délibération n° 81-2022/APS du 18 octobre 2022 relative à la déontologie des élus de l'assemblée de la province Sud². Les élus de l'assemblée provinciale ont été invités à la signer. Ils s'engagent ainsi à prévenir ou faire cesser toute situation de conflit d'intérêts, à adopter un comportement d'exemplarité et à exercer leur mandat en lien étroit avec les habitants.

Le recours au déport est encouragé. Au quotidien, conseils et recommandations individuelles de déport sont formulés par l'administration lors de l'examen de dossiers pouvant présenter un risque de conflit d'intérêts. Par ailleurs, la délibération du 18 octobre 2022 précitée prévoit que lorsqu'un élu se déporte de l'examen d'une affaire, mention expresse de ce déport est portée dans le compte rendu de la réunion ou de la séance concernée.

IV. DES ACTIONS CORRECTIVES

Afin de faire évoluer le cadre juridique applicable localement en matière de conflit d'intérêts, qui semble inadapté aux particularités géographiques, juridiques et institutionnelles de la Nouvelle-Calédonie, la province Sud a adopté un vœu, le 2 septembre 2021, sollicitant de l'État la modification du cadre normatif actuel³.

Dans ce cadre, la province Sud a notamment sollicité que la définition juridique de la notion de conflit d'intérêts opposable aux élus des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie soit directement fixée dans la loi organique statutaire, en excluant expressément les interférences entre intérêts publics convergents (art. 1^{er}), et que les dispositions relatives au régime des incompatibilités des conseillers des assemblées de province soient actualisées, afin de lever toute incertitude juridique quant à la possibilité pour les membres des assemblées de province d'exercer librement, y compris en cours de mandat, les fonctions de représentant de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces dans les organes de directions des organismes extérieurs dans lesquels ces collectivités sont légalement représentées, dès lors que ces fonctions ne sont pas rémunérées (art. 2).

V. LA TRANSPARENCE ET LA COMMUNICATION

La délibération du 18 octobre 2022 précitée prévoit que sont rendues publiques et consultables sur le site de la province Sud⁴ :

- le montant des indemnités des élus de l'assemblée de la province Sud et les différents moyens et ressources mis à leur disposition par la collectivité;
- les données, annuellement mises à jour, relatives à la présence des élus de l'assemblée de la province Sud aux travaux institutionnels de la collectivité (réunions des commissions intérieures, séances publiques de l'assemblée de la province Sud et de son Bureau);

1 HATVP, délib. n° 2021-198 du 19 oct. 2021 relative à la demande d'avis déontologique de Madame Sonia Backès et Messieurs Paul Neaoutyine, Jacques Lalié et Roch Wamytan, voir encadré n° 1; voir la contribution de Michel Smaniotto dans cet ouvrage, et l'annexe n° 1.

2 JONC, 27 oct. 2022, p. 19621; voir annexe n° 2.

3 JONC, 14 sept. 2021, p. 13648.

4 <https://www.province-sud.nc>

- toutes les subventions votées par la province Sud avec l'indication du bénéficiaire ainsi que du montant;
- les différentes formations suivies par les élus de l'assemblée de la province Sud avec, pour chaque formation suivie, le nom de l' élu, l'intitulé, la durée et le coût de la formation, ainsi que l'organisme formateur.

Annexe 1.

Selon la lettre de son Préambule, la **charte de déontologie des élus de l'assemblée de la province Sud** « contient trois volets qui ont vocation à assurer la transparence des décisions, la moralisation des pratiques et la baisse des dépenses courantes des élus qui doit être sobre et efficiente », et elle « vise à rappeler les principes déontologiques fondamentaux devant orienter les décisions et les actes de chaque élu de la province Sud afin d'éviter les risques de fraude ou d'actes délictuels ».

Au titre des principes déontologiques, l'article 1^{er} dispose que « l' élu de l'assemblée de la province Sud exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité ». Et l'article 2 précise que « dans l'exercice de son mandat, l' élu de l'assemblée de la province Sud poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier ».

Quatre articles sont ensuite expressément consacrés à la prévention des conflits d'intérêts, qui obligent l' élu de l'assemblée provinciale notamment à :

- révéler toute situation de conflit d'intérêts avant le débat et le vote (et à s'abstenir alors de siéger, participer aux débats et voter sur l'affaire concernée);
- effectuer une série de formalités déclaratives (à la HATVP pour les élus concernés, au président de l'assemblée provinciale pour les autres);
- s'abstenir de prendre des mesures lui octroyant un avantage professionnel ou personnel futur (après son mandat);
- s'abstenir de prendre part au processus d'embauche, de renvoi, d'avancement, de promotion, de rétrogradation ou d'évaluation d'une personne qui lui serait apparentée.

La délibération n° 81-2022/APS du 18 octobre 2022 relative à la déontologie des élus de l'assemblée de la province Sud prévoit qu'un bilan de la mise en œuvre de ses différentes dispositions et de la charte sera présentée aux élus de l'assemblée de la province dans le cadre du suivi du plan stratégique de la province Sud « Vision Sud » (art. 4).

Annexe 2

Dans sa **délibération n° 2021-198 du 19 octobre 2021 relative à la demande d'avis déontologique de Madame Sonia Backès et Messieurs Paul Neaoutyine, Jacques Lalié et Roch Wamytan**, la Haute autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) souligne que « doter les institutions de la Nouvelle-Calédonie d'un recueil de bonnes pratiques à destination de l'ensemble de leurs élus constitue une initiative utile en ce qu'elle permet une approche collective et harmonisée de la déontologie au sein des collectivités publiques » (§ 2), le document proposé exprimant en outre « la volonté de concilier le respect des règles juridiques en matière de conflits d'intérêts et les caractéristiques propres du territoire et du contexte calédonien » (*ibid.*).

Sur l'étendue du risque de conflit d'intérêts, la Haute autorité rappelle que le risque déontologique existe indépendamment du contrôle des déclarations d'intérêts (auxquelles sont soumis le président et

les membres du Congrès ainsi que les présidents et vice-présidents des assemblées provinciales en vertu des art. 64 et 161 de la L. org. n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie).

Sur les conflits entre plusieurs intérêts publics, la Haute autorité retient qu'en dehors des relations entre collectivités (qui permettent par principe le cumul du mandat d'élu d'une collectivité avec celui d'élu du regroupement dont elle est membre), « la désignation des élus locaux dans des organismes extérieurs pour y représenter la collectivité est susceptible de présenter des risques de nature pénale et déontologique » (§ 6). C'est à ce titre que l'article 196 de la loi organique rend incompatible le mandat de membre d'une assemblée de province avec l'exercice de fonctions dirigeantes rémunérées au sein d'établissements publics, d'entreprises publiques nationales ou locales, de sociétés d'économie mixte (SEM) ou de groupements d'intérêts publics. La HATVP précise que « le fait de participer aux organes de gouvernance d'un organisme susceptible d'être qualifié d'entreprise au sens de l'article 432-12 du code pénal crée un risque de prise illégale d'intérêts », soulevant spécialement la situation des SEM et des sociétés publiques locales (susceptibles d'être qualifiées d'entreprises, alors même qu'en application de l'article L. 1524-5 du CGCT applicable en Nouvelle-Calédonie, un élu qui participe à une délibération relative à ce type de structure n'est pas considéré comme « intéressé à l'affaire ») et des Établissements Publics Industriels et Commerciaux (EPIC), lesquels sont présumés agir comme des entreprises privées. Est dès lors préconisé le déport de l'élu désigné pour représenter sa collectivité dans une entreprise publique locale sur les décisions portant sur cette société et les débats les précédant. La Haute autorité précise encore que lorsqu'un intérêt personnel peut être détecté, des mesures de précaution doivent être envisagées systématiquement.

Concernant les modalités pratiques de traitement des conflits d'intérêts, la HATVP note que différentes mesures sont envisagées, dans la perspective d'une approche graduée. Outre le déport, l'établissement de déclarations complémentaires d'intérêts est prévu (qui ne saurait cependant être obligatoire ou encore prévoir des sanctions en cas de non-dépôt).

Propos conclusifs

Stéphanie Damarey

Université de Lille

Interroger les atteintes à la probité et les moyens d’y répondre, tel est le sujet et l’intérêt de ce colloque organisé par l’Université de la Nouvelle-Calédonie. Mme Sabrina Lavric, qui a assuré la direction scientifique de cette journée d’étude, m’a confiée le soin d’en rédiger les propos conclusifs et je tiens à l’en remercier.

Car indéniablement, le sujet ne peut qu’intéresser l’universitaire dont les centres d’intérêt l’amènent à se préoccuper de l’efficacité de l’action publique et, en particulier, de la manière avec laquelle ceux qui sont en charge de cette action, agissent, décident, choisissent et ce faisant, ont à rendre compte de leur action. C’est l’article 15 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen qui nous oriente : la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. Et cette administration ne peut se faire que dans un cadre garantissant que la prise de décision – et derrière, les choix budgétaires qui en découlent – se réalise dans les meilleures conditions, en toute transparence quant à ses tenants et aboutissants. Il est question de probité, d’honnêteté, d’intégrité, d’incorruptibilité, de moralité, de loyauté...

En cas de transgression, lorsqu’est constatée une atteinte à la probité, il convient de vérifier que notre système permet d’y répondre.

Mme Valérie Burtet-Sarramegna a d’ailleurs soulevé la question dans son discours d’ouverture. Traiter des atteintes à la probité, est-ce un sujet inédit ou tabou? C’est assurément un sujet essentiel à la vie publique, à l’action publique afin d’en parfaire les modalités d’exercice.

Pour cerner notre sujet, M. Jean-Marie Brigant établit une cartographie des principales infractions d’atteinte à la probité, à partir du découpage retenu dans le code pénal qui vient identifier et sanctionner les « manquements au devoir de probité » : la volonté est claire, il s’agit de moraliser la vie publique. Son approche conduit à identifier l’auteur de l’acte en ce qu’il exerce une fonction publique, parce qu’il est dépositaire de l’autorité publique et/ou chargé d’une mission de service public. Cette identification est précisée à raison de l’abus de fonction qui lui est reproché dans sa dimension morale. Ainsi qu’il le relève, l’approche fonctionnelle de l’auteur de l’acte, telle qu’elle a été retenue par la jurisprudence, permet d’étendre le champ d’application des atteintes à la probité à de nombreuses personnes tandis que l’approche formelle permet d’incriminer les abus de fonction, indépendamment de tout résultat dommageable.

Ainsi saisie par le juge pénal, la probité est placée au cœur de l’action publique : la sanction pénale doit permettre de limiter les atteintes à la probité.

Mais ainsi que le démontre Mme Sabrina Lavric, les acteurs de la répression en matière d’atteinte à la probité doivent s’envisager largement, intégrer les Juridictions Inter-Régionales Spécialités (JIRS), créées en 2004, et le Parquet national financier, créé en 2013, ainsi qu’elle le rappelle, à la suite de l’affaire Cahuzac... La sanction des atteintes à la probité se caractérise ainsi par la pluralité des compétences juridictionnelles et vise à s’assurer que les faits incriminés trouvent leur « juge ». Mais cette pluralité soulève quelques difficultés, liées notamment aux moyens dont disposent les juges pour réprimer ces atteintes à la probité, moyens qui se distinguent en fonction des régimes de sanction mis en place. Ceci amène Mme Lavric à interroger l’efficacité même d’un système dans lequel prennent place plusieurs régimes dérogatoires...

Parmi les éléments de réponse, M. Christian Pasta nous apporte l'éclairage du praticien, le point de vue de l'autorité judiciaire... D'emblée, il plante le décor : « les atteintes à la probité, c'est une longue histoire d'amour entre les entrepreneurs et les décideurs publics en Nouvelle-Calédonie ». Ce constat pourrait être transposé en bien des parties du territoire français...

C'est également ce que soulignait Mme Burtet-Sarramegna dans son propos introductif, la thématique de la lutte contre les atteintes à la probité présente des particularités propres à l'outre-mer. Elle y voit plusieurs raisons tenant à la taille restreinte du pays et de sa société – ce qui peut favoriser les manquements à la probité et le risque de conflits d'intérêts, notamment dans les procédures d'attribution des marchés publics. Ce sont des explications similaires qui sont apportées par Mme Emmanuelle Gindre à propos de la Polynésie française : un territoire particulièrement vulnérable aux manquements au devoir de probité en raison de son insularité, de l'étroitesse de son tissu économique, également du développement récent d'un droit de la concurrence ; en raison de la proximité des sphères publiques et privées, des relations familiales, du clientélisme... qui pèsent sur la transparence et la confiance dans les institutions.

Explorant les cadres préventif et répressif des atteintes à la probité, Mme Gindre nous offre un panorama des plus complets, illustrations à l'appui, des dispositifs applicables à la Polynésie française et des sanctions prononcées à l'encontre des agents indéliques, en passant par le rôle joué par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, les adaptations du corpus normatif aux spécificités de ce territoire ultra-marin... ce panorama se trouve confirmé avec la jurisprudence financière. En septembre 2016, la Cour des comptes mettait un point final à une affaire de gestion de fait impliquant le président de cette collectivité et 19 autres protagonistes pour des faits d'emplois fictifs. Ces irrégularités ont conduit à la mise en débet des gestionnaires de fait pour un montant de 1,94 million d'euros, auquel se sont ajoutées des amendes pour gestion de fait – d'un montant de 97 000 euros pour Gaston Flosse. Précisons que le nouveau régime de responsabilité financière mis en place en mars 2022 évoqué par Mme Florence Bonnafoux dans le cadre de sa contribution maintient la possibilité pour un décideur public d'être sanctionné pour gestion de fait.

En pratique, c'est M. Pannier qui nous permet d'apprécier la mise en œuvre du devoir de probité en Nouvelle-Calédonie et, en particulier, à la province Sud, celle-ci développant son action afin de mieux prévenir les conflits d'intérêt. Avec la mise en place de règles relative à la déontologie des élus des assemblées des trois provinces, s'appuyant sur les éclairages apportés par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique à l'occasion, notamment, de l'élaboration d'un *vade-mecum* des bonnes pratiques en matière déontologique. Avec un objectif de transparence qui apparaît clairement avec la décision prise de rendre publiques un certain nombre d'informations relatives aux élus (informations consultables par tous sur internet) et au-delà dans la charte de déontologie soumise à la signature de chaque élu, charte qui entend assurer la transparence des décisions, moraliser les pratiques et baisser les dépenses courantes des élus.

Comme le souligne M. Pasta, « pendant longtemps [ces atteintes à la probité] ont été passées sous silence. Désormais, ces dossiers attirent les meilleurs avocats locaux et métropolitains ». Et c'est un fait, les questions de probité ont pris une acuité certaine ces dernières décennies. Certaines affaires ont particulièrement retenu l'attention et, pour le cas calédonien, M. Pasta nous rappelle les délits de favoritisme sanctionnés à l'occasion de l'affaire impliquant l'Office public des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie – avec cette problématique spécifique tenant à l'application des principes fondamentaux de la commande publique au droit des marchés publics calédoniens. Plus largement, l'avocat général interroge les modalités de prévention et de détection des atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie, pour lesquelles il regrette un manque de moyens en termes d'enquêteurs et de magistrats spécialisés, en comparaison des moyens – déjà bien pauvres – présents en métropole, redoutant également l'impact de la loi pour

la confiance de la justice dont les nouvelles garanties procédurales pourraient compliquer la lutte contre la délinquance et possiblement ruiner les efforts entrepris en Nouvelle-Calédonie pour s'assurer de la probité des agents en charge de la gestion des deniers publics.

Laissant supposer que certaines parties du territoire français méritent une attention plus soutenue, la contribution de M. Pasta trouve un écho auprès de M. Yves Dupas qui propose, « pour plus d'efficacité de la répression en matière de délinquance économique et financière, une approche globale pour le Pacifique Sud ». Évoquant le traitement judiciaire des atteintes à la probité, il tempère certes le propos en soulignant le volume de procédures limité traité en Nouvelle-Calédonie. Il apparaît intéressant de rappeler que les signalements à l'origine du déclenchement des procédures peuvent émaner de représentants de l'État, de la Chambre territoriale des comptes, de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, de l'Agence française anticorruption ou encore du monde associatif.

M. Dupas relève que, parfois réalisés sur la base des dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale, ces signalements peuvent s'opérer sur fond de rivalités politiques... Et c'est un biais certain mais nécessaire, à charge pour le juge de faire le tri et d'identifier les cas nécessitant son intervention.

Au-delà, et ainsi que la précédente énumération le laisse deviner, l'efficacité du dispositif renvoie au rôle des acteurs de lutte contre les atteintes à la probité et finalement à l'efficacité de leur action. Avant même la sanction, se pose la question de la prévention et finalement de la pédagogie dont il est possible de faire preuve pour limiter ces dérives.

L'illustration est faite avec la Haute autorité pour la transparence de la vie publique – créée également aux lendemains de l'affaire Cahuzac... Comme le souligne M. Michel Smaniotta, la Haute autorité, au-delà de ses missions qui peuvent conduire à sanctionner les acteurs publics (par exemple pour défaut de production de leur déclaration de patrimoine ou d'intérêts), fait preuve de pédagogie et a le souhait d'accompagner ces acteurs au moyen d'une diffusion, la plus large possible, d'une culture de l'intégrité : il s'agit là des aspects fondamentaux de sa mission. Elle y contribue également au moyen de ses avis dès lors qu'elle peut être saisie de toute question déontologique relative à l'exercice, par ces acteurs, de leurs fonctions, avec un objectif, développer un « réflexe déontologique » au sein de la sphère publique... plus de 200 avis déontologiques depuis la création de la Haute autorité, 5 500 appels en 2021 sur sa « hotline », service d'assistance téléphonique à la disposition des responsables publics. C'est un réel succès... L'illustration est ainsi faite que l'objectif peut également être atteint autrement que par la sanction...

Les exemples peuvent être multipliés. Alors que Mme Bonnafoux évoque, dans sa contribution, le nouveau régime de responsabilité financière des gestionnaires publics mis en place avec l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 et le nouveau rôle dévolu au juge financier, il convient de relever que ceux-là même qui sont en charge de garantir l'emploi régulier des fonds publics, les magistrats financiers, sont eux-mêmes tenus par des règles déontologiques. Là également, il peut être constaté une certaine effervescence sur ces dernières années, preuve de l'intérêt porté à la question de la probité des agents, de tous les agents publics. Et cela concerne également ceux-là mêmes qui sont chargés de garantir cette probité. Ainsi à propos des magistrats financiers : le collège de déontologie des juridictions financières constatait, dans son rapport 2019-2020, « la diversification accrue des auteurs et des motifs de saisine, (attestant) d'une sensibilité grandissante des personnels des juridictions financières, à la Cour comme dans les chambres régionales et territoriales des comptes, aux questions déontologiques »¹.

¹ Rapport d'activité 2019-2020 adopté par le collège le 17 déc. 2021, p. 23, <https://www.ccomptes.fr>.

C'est également sur cet aspect des missions confiées à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique que M. Smaniotto met l'accent à la fin de sa contribution, évoquant les demandes d'avis adressées à la Haute autorité, les problématiques déontologiques variées sur lesquels ces derniers portent et le fait que la sollicitation préalable de la Haute autorité ait permis, dans certains cas, de prévenir des risques d'ordre déontologique voire pénal. Précisant que les administrations sont autorisées à saisir pour avis la Haute autorité, il regrette que cette faculté de saisine soit peu connue des administrations, alors qu'elle permettrait de concourir à la prévention des risques dans la fonction publique. Et sa conclusion est importante, M. Smaniotto rappelle que moins de 1 % des contrôles de la Haute autorité aboutit à une transmission au parquet. Il rappelle que la Haute autorité a indéniablement contribué à consolider le lien de confiance au fondement de notre contrat social, renforçant les exigences d'intégrité et de probité à l'égard de celles et ceux qui sont investis d'un mandat électif public ou d'une mission de service public. Et c'est un essentiel. Chacun jouant sa partition, juges et autorités administratives avec un objectif commun : clarifier le rôle des acteurs de la gestion publique, en particulier lorsqu'est en jeu l'emploi de fonds publics.

Nous évoquions à l'instant l'importante contribution de Mme Bonnafoux consacrée à la mise en place du nouveau régime de responsabilité financière unifié des gestionnaires publics. Il convient de préciser le propos – d'autant plus alors que M. Blaisot a appelé de ses vœux à un renforcement de la justice financière. Certes, celui-ci ne ciblait pas en particulier la Cour des comptes, mais il est nécessaire de souligner l'importance de la mission confiée à cette dernière. Mme Bonnafoux interroge l'apport de ce nouveau régime de responsabilité financière à la lutte contre les atteintes à la probité. Indiscutablement, il est essentiel : en complément du régime d'infractions susceptibles de sanctions pénales, « le maintien de l'ordre public financier justifie l'existence d'un régime infra-pénal qui permet de sanctionner la faute de gestion même en l'absence d'intentionnalité ou d'élément moral ».

Mme Bonnafoux salue un nouvel outil au service de la lutte contre les atteintes à la probité – d'autant plus nécessaire que ce territoire ultra-marin se situe en 3^e position, après la Corse et la Guadeloupe dans le classement des condamnations pénales pour atteinte à la probité. L'explication est similaire à celle énoncée par Mme Burtet-Sarramegna dès les propos introductifs de cette journée d'étude : « le contexte insulaire, la taille limitée de l'économie et la porosité entre le secteur public et le secteur privé sont de nature à créer un risque accru d'atteinte à la probité ».

Les contrôles menés par les chambres régionales et territoriales des comptes sont ainsi présentés comme un vecteur important pour détecter des atteintes à la probité, que le juge financier peut être amené à sanctionner selon un « régime administratif répressif infra-pénal » ciblant des « irrégularités ne relevant pas des manquements au devoir de probité sanctionnés par le code pénal mais relevant de l'atteinte à l'ordre public financier ». La difficulté tient, très certainement, à la concurrence des procédures contentieuses que les juges doivent gérer en application du principe *non bis in idem*. Sous cette réserve, les juges pénal et financier se présentent comme des gardiens indispensables dans cette lutte contre les atteintes à la probité. Il faut toutefois relativiser le propos. En effet, la réforme de 2022 a supprimé les compétences juridictionnelles des chambres régionales des comptes – et à terme, des chambres territoriales des comptes, éloignant ainsi le justiciable du juge financier, alors qu'elles avaient justement été créées en 1982 pour rapprocher le justiciable de son juge... Ce faisant, la question se pose de la capacité pour la Cour des comptes à rendre un nombre de décisions suffisant, de nature à garantir cet ordre public financier. Au-delà, c'est le cadre juridique mis en place par cette ordonnance qui interroge les capacités du juge financier à sanctionner, de manière effective, les atteintes constatées à l'ordre public financier. Nous rejoignons toutefois Mme Bonnafoux dans

sa conclusion : il convient de mettre en place les outils nécessaires à la préservation de l'ordre public financier, lequel doit être le reflet de la confiance des citoyens dans nos institutions.

Le rôle des associations ne doit pas non plus être négligé. C'est ce que souligne M. Thierry Blaisot, représentant de l'association Anticor dont l'objet, comme son nom le laisse deviner, cible les cas de corruption, ce qui conduit, plus globalement, à prévenir, rechercher et obtenir la cessation des atteintes à la probité. Très clairement, il s'agit « d'écarter de la vie publique les responsables politiques qui déméritent et de promouvoir une culture de l'exemplarité ». Pour atteindre cet objectif, l'association Anticor a la possibilité d'intenter une action en justice. Elle n'y est autorisée que parce qu'elle dispose d'un agrément délivré par le ministère de la justice. M. Blaisot le soulignait dans sa contribution, cet agrément est une arme certes mais une arme fragile : l'agrément doit, en effet, être renouvelé tous les trois ans. Et il témoigne des difficultés rencontrées par l'association pour obtenir ce renouvellement. D'ailleurs, l'actualité le confirme, ce renouvellement ayant été très récemment refusé².

Sous cette réserve, il apparaît essentiel que, dans une société démocratique, les citoyens rassemblés sous un format associatif puissent s'assurer de la probité de leurs décideurs publics. M. Blaisot, exemples à l'appui, le démontre parfaitement : la corruption, le défaut de probité représentent un coût pour la collectivité publique. Des surfacturations, des fonds détournés... autant d'argent public qui ne peut être consacré aux services publics qui en ont le plus besoin. Alors que la ressource publique se fait rare et difficile, il est indispensable de s'assurer que ceux-là mêmes qui sont en charge de l'emploi des fonds publics agissent en toute indépendance et intégrité. Le propos peut apparaître, par certains aspects, profondément naïf tant les rouages de la machine publique apparaissent complexes, biaisés par le poids des lobbies et l'entre-soi. C'est clairement le signe d'une démocratie malade. Comme M. Blaisot le souligne, notre démocratie est « sous influences » et ce sont ces influences qu'il convient de combattre autant que possible. Pour ce faire, le rôle de chacun, du juge au citoyen, en passant par l'autorité administrative, est essentiel. Les contributions à cette journée d'étude en témoignent, elles démontrent toute la difficulté de l'entreprise et renvoient aux responsabilités de chacun.

² NDLR : Le 23 juin 2023, l'association Anticor a vu son agrément annulé (TA Paris, 23 juin 2023, n°2111821/6-1; confirmé par CAA Paris, 16 nov. 2023, n°23PA03811). Et par une décision implicite de refus en date du 26 décembre 2023, le gouvernement n'a pas souhaité renouveler l'agrément de l'association.

Seules presses universitaires francophones du Pacifique, et les toutes premières du monde outre-mer francophone, les Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie (PUNC) ont vocation à contribuer à l'édition d'ouvrages et de revues à caractère scientifique. Elles sont un outil de diffusion et de promotion de travaux de recherche – notamment conduits à l'université de la Nouvelle-Calédonie – qui présentent un intérêt pour la Nouvelle-Calédonie et au-delà pour l'Océanie. Elles entendent également favoriser l'accès en Nouvelle-Calédonie à des ouvrages de référence à partir d'une politique de traduction et de réédition. Les PUNC ont, par ailleurs, pour ambition de faire connaître la recherche francophone au sein de la région Pacifique et au-delà par la mise en place d'une politique de communication bilingue et de coéditions.

La collection LARJE, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique, est l'une des quatre collections que compte aujourd'hui les PUNC.

Cette collection entend valoriser des travaux de recherche originaux portant sur la Nouvelle-Calédonie et son environnement régional, notamment à partir des axes de recherche identifiés au sein de l'équipe du LARJE, rattachée à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, ou encore de ceux du Consortium pour la Recherche, l'Enseignement Supérieur et l'Innovation en Nouvelle-Calédonie (CRESICA) ou du Pacific Islands Universities Research Network (PIURN).

Elle a pour ambition de favoriser l'édition et la diffusion de travaux prenant notamment en compte un facteur majeur du Pacifique Sud, le multiculturalisme, qui impacte les règles normatives, l'économie autant que la gestion.

Dans le domaine du droit, en relation au multiculturalisme, le pluralisme juridique est un des thèmes majeurs mis en lumière dans cette collection car il suppose de repenser en permanence les modèles de création, d'intégration ou d'articulation des normes, comme il influe sur la place et le rôle respectifs des institutions locales et de l'État dans une région (Pacifique Sud) où coexistent différents modèles de gouvernance.

Les travaux en économie concernent prioritairement la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna, ainsi que leur environnement régional. Les axes majeurs de ces recherches sont les ressources (actuelles et futures), le développement durable, le rééquilibrage économique, social et humain, ainsi que les modèles de développement dans des contextes d'éloignement ou d'émancipation vis-à-vis de la métropole.

Dans le domaine de la gestion, les axes de recherche portent essentiellement sur l'impact du multiculturalisme au niveau du management des ressources humaines, plus généralement sur la recherche d'outils d'intermédiation entre les modèles océaniques et internationaux.

Les PUNC : <https://unc.nc/recherche/presses-universitaires/presentation/>

- Directrice : Véronique FILLOL
- Responsable éditoriale et coordinatrice : Françoise Cayrol
- Directeur de la collection LARJE : Samuel Gorohouna

Popai est un prix littéraire initié par madame Déwé Gorodey, alors vice-présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et attribué dans le cadre du SILO. Véritable gage de qualité pour les livres primés, les prix sont attribués par un jury de professionnels du livre et de la culture.



COLLECTION LIRE



*L'école calédonienne
du destin commun*
Stéphane Minvielle (dir.), 2018



*Langues et Cultures Océaniques,
École et Famille : Regards croisés*
Rodica Ailincăi et Séverine Ferrière (dir.),
2021

COLLECTION LARJE



*Quelle insertion économique
régionale pour les territoires français
du Pacifique ?*
Gaël Lagadec (dir.), Jérémy Ellero,
Étienne Farvaque, 2016



*L'indépendance des universités
en Nouvelle-Calédonie*
Mathias Chauchat (dir.), 2017



*Le droit de la santé
en Nouvelle-Calédonie :
de la médecine traditionnelle
à la bioéthique*
Guylène Nicolas (dir.), 2017



*La coutume kanak
dans le pluralisme juridique
calédonien*
Étienne Cornut et Pascale Deumier (dir.),
2018



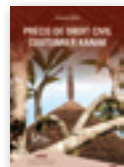
*L'avenir institutionnel
de la Nouvelle-Calédonie*
Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat,
Géraldine Giraudeau,
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat et
Catherine Ris (dir.), 2018



*La Nouvelle-Calédonie face
à la crise des finances publiques*
Manuel Tirard (dir.), 2019



*Quelle économie pour la
Nouvelle-Calédonie
après la période référendaire ?*
Samuel Gorohouna (dir.), 2019



*Précis de droit civil coutumier kanak
(4e édition) avec un lexique coutumier
et un lexique des « faux-amis »*
Antoine Leca, en coédition avec les Presses
Universitaires
d'Aix-Marseille (PUAM), 2019



*L'identité et le droit.
Perspectives calédoniennes, nationales
et internationales*
Christine Bidaud (dir.), 2020



Les enjeux territoriaux du Pacifique
Géraldine Giraudeau (dir.), 2021



Understanding New Caledonia
Caroline Gravelat (dir.), 2021



*Quel droit pour les entreprises
en Nouvelle-Calédonie ?*
Matthieu Buchberger (dir.), 2021



*La fonction publique
dans le Pacifique Sud*
Charles Froger, 2023



*La lutte contre les atteintes à la probité
en Nouvelle-Calédonie*
Sabrina Lavric, 2024

COLLECTION LA-NI



*Du quartier au Pays,
Sociabilités pluriculturelles
et appartenance
en Nouvelle-Calédonie*
Benoît Carteron, 2020



*Uane nore nodei lanengoc
Penser les langues
Thinking about languages
COOL 11*
Anne-Laure Dotte, Stéphanie Geneix-Rabault
et Suzie Bearune, 2022



*Sous le ciel de l'exil
Autobiographie poétique
de Marius Julien, forçat
de Nouvelle-Calédonie*
Gwénael Murphy, Louis Lagarde,
Eddy Banaré, avec la contribution
d'Aurélia Rabah Ben Aïssa, 2020



COLLECTION RÉSONANCES



*Le réveil kanak
La montée du nationalisme
en Nouvelle-Calédonie*
David Chappell, 2017 (Coédition avec les
éditions Madrépores)



*Violences réelles
et violences imaginées*
Adrian Muckle, 2018



*La ficelle et le cerf-volant
Les frontières de la différence dans une
société kanak de Nouvelle-Calédonie*
Anna Painsi, 2022

COLLECTION CRESICA



*Au fil de l'eau
Nouméa 2019*
Workshop des 17 et
18 septembre, 2020



*Biodiversité, un besoin urgent d'action
en océanie*
Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2020

*Biodiversity, a pressing
need for action in oceania*
Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2019

CO-ÉDITIONS – HORS COLLECTION



Vivre le métissage
Raina Chaussoy, 2022

NOS ÉDITIONS, NOTRE RAYONNEMENT SCIENTIFIQUE



**Les presses universitaires
de Nouvelle-Calédonie :**

- Actes de colloques
- Monographies
- Revues scientifiques
- Manuels pédagogiques
- Traductions d'ouvrages de référence
sur la Nouvelle-Calédonie

Unc
UNIVERSITÉ
de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

Punc
PRESSES UNIVERSITAIRES
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES À LA PROBITÉ

Journée d'étude du 20 mai 2022, Université de la Nouvelle-Calédonie

Sous la direction de Sabrina Lavric

Tout agent public, sans distinction, a une obligation de probité. Il doit exercer ses fonctions avec intégrité, honnêteté, désintéressement et ne pas poursuivre un intérêt personnel dans le cadre du service. La thématique de la lutte contre les atteintes à la probité présente cependant des particularités propres à l'Outre-mer, à la Nouvelle-Calédonie notamment. Cet ouvrage vise à explorer les différentes facettes de la lutte contre les atteintes à la probité, en croisant les regards des acteurs engagés sur les questions liées à la détection, à la poursuite, à la sanction, et aussi à la prévention de ce type de comportements. Il rend compte de la journée d'étude qui s'est tenue le 20 mai 2022, à l'université de la Nouvelle-Calédonie, et des interventions d'universitaires et de magistrats administratifs, judiciaires et financiers, ainsi que de représentants des collectivités et d'institutions de la Nouvelle-Calédonie. Il est enrichi d'une synthèse rédigée par une éminente spécialiste des finances publiques, professeure agrégée des universités, et d'une préface signée par l'ancien directeur général de la cellule de renseignement financier Tracfin, désormais procureur général près la cour d'appel de Nouméa.



ISBN : 979-10-91032-30-8



9 791091 032308