

I N T E R C O M M U N A L I T É S
droit

DIDIER SEBAN

Avocat associé fondateur du cabinet Seban



MICHAËL GOUPIL

Avocat associé Of Counsel

La pénalisation de la vie publique locale

Didier Seban, avocat associé fondateur du cabinet Seban, et Michaël Goupil avocat associé of Counsel pointent les excès d'une pénalisation excessive de la vie publique.

TRIBUNE

Le prétoire d'une juridiction pénale n'est ni l'annexe de la mairie, ni la salle délocalisée du conseil d'administration d'une entreprise publique locale ! Il ne peut être le lieu où se décident, se gèrent ou s'organisent la vie publique et les politiques publiques.

À chacun son rôle !

Pourtant, nous connaissons une immixtion croissante du juge pénal dans la gestion des collectivités et, par suite, dans le processus de décision locale. Le problème n'est pas nouveau, ce que souligne la loi encore en vigueur des 16 et 24 août 1790 qui interdit aux tribunaux « à peine de forfaiture » de « troubler les opérations des corps administratifs »

La pénalisation de la vie publique locale s'inscrit dans le phénomène socio-institutionnel plus large de judiciarisation de la vie publique. Le rapport d'information du Sénat du 29 mars 2022¹ en donne cette définition : « Elle consiste à rechercher la responsabilité pénale des élus ou des membres du Gouvernement pour des faits qui auraient autrefois donné lieu à une mise en cause de leur responsabilité politique ou à un contrôle par le juge administratif »².

Mais si ce phénomène inquiète pour son effet sclérosant de la vie des affaires publiques, il trouve sa philosophie : protéger l'argent public et les institutions !

Pour autant, tout n'est qu'une question de méthode. Chacun comprendra qu'il existe une réelle et évidente différence entre la crapulerie politique et l'erreur imprudente

« La pénalisation de la vie publique locale s'inscrit dans le phénomène de judiciarisation de la vie publique »

de gestion. Mais l'argent public a peut-être aujourd'hui cette dimension qui induit désormais de réserver nécessairement, au décideur public qui se trompe, le même sort qu'à celui qui s'enrichit indûment ! Ce n'était du reste pas l'avis de Philippe Seguin, premier président de la Cour des comptes, en 2005³.

Cette tribune veut surligner – par trois exemples bien choisis – les manifestations et les effets, pour en dénoncer les excès ! N'est-ce pas le rôle de tout avocat d'être un empêcheur de tourner en rond ! Aussi et nous le soutiendrons toujours : imprudence n'est pas malhonnêteté !

La pénalisation des marchés publics

Le délit d'octroi d'avantages injustifiés, encore dit de « favoritisme » (article 432-14 du Code pénal), sanctionne les violations de la réglementation applicable aux marchés publics protégeant la libre concurrence et l'égalité entre les candidats. Comme tout délit (principe inhérent de l'article 121-3 du Code pénal), il suppose un élément intentionnel. Mais la

Cour de cassation refuse de considérer que cet élément résulte de « l'intention de favoriser une entreprise »⁴. Elle se positionne, à l'égard des décideurs publics, sur une présomption de connaissance de la loi et par suite de leur volonté de méconnaître les dispositions légales ou réglementaires protectrices de la concurrence !

Ainsi, un juge dissident qui relaxerait des élus au motif que le dossier ne ferait pas ressortir une intention délibérée et frauduleuse d'évincer un candidat pour privilégier un autre, serait *infirmé* ou *cassé*⁵. C'est donc que la seule erreur dans l'application du droit des marchés publics est *a priori* punissable pénalement, sauf pour l'élu de démontrer qu'il aura commis une *erreur de droit* (quasiment impossible en pratique tant les critères juridiques tenant à ce *fait justificatif* sont strictes).

Le juge pénal s'érige ainsi en juge de la validité d'un contrat administratif ; or il existe déjà un juge à cet effet : le juge administratif.

Le conflit d'intérêts pénal

Ce deuxième exemple montre l'effet sclérosant du phénomène sur le monde des affaires publiques. Deux récentes lois (n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 dite « CIJ » et n° 2022-217 du 21 février 2022 dite « 3DS ») ont réformé le délit de prise illégale d'intérêts (article 432-12 du Code pénal). Pour mémoire, ce délit sanctionne pénalement l'interférence, sur le chef d'un agent public, entre des intérêts distincts (public-privé ou public-public).

La première loi, qui voulait en redéfinir les contours, s'apparente à un échec au dernier état de son interprétation par le juge pénal. La seconde dépenalise partiellement le conflit d'intérêt public-public.

En revisitant la notion d'*intérêt* pour retenir non plus un *intérêt quelconque* (embrassant un large panel de situations auxquelles bon nombre d'acteurs publics en toute bonne foi n'avaient jamais songé) un *intérêt qualifié* de nature à « *compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité* », le législateur a voulu limiter le champ d'application du délit.

Or selon l'interprétation donnée par la Cour de cassation des intentions du législateur (*Crim.*, 5 avril 2023, n° 21-87.217), la réforme de 2021 n'aurait de jure rien changé : intérêt quelconque = intérêt qualifié !

Ainsi, pour échapper au spectre du juge pénal, l'agent public – y compris dans le doute – se déportera ou supprimera son intérêt ! Tout un pan de l'activité économique publique se trouve donc sclérosé par l'immixtion du juge pénal dans l'application d'un texte que le législateur voulait pourtant plus restrictif.

Le détournement de fonds publics

Les emplois de cabinet sont définis, en l'état⁶, par un faisceau d'indices contribuant à établir le caractère politique des fonctions confiées à ces agents.

Telle une mode impulsée par les chambres régionales des comptes, le régime des emplois de cabinet constitue le nouveau terrain de prédilection du juge pénal – surtout du Parquet national financier – au titre de l'article 432-15 du Code pénal. Initialement pensé pour sanctionner l'écu malhonnête, le détournement de fonds est désormais utilisé pour s'immiscer dans l'organisation ou la structuration même des services d'une collectivité.

La 32^e chambre du tribunal correctionnel de Paris a considéré qu'il existait un détournement lorsque les exécutifs locaux utilisaient des emplois « administratifs » soit à des fins étrangères à leur finalité initiale, soit à des fins « politiques », visant par là les emplois qui en substance présentaient (même sans exclusivité) une très grande proximité avec leur action politique. Fasse que le juge pénal ne considère jamais un directeur général des Services comme devant être pénalement requalifié en emploi de cabinet !

Par suite, et alors que la notion d'emploi de cabinet n'est nulle part définie dans les textes, le juge pénal s'est arrogé la prérogative d'invalider l'organisation interne d'un département dont l'objectif en pratique était – non pas de créer des emplois de complaisance, ce qu'un juge pénal a le devoir de sanctionner –, mais des emplois réels apportant directement aux élus une aide à leur décision.

Or il existe déjà un juge pour sanctionner une organisation institutionnelle qui ne serait pas conforme aux lois ou aux règlements : le juge administratif et/ou le juge des comptes.

Pour conclure, ces trois exemples montrent pleinement le glissement croissant de la responsabilité pénale sur des terrains qui ne sont pas les siens, à savoir la responsabilité administrative, financière, voire politique, des décideurs publics.

Les multiples procédures induites par cette pénalisation excessive sapent la confiance des citoyens en leurs élus et créent les conditions d'une mise en danger des institutions républicaines.

Partageons dès lors pleinement les conclusions du rapport du Sénat précité : afin d'éviter les écueils du « *tout pénal* »⁷, il appartient à notre législateur d'améliorer « *la qualité de la production normative* », « *d'ouvrir de nouveaux espaces de dialogue avec les juridictions dans le respect de leur indépendance* » et « *de les inciter à l'autorégulation afin qu'elles exercent leur pouvoir avec retenue* ». ●

**DIDIER SEBAN, ASSOCIÉ FONDATEUR
MICHAËL GOUPIL, OF COUNSEL**

¹ <https://www.senat.fr/rap/r21-592/r21-5922.html#toc58>

² Ajoutons « *par le juge financier* » (depuis la réforme de la responsabilité financière des décideurs publics du 1^{er} janvier 2023)

³ Discours de clôture d'avril 2005 du colloque « *Finances publiques et Responsabilité – l'autre réforme* » – <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/O5colloquePP.pdf> – : « *Ne nous voilons pas la face, en effet. Il existe aujourd'hui un risque réel de pénalisation de la vie publique et administrative : ce risque se nourrit, précisément, du sentiment général qui prévaut, et pas toujours à tort, qu'il n'est pas d'autre moyen de mettre en cause ceux qui gèrent l'argent public. Or une pénalisation accrue des finances publiques ne saurait être souhaitée par personne : elle ajouterait au discrédit de la vie publique et administrative, et elle risquerait, pour le coup, d'entraîner un comportement excessivement prudent des décideurs publics face à un risque pénal vécu comme omniprésent, ce qui nuirait à coup sûr tant à la liberté qu'à la qualité de la gestion. (...) S'il existait un système de sanctions administratives couvrant de façon efficace un certain nombre d'erreurs et de fautes liées à la gestion publique, le risque de pénalisation pourrait être largement réduit.* »

⁴ *Crim.*, 29 juin 2005, n° 00-84.602

⁵ *Crim.*, 14 décembre 2011, n° 11-82.854

⁶ CE, 26 janvier 2011, n° 329237 ; CRC IDF, Rapp. d'observations définitives, Région Île-de-France, Exercices 2014 et suivants, p. 71 et s. ; CRC IDF, Rapp. Obs. déf., Département du Val-de-Marne, Exercices 2010 et suivants, p. 78 et s. ; CRC PACA, Rapp. Obs. déf., Région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Exercices 2015 et s., p. 50 ; CRC PACA, Rapp. Obs. déf., Exercices 2016 et suivants, p. 38 ; TJ Paris, 32 ch., 29 mars 2023.

⁷ Propos de Philippe Seguin, in Discours de clôture d'avril 2005, *ibid.* : « *Entre le "rien" inacceptable par l'opinion publique et le "tout pénal", il y a une place pour les juridictions financières.* »

**« Les multiples
procédures
induites par cette
pénalisation
excessive sapent
la confiance des
citoyens en leurs
élus »**