



30.10.2014

Pour l'exemplarité de la vie publique.

Note à la Haute Autorité de transparence de la vie publique

L'objectif de la mission confiée au Président de la HATVP sur l'exemplarité des responsables publics est de dresser un bilan de la législation actuelle en la matière, et de formuler, le cas échéant, des recommandations.

Ces recommandations reposeront sur une première évaluation de la mise en œuvre des lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique.

En outre, il s'agit de développer une analyse transversale qui tentera d'embrasser l'ensemble des facteurs qui peuvent interroger la confiance des citoyens envers leurs responsables publics, qu'ils soient élus ou candidats au suffrage universel, fonctionnaires ou magistrats. Pourraient être ainsi concernés tant les aspects préventifs, ayant trait, par exemple, à la prévention des conflits d'intérêts ou à l'encadrement des représentants d'intérêts, que les dispositifs répressifs sanctionnant les atteintes à la probité.

Anticor a été créée pour porter et transmettre la conviction que l'on ne doit pas renoncer à réhabiliter l'honnêteté en politique, même si une poignée d'élus confondent leurs intérêts privés et l'intérêt général. Sauvegarder le pacte républicain signifie pour Anticor exiger cette probité, condition première pour établir le rapport de confiance qui devrait exister entre les citoyens et leurs représentants, politiques et administratifs. Les propositions suivantes d'inscrivent dans la ligne du plaidoyer que l'association a notamment porté devant le législateur en 2013, lors des auditions préparatoires aux débats sur les lois relatives à la transparence de la vie publique et relatives à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière.

Anticor développe des propositions concrètes, sans tendre à l'exhaustivité. Une partie de ces propositions est partagée par d'autres associations. Elles sont aussi développées notamment dans les rapports du GRECO, du SCPC, de l'Union européenne, de l'OCDE. Toutes ces propositions n'ont toutefois de sens que si elles s'inscrivent dans une stratégie globale, portée par une volonté politique.

I- Une stratégie de prévention

1. Une exigence de probité minimale pour les candidats à une élection

La probité des représentants du peuple doit être au-dessus de tout soupçon. Le statut de la fonction publique prévoit que "*nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire, le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions*". S'agissant des candidats à une fonction élective, l'exigence pourrait être limitée à l'absence de condamnation pour une liste d'infractions à la probité publique :

- 1° Les infractions traduisant un manquement au devoir de probité, réprimées aux articles 432-10 à 432-15 du code pénal ;
- 2° Les infractions de corruption et trafic d'influence, réprimées aux articles 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-1 à 435-10 et 445-1 à 445-2-1 du même code ;
- 3° Les infractions de recel ou de blanchiment, réprimées aux articles 321-1, 321-2, 324-1 et 324-2 dudit code, du produit, des revenus ou des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° et 2° du présent article ;
- 4° Les infractions réprimées aux articles L. 106 à L. 109 du code électoral.
- 5° les infractions fiscales.

Il ne s'agit pas d'une peine mais d'une condition d'aptitude, comparable à celle exigée des futurs fonctionnaires ou magistrats¹.

Cette mesure est exclusive de la peine d'inéligibilité, qui sanctionne les agissements délictuels d'un élu.

2. Une protection effective pour les lanceurs d'alerte

La protection des lanceurs d'alerte a été améliorée dans les lois sur la transparence et la fraude. Mais il s'agit d'une protection *a posteriori* qui impose de faire la preuve devant une juridiction du lien entre une mesure de rétorsion et la divulgation d'une infraction.

Ainsi le droit d'alerte est reconnu. Il est même essentiel pour que les institutions se saisissent d'une information qui leur est difficilement accessible. Mais les lanceurs d'alerte demeurent vulnérables. C'est pourquoi les conditions d'une protection effective doivent être réunies.

En premier lieu, les textes doivent être clairs. Ainsi, au Royaume-Uni, la législation, adoptée en 1998, protège, de façon très générale, les acteurs publics et privés qui signalent des infractions (dont le champ est large), des risques pour la santé et l'environnement ou encore des éléments permettant d'établir ou de prévenir des erreurs judiciaires. La protection est acquise si le lanceur d'alerte peut raisonnablement considérer que la divulgation est d'intérêt général. La loi prévoit des dispositions contre le licenciement abusif, un aménagement de la charge de la preuve en cas de procès, ainsi que la possibilité d'être indemnisé dans la limite de cinq millions de livres.

¹ Le Conseil constitutionnel a admis la condition de "bonne moralité" pour les candidats (2012-278 QPC)

Le Canada connaît une législation comparable pour le secteur public : la loi de protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, promulguée en 2005.

En deuxième lieu, les lanceurs d'alerte doivent être en mesure de s'adresser interlocuteur sûr et clairement identifié. La mise en place de dispositifs d'alerte opérationnels est généralement accompagnée de la nomination dans les organisations d'un référent ou déontologue qui peut recueillir les signalements en toute confidentialité. Au Royaume-Uni, la loi comporte aussi une liste de personnes ou d'autorités auxquelles le lanceur d'alerte peut s'adresser, à défaut de son employeur.

De même, au Canada, les agents publics peuvent s'adresser à leur superviseur ou à l'agent supérieur en matière de divulgation d'actes répréhensibles désigné de leur administration. Ils peuvent aussi faire une divulgation protégée à un tiers indépendant, le commissaire à l'intégrité du secteur public. La divulgation peut être confidentielle.

En troisième lieu, la rétorsion contre le lanceur d'alerte doit être sanctionnées. Au Canada, le commissaire à l'intégrité peut saisir le tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs. Cet organisme indépendant, où siègent des juges de la Cour fédérale, peut décider de mesures de réparation, ainsi que de sanctions disciplinaires et financière à l'encontre des auteurs de représailles. Aux Etats-Unis, la loi Sarbanes-Oxley prévoit des peines d'amende ou d'emprisonnement pour des représailles à l'encontre d'un lanceur d'alerte qui a fourni des éléments d'informations véridiques sur la commission d'infractions aux autorités chargées d'assurer leur respect.²

3. Une réglementation stricte du lobbysme

Le lobbysme peut aisément dériver vers le trafic d'influence. La prévention de cette infraction impose un encadrement strict du lobbysme.

Les activités de lobbysme et de représentation d'intérêts comportent des risques évidents, d'autant plus élevés que les intérêts en cause sont puissants. Les lobbysmes exerçant au Parlement doivent s'enregistrer et de respecter un code de conduite.

Mais le lobbysme ne se limite pas au parlement. Au Canada, un commissariat au lobbysme a été créé en juillet 2008. Le commissaire est un agent indépendant nommé par les deux chambres du Parlement pour un mandat de sept ans. La loi a pour objet d'assurer la transparence et l'imputabilité des activités de lobbying auprès des titulaires d'une charge publique. Le commissaire a pour fonction, notamment :

- de gérer le Registre des lobbysmes qui contient et rend public les renseignements divulgués par les lobbysmes;

² Pour un exposé complet en droit comparé : *Rapport du Service central de prévention de la corruption*, 2011; La documentation française

- d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes de sensibilisation du public aux exigences de la loi;
- d'effectuer des examens et des enquêtes destinés à assurer l'application de la loi et du Code de déontologie des lobbyistes

De même, l'OCDE a adopté en janvier 2010 "dix principes pour la transparence et l'intégrité des activités de lobbying" pour favoriser une culture d'intégrité dans les organismes publics et dans la prise de décision publique.

4. Mettre effectivement fin aux cumuls.

La loi du 14 février 2014 constitue une avancée certaine. Le cumul résume les travers de la démocratie, la professionnalisation de la politique qui conduit à l'ivresse des cimes et à l'addiction au pouvoir. Cette réforme doit aujourd'hui être achevée :

- d'une part, en limitant le nombre de mandat dans le temps à deux mandats successifs, avec un tempérament pour les communes de moins de 3500 habitants ;
- d'autre part, en interdisant le cumul des rémunération pour toutes les fonctions électives à plein temps. Pour certaines activités limitativement énumérées, pour lesquelles la pratique continue est essentielle (médecins...) les revenus annexes pourraient être plafonnés à 50% du montant de l'indemnité. Il est évident que, lorsque des élus sont plus rémunérés dans leurs activités annexes qui pour l'exercice de leur fonction, c'est leur mandat qui devient une activité annexe.

5. Contrôler l'indemnité représentative de frais de mandat.

Il est normal qu'un parlementaire dispose de moyens pour l'exercice de ses fonctions. Mais il ne saurait être dispensé de rendre compte de l'usage des fonds dont il dispose.

L'indemnité représentative de frais de mandats représente 385000 € nets pour un mandat de député de cinq ans. La seule limite imposée par la loi est que cette indemnité ne peut servir à financer une campagne électorale. Il est notoire que certains parlementaires utilisent ces sommes à des fins privées, non liées au mandat.

Les mesures nécessaires doivent être prises pour que les parlementaires justifient par des factures la bonne utilisation à des fins professionnelles de leur Indemnité représentative des frais de mandat, comme doivent le faire tous les salariés du privé ou du public en matière de frais professionnels³.

³ Anticor s'est associé à la pétition citoyenne pour la transparence de l'indemnité des parlementaires, qui a recueilli près de 180000 signatures.

6. Supprimer la réserve parlementaire.

La réserve parlementaire est constituée de fonds gérés par les ministères, dont l'attribution est laissée à la discrétion des députés et sénateurs. Elle s'élève à 150 millions d'euros (90 millions pour l'Assemblée nationale et 60 pour le Sénat.

Depuis 2013, la loi impose que la liste des bénéficiaires et des montants alloués soit rendue publique. Mais les risques de dérives demeurent, qui résultent d'un système archaïque et encore très opaque.

Le parlementaire a pour mission de légiférer, et non de distribuer des subsides.

7. Transparence du recrutement et de la promotion des agents publics locaux.

Près des deux tiers des 36 497 recrutements externes effectués en 2011 par les collectivités locales et les Etablissements Publics de Coopération Intercommunale ont été effectués sans concours (agents contractuels et agents de la catégorie C). Le recrutement des agents de catégorie C est discrétionnaire avec un risque élevé de clientélisme. Le recrutement de contractuels s'effectue souvent dans des conditions de transparence médiocres (publicité des vacances de postes éludée ou réduite au strict minimum, motivation du recrutement faiblement développée). Dans un contexte de crise sur le marché de l'emploi, ces recrutements sont susceptibles de donner lieu à contrepartie matérielle (services) ou morale (engagement politique). »

La bourse interministérielle de l'emploi public ne concerne pas, à l'heure actuelle, la fonction publique territoriale. Or, la transparence dans le recrutement des agents territoriaux est un élément important pour limiter le risque de dépendance clientéliste au sein du personnel des collectivités et de leurs groupements et de création d'un climat de connivence favorable à la commission d'atteintes à la probité. Il en va de même de la transparence des promotions.

C'est pourquoi il conviendrait notamment :

- d'améliorer la transparence du recrutement et de la promotion des agents en créant un portail national unique de l'emploi public local ;
- d'élaborer un statut protecteur pour les directeurs généraux des services, apparenté à celui des directeurs d'hôpitaux ou des directeurs d'offices publics d'HLM⁴

8. Transparence et contrôle du financement de la vie politique

Après de nombreuses lois sur le financement de la vie politique, l'objectif de réduction du poids de l'argent et des dérives qui en résultent n'a pas été atteint.

⁴ Ces propositions reprennent l'analyse du SCPC dans son rapport pour 2013.

Mais il ne saurait y avoir d'exemplarité du personnel politique sans transparence et contrôle des financements politiques, d'autant plus que ceux-ci relèvent, directement ou indirectement, de l'argent public.

La réforme du financement de la vie politique a été abordé à la marge par la loi sur la transparence. Cette législation devrait être complétée, notamment :

- par la lutte contre les abus liés aux micro partis. 400 formations politiques ont déposé des comptes pour l'exercice comptable 2014. La plupart de ces partis ne présentent aucun candidat, et ne servent qu'à détourner les lois sur le financement;
- en définissant le périmètre d'activité et de consolidation des comptes des partis, qui ont tout pouvoir pour établir des liens avec une fondation, une société, une section locale, qui parfois financent des sondages, des dépenses de propagande, voire les salariés du parti lui-même. Des groupes d'intérêts sans lien juridique avec un parti peuvent agir comme des paravents et augmenter les moyens d'une campagne;
- en renforçant les pouvoirs de la Commission des comptes de campagne et de financement de la vie politique. Aujourd'hui, la Commission ne dispose pas des pièces comptables des partis et ne peut exercer de contrôle concret par des investigations. Elle ne peut faire appel aux services de police judiciaire. Elle doit s'appuyer sur le travail des commissaires aux comptes des partis, liés par le secret professionnel y compris à l'égard de la Commission. En fait, ce contrôle formel ne permet que la détection d'infractions flagrantes. Les comptes sont vérifiés essentiellement dans leur équilibre entre recettes et dépenses. Les dépassements sont difficilement détectables- sauf si les circonstances appellent une enquête pénale;
- en permettant un contrôle simultané des comptes d'un parti et de la campagne des candidats de ce parti. La participation à une élection n'est pas juridiquement le fait d'un parti, mais toujours d'un citoyen. Les dépenses qu'un parti engage dans une campagne sont imputées au candidat : les partis ne sont donc pas tenus de déposer de comptes de campagne. De ce fait, la Commission et le public n'ont pas un aperçu global de l'intervention financière des partis politiques lors des campagnes électorales, ce qui limite la portée des dispositions en matière de transparence et aussi de contrôle, en ne permettant pas de recoupements entre comptes de campagne des candidats et des partis.

9. Prévention des dérives des marchés publics

Le montant de la commande publique en France est compris entre 120 et 150 milliards d'euros. Les marchés publics ont toujours constitué un terrain favorable à la corruption et aux collusions entre entreprises. C'est l'une des activités des administrations les plus exposées au gaspillage, à la fraude et à la corruption en raison de leur complexité, de l'ampleur des flux financiers qu'ils génèrent et de l'interaction étroite entre le secteur public et le secteur privé.

Mais la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés a été supprimée, après avoir été privée de ses moyens.

Trois décrets de 2008 ont ainsi augmenté les seuils au dessous desquels les marchés peuvent être conclus sans publicité ni concurrence préalable, pour les aligner sur les montants de l'Union européenne. Un élu d'une collectivité de taille moyenne peut désormais passer l'essentiel de ses marchés de travaux sans recourir à l'appel d'offres.

Par ailleurs, les services de la direction générale de la concurrence, de la répression et de la répression des fraudes ont été éclatés dans des entités départementales, placés sous l'autorité des préfets, ce qui rend plus difficile la coordination contre des pratiques illicites sur le plan national. D'autant plus que ces structures n'ont pas seulement pour mission de surveiller les marchés publics. Elles ont de nombreuses autres attributions et les préfets ne font pas du contrôle des marchés publics une priorité.

L'obligation de convoquer le représentant de la direction générale de la concurrence aux commissions d'appel d'offres des collectivités locales a été supprimée. Pourtant, ces fonctionnaires étaient bien placés pour alerter les autorités compétentes sur les irrégularités en matière d'appel d'offres, et leur participation pouvait faire obstacle aux pratiques de favoritisme.

Enfin, la consultation de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, organisme expert rattaché au ministre chargé de l'Économie et des Finances, et chargé de procéder à l'évaluation des projets de partenariat Public-Privé n'est pas obligatoire pour les collectivités territoriales, ce qui est inquiétant pour la sécurité de la passation des contrats de partenariat.

Dans cette perspective, s'agissant des marchés publics locaux, le contrôle devrait être renforcé :

- par l'utilisation obligatoire d'un logiciel de gestion des marchés publics et créer d'un fichier central de passation des marchés publics ;
- par l'établissement systématique de rapports de négociation ;
- par la clarification du régime permettant de passer des avenants à un marché ou à une délégation de service public ;
- par l'accès effectif des conseillers aux documents afférents aux marchés et contrat en temps utile avant les réunions délibératives
- par l'obligation pour les exécutifs locaux le compte rendu de l'exécution des opérations d'équipement⁵.

Plus généralement, le développement de l'audit de fraude, l'établissement d'une cartographie des risques, des recherches ciblées⁶, qui étaient auparavant de la compétence de la mission interministérielle, pourraient être confiés au SCPC.

⁵ Ces propositions sont développées dans rapport du SCPC pour 2013

⁶ Ces propositions sont avancées dans le rapport du SCPC pour 2007.

10. Prévention des conflits d'intérêts en cas de pantouflage.

La Commission de déontologie de la fonction publique devrait voir sa compétence élargie à tous les cas de passage dans le secteur privé de magistrats (judiciaires, administratifs, financiers). En effet, le passage au privé des magistrats n'est encadré par aucun texte.

La commission devrait ainsi opérer un contrôle complet de compatibilité de l'activité projetée avec les fonctions anciennement exercées, pendant une durée de trois ans à compter de la cessation des fonctions, au regard des critères suivants :

- l'atteinte à la dignité des fonctions ou le risque de mise en cause du fonctionnement normal, de l'indépendance ou de la neutralité du service ;
- l'existence d'une situation constitutive de prise illégale d'intérêt au sens de l'article 432-13 du code pénal, ainsi que, plus largement, la méconnaissance de tout autre principe déontologique inhérent à l'exercice d'une fonction publique.

11. Renforcer l'autorité de prévention de la corruption

Le SCPC, créé par la loi du 29 janvier 1993, était aussi novateur en Europe. Depuis, des institutions comparables se sont multipliées dans le monde. Mais en France, ce service qui publie des rapports qui font référence, n'a pas les moyens d'exercer une mission à hauteur des enjeux.

Le Service alertait lui-même les autorités sur le fait que la loi du 29 janvier 1993, qui a créé le SCPC, limitée d'emblée par sa censure par le Conseil constitutionnel ci-dessus évoquée, et jamais réécrite, n'est plus adaptée aux besoins actuels de la société française ni aux standards internationaux⁷.

Un certain nombre d'actions de prévention, qu'il s'agisse de la protection des lanceurs d'alerte ou encore du contrôle des activités de lobbies, pourraient revenir au SCPC.

La vulnérabilité du service tient notamment à son statut d'autorité administrative. Il lui faudrait, pour bien assurer ses missions et en recevoir de nouvelles, devenir une autorité indépendante. Il pourrait aussi diligenter des enquêtes préliminaires, le cas échéant sous le contrôle d'un juge.

Un rapprochement des autorités ou hautes autorités en charge de la probité publique pourrait être envisagé, comme la création du "défenseur des droits" qui a en partie remédié au caractère disparate des structures compétentes sur ce point.

II- Des sanctions effectives et appropriées.

⁷ Rapport du SCPC pour 2010

1. Elargir la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière

Juridiction administrative liée à la Cour des comptes, mais distincte et indépendante de celle-ci, la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) sanctionne, par le prononcé d'amendes, la violation, par les gestionnaires des organismes considérés, des règles régissant les finances de l'État, des diverses collectivités publiques et des organismes publics et privés financés sur fonds publics.

La CDBF sanctionne les fautes personnelles des fonctionnaires qui engagent des dépenses en infraction avec les règles applicables. L'activité de cette juridiction est modeste. Elle a rendu en moyenne trois arrêts par an depuis sa création.

L'irresponsabilité des ministres et des élus a donné lieu à des abus. Par exemple, lors de la réunion de "l'Union pour la Méditerranée", le ministère des affaires étrangères a dépensé 16 millions d'euros sans appel d'offres. Le comptable, qui a refusé de payer, a été réquisitionné par le ministre : dès ce moment, il ne pouvait plus être considéré comme responsable d'avoir couvert toutes les irrégularités. Et le ministre n'étant pas responsable financièrement, aucune sanction ne pouvait être prononcée.

2. Rénover le contrôle de légalité

Le contrôle de légalité est devenu, selon un rapport sénatorial de janvier 2012, une "passoire à géométrie variable". Cette situation est un facteur d'insécurité juridique, propice aux dérives dans l'application de la loi par les collectivités locales. De plus, l'exercice de ce contrôle, qui relève du préfet, a une dimension politique.

La possibilité de confier ce contrôle à une nouvelle institution qui serait créée dans les juridictions administratives. Cela ne change rien à la nature de la mission des services de l'État en ce domaine, et notamment à la possibilité d'apporter une assistance juridique aux collectivités locales. En revanche, pour les manquements graves, la réponse de l'État ne dépendra que de magistrats indépendants et impartiaux. D'autres pays, comme l'Espagne ou le Portugal, disposent déjà d'un parquet administratif.

L'article 72 de la Constitution dispose que : "Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois." Mais cela ne signifie pas qu'une autre personne, publique ou privée, ne puisse saisir le tribunal. L'article 72 garantit le principe de libre administration des collectivités territoriales. Le contrôle de légalité pose une limite à cette liberté, mais n'institue pas de monopole préfectoral de l'action.

Cette réforme peut être faite à coût nul, par une évolution des fonctions des rapporteurs publics et la mise à leur disposition des fonctionnaires qui sont actuellement en charge du contrôle de légalité⁸.

3. Supprimer la Cour de justice de la République

La Cour de justice de la République offre ainsi un privilège de juridiction aux membres du gouvernement. Créée par une loi de constitutionnelle en 1993 à la suite de l'affaire dite du sang contaminé, elle connaît des infractions commises par les ministres pendant l'exercice de leurs fonctions. Elle comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée Nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République. Le soupçon d'un jugement fondé sur des affinités politiques naît d'une telle situation, même si les garanties formelles du procès équitable sont appliquées.

75% des Français pensent que les élus devraient être jugés par des juridictions ordinaires (23% par des tribunaux particuliers) et 85% pensent que la justice n'est pas assez sévère avec les membres du gouvernement.⁹

Cette opinion est d'autant plus fondée que ce privilège de juridiction est aussi une exception française. En Allemagne, comme l'ensemble des ministres, le chancelier fédéral est soumis aux règles de droit commun de la responsabilité pénale des fonctionnaires et encourt les mêmes sanctions. En Espagne, la responsabilité pénale du premier ministre et des autres membres du gouvernement peut être engagée, s'il y a lieu, devant la chambre pénale de la Cour suprême. En Italie, le président du Conseil des ministres et les ministres sont soumis, pour les délits et pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, à la juridiction ordinaire, après autorisation du Sénat de la République ou de la Chambre des députés, selon les règles établies par la loi constitutionnelle.

4. Supprimer l'immunité parlementaire pour les actes détachables des fonctions.

Seule l'irresponsabilité apparaît comme un véritable corollaire du mandat représentatif car, en soustrayant l'exercice des fonctions parlementaires à l'appréciation d'un pouvoir concurrent, elle protège le libre exercice du mandat. Témoigne de l'importance de la protection, la relative uniformité des régimes juridiques des immunités ou privilèges qui, quel que soit le pays considéré, visent à soustraire le représentant aux conséquences des infractions commises dans l'exercice de ses fonctions.

En revanche, la quasi absence d'inviolabilité en droit anglais et américain illustre la capacité du régime représentatif à fonctionner de manière satisfaisante, tout en

⁸ Voir rapport d'information du Sénat (2012, n°330) Pour une rénovation indispensable des contrôles de l'Etat sur les collectivités locales.

⁹ Enquête "[probité publique](#)" du CEVIPOF, in *Favoritisme et corruption à la française*, Presses de Sciences po, 2010, p.242.

soumettant au droit commun les infractions détachables de l'exercice des fonctions parlementaires. Parce que le caractère représentatif du mandat permet à l'assemblée de fonctionner régulièrement, même en présence d'une Chambre incomplète, il ne saurait fonder l'existence d'une inviolabilité dont la vocation première est de garantir la présence, sinon effective du moins potentielle, des parlementaires en séance¹⁰.

5. Réformer les procédures de déclassification du secret défense

Dans l'affaire dite des "frégates de Taïwan", les juges d'instruction souhaitaient avoir accès aux documents confidentiels, classés "secret défense" du service des douanes: cela aurait pu les éclairer sur les soupçons de versement des commissions à des intermédiaires chinois et taiwanais, et de rétrocommissions (c'est-à-dire du retour partiel des sommes versées) à des personnalités françaises. Mais trois ministres successifs se sont opposés à la demande des juges. Ces décisions ont fait obstacle à l'avancement de l'enquête pénale, qui s'est achevée par une ordonnance de non-lieu.

Par la suite, un arbitrage a été rendu au bénéfice de Taïwan, car un article du contrat de vente interdisait toute commission et tout recours à un intermédiaire. Sur les 630 millions d'euros infligés par le tribunal arbitral, 460 millions ont été payés par le contribuable¹¹.

La déclassification résulte aujourd'hui entièrement d'une décision politique, non soumise à contrôle. Quand l'autorité judiciaire estime qu'une pièce classifiée est nécessaire à l'avancement d'une enquête, elle doit saisir le ministre compétent. Celui-ci saisit la Commission consultative du secret de défense nationale (CCSDN), puis prend sa décision. L'avis étant consultatif, le ministre a toute latitude pour refuser, d'autant plus que sa décision n'a pas à être motivée.

La situation de la France est singulière. Elle se distingue, par son opacité, de ses principaux voisins européens, comme le montrait déjà en 1998 une étude de législation comparée du Sénat (rapport n°35, 1er février 1998).

Au Royaume-Uni, les juges reconnaissent à l'administration un large privilège de rétention des informations, mais ils en contrôlent l'utilisation. Depuis 1968, la jurisprudence considère que les ministres ne sont pas les seuls juges de l'intérêt public, et qu'il appartient au tribunal d'arbitrer entre l'intérêt public allégué par le ministre et celui de la justice. Si la diffusion de l'information n'est pas de nature à occasionner un dommage substantiel, l'intérêt de la justice doit l'emporter.

En Allemagne, l'exécutif peut aussi refuser la production de documents dont la publicité pourrait porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, par un certificat d'immunité au nom de l'intérêt public. Mais cette décision peut être contestée devant les juridictions administratives ou pénales. Le tribunal contrôle

¹⁰ Voir la thèse de Cécile Guérin Bargues, *Immunités parlementaires et régime représentatif, l'apport du droit constitutionnel comparé*. LGDJ, 2011, [prix de la thèse 2008 de l'Assemblée nationale](#)

¹¹ La part de Thalès, chef de file du contrat, était de 27% et celle de la Direction des chantiers navals, entreprise publique dont l'intervention dans le contrat était garantie par l'Etat, de 73%.

la décision de refus de communiquer les informations classifiées et, s'il juge ce refus infondé, requiert la communication de ces documents.

En Italie, le Président du conseil des ministres détermine si le secret défense peut être invoqué pour refuser à un juge la transmission d'une information classée secret d'État ou pour laisser un juge pénétrer dans un lieu couvert par le secret d'État. Toutefois, si le juge souhaite disposer de documents pour lesquels le secret d'État lui est opposé et s'il veut contester ce refus de transmission, le conflit est tranché par la Cour constitutionnelle, qui ne peut se voir opposer le secret.

En Espagne, la Cour suprême, depuis 1997, contrôle le refus du Conseil des ministres de déclassifier des documents au cours d'une procédure judiciaire. Elle a affirmé à cette occasion la supériorité du principe de garantie effective des droits par la justice, accordé à tout citoyen par la Constitution, sur le principe de la sécurité de l'État.

C'est pourquoi une réforme s'impose, pour laquelle deux solutions sont envisageables :

- soit réformer la Commission nationale du secret défense afin de lui donner les moyens de décider en toute indépendance ce qui doit être déclassifié;
- soit confier à de Hauts magistrats le pouvoir de décision en ce domaine.

6. Supprimer l'exigence de plainte préalable de l'administration en matière de fraude fiscale

Aujourd'hui, seul le ministère des Finances peut décider s'il passe ou non à la justice les dossiers auxquels il est confronté.

Le ministère des Finances transmet environ 1000 dossiers par an à la justice. Il est paradoxal d'avoir créé un parquet financier avec une compétence fiscale sans donner au procureur la compétence pour mettre en oeuvre l'action publique. Il est encore plus paradoxal de reconnaître l'infraction de fraude fiscale en bande organisée, et de conserver dans les textes un pouvoir qui permettrait au ministre en charge du budget de négocier avec de tels interlocuteurs.

De plus, la faculté de poursuite du procureur pourrait s'exercer concurremment avec l'action de l'administration fiscale. Le risque pénal s'ajouterait au risque administratif et les dispositifs de saisie conservatoire sur les biens et les avoirs et l'obligation de verser une caution permettraient à une administration des Finances qui se porterait partie civile d'obtenir rapidement des dommages et intérêts.

Par ailleurs, la proposition de supprimer l'exigence de plainte préalable de l'administration en matière de fraude fiscale, qui rejoint une proposition de la cour des comptes, nous semble tout à fait appropriée.

7. Normaliser le statut civil et pénal du président de la République.

Anticor propose de reprendre les propositions validées par le rapport sur le renouveau démocratique¹² :

Proposition n°17 Mettre fin à l'inviolabilité du président de la République en matière pénale pour les actes extérieurs à l'exercice de son mandat.

Des règles de compétence et de procédure particulières devraient être posées, et notamment le principe selon lequel il ne pourrait faire l'objet d'aucune mesure restrictive ou privative de liberté pendant son mandat.

Proposition n°18 Mettre fin à l'inviolabilité du président de la République en matière civile.

De même qu'en matière pénale, des règles de procédure devraient être posées pour éviter les actions abusives ou infondées.

8. Permettre l'affectation à la société civile de biens confisqués.

La montée en puissance de l'AGRASC est un point positif dans l'amélioration de l'efficacité de la lutte contre la criminalité. Ces textes pourraient être complétés pour y ajouter, sur le modèle italien, la possibilité d'affecter les patrimoines confisqués à la société civile (association, coopératives, municipalités), afin de rendre tangible les avantages résultant du retour à la légalité.

9. Inscrire dans la loi le principe de prescription différée des infractions dissimulées.

La consolidation de la jurisprudence correspond aux engagements pris par la France en signant la Convention des Nations-Unies contre la corruption (Convention de Mérida) qui stipule en son article 29 : " chaque État Partie fixe, dans le cadre de son droit interne, un long délai de prescription dans lequel des poursuites peuvent être engagées du chef d'une des infractions établies conformément à la présente Convention et fixe un délai plus long ou suspend la prescription lorsque l'auteur présumé de l'infraction s'est soustrait à la justice".

Elle correspond aussi aux engagements pris en signant la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers qui stipule en son article 6 : " Le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger devra ménager un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction." Lors de l'évaluation de la France (rapport de phase 3, publié en octobre 2012), les examinateurs ont notamment considéré que " la prescription triennale ne garantit pas un délai suffisant pour les enquêtes et les poursuites compte tenu notamment des difficultés particulières en matière de preuve et de détection de ce délit. Tout en prenant note de projets législatifs passés visant soit un allongement du délai de prescription, soit la consécration de la jurisprudence, les examinateurs relèvent *l'absence d'avancée concrète en la matière*".

¹² Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, Pour un renouveau démocratique, 2012

10. Refonder le ministère public

Anticor s'associe aux 67 propositions du rapport sur la refondation du ministère public, visant à donner de la légitimité et de la crédibilité au parquet, notamment par une réforme de son statut¹³.

Il s'agit notamment de :

- Confier au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de proposer la nomination des procureurs de la République, des procureurs généraux et des membres du parquet général de la Cour de cassation
- Soumettre la nomination des autres magistrats du parquet à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature
- Transférer au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de statuer en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet
- Soumettre la décision de mutation d'office d'un magistrat du parquet dans l'intérêt du service à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature
- Retirer les procureurs généraux de la liste des emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres.

Anticor souligne aussi l'importance des officiers de police judiciaire (proposition n°38 à 45 du rapport :

Le problème tient au fait que les O.P.J. subissent une double tutelle : celle du ministère de l'Intérieur ou de la Défense, et celle du parquet ou du juge d'instruction qui les requiert pour les besoins d'une enquête préliminaire ou d'une instruction.

Dans la mesure où l'affectation des O.P.J.. aux besoins de l'enquête dépend d'une décision du ministère de l'Intérieur, celui-ci apparaît, de fait, comme le véritable chef de la police judiciaire. Cette situation doit être corrigée.

La réforme pourrait s'inspirer de l'exemple italien, où, pour chaque substitut, trois officiers de police judiciaire sont détachés auprès de la juridiction. Ces officiers ne dépendent que de l'autorité judiciaire pour leur carrière.

Conclusion : pour une consultation populaire

Le devoir d'ambition dans la volonté de rendre exemplaire le personnel politique ne doit pas souffrir de querelles politiciennes qui ont déjà déterminé l'enlisement de réformes modestes de la Cour de justice de la République et du Conseil supérieur de la magistrature, et réduit la portée des projets adoptés en 2013.

Anticor tire de son expérience de plaidoyer de 2013 la leçon que la réceptivité des parlementaires est limitée, quand des propositions sont de nature à remettre

¹³ Commission de modernisation de l'action publique, *Refonder le ministère public*, 2013.

en cause ce qu'ils considèrent comme des acquis. Ainsi, malgré des avancées, les lois sur la transparence et la fraude n'ont pas diminué ni la perception de la corruption, ni le soupçon d'une incapacité du législateur à prendre la mesure des enjeux.

C'est pourquoi Anticor propose que les propositions essentielles du futur rapport soient soumises à la consultation du peuple.

L'article 11 de la Constitution prévoit que le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Les propositions sur l'exemplarité des acteurs publics entreront pour la plupart dans ce cadre juridique.

Pour éviter que ce texte ne soit le vecteur implicite d'une question de confiance au gouvernement, Anticor propose aussi de faire coïncider la consultation populaire avec les prochaines élections politiques.