

# Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2012 p. 2782

Pantouflage ou service - présidentiel - commandé ?

**Emmanuel Dreyer, Professeur à la faculté Jean Monnet de l'Université Paris Sud**

Un secrétaire général adjoint à la présidence de la République, chargé des affaires financières et industrielles, peut-il surveiller pour le compte du président l'opération de fusion entre deux banques puis être nommé par leurs conseils d'administration à la tête du groupe ainsi constitué ? Une telle question ne devrait pas se poser car une Commission de déontologie a été instituée afin de prévenir tout conflit d'intérêts. Mais, au cas d'espèce, l'intéressé n'a pas jugé utile de la saisir, au grand dam de ses membres dont deux ont alors démissionné... Reste pour tout contrôle juridictionnel d'éventuelles poursuites sur le fondement de la prise illégale d'intérêts reprochable à un ancien agent public (art. 432-13 c. pén.). Dans le langage courant, cette infraction est appelée pantouflage. Il s'agit d'un comportement dangereux pour l'Etat car il fait rétrospectivement douter de la probité de l'agent public lorsqu'il était en fonction : en l'occurrence, le conseiller du président a-t-il supervisé cette opération de fusion dans l'intérêt des banques concernées, afin de consolider un secteur du crédit en crise, ou dans son intérêt personnel, l'opération lui ayant directement profité ? Des syndicats de salariés ont posé la question en relevant que l'impétrant est généreusement rémunéré dans ses nouvelles fonctions alors que, à la suite de la fusion, un plan social a été mis en oeuvre entraînant la suppression de milliers d'emplois. Ils se sont constitués partie civile mais le procureur de la République a estimé n'y avoir lieu à suivre. Cependant, le juge d'instruction a été d'un avis contraire. Il a voulu évaluer l'implication de cet agent public dans la constitution du nouveau groupe bancaire dont il a pris la direction. Le ministère public a interjeté appel de son ordonnance et la chambre de l'instruction a déclaré irrecevables les constitutions de partie civile tout en disant n'y avoir lieu à informer... Les syndicats ont formé un pourvoi qu'accueille doublement la Cour de cassation.

D'abord, la haute juridiction admet la recevabilité des constitutions de partie civile dès lors que les syndicats invoquaient plus que la somme des préjudices prétendument subis par les salariés des deux banques : « les faits de prise illégale d'intérêts dénoncés par eux, à les supposer établis, rendent possible l'existence d'un préjudice, fût-il indirect, aux intérêts moraux de la profession qu'ils représentent, et distinct de celui qu'ont pu subir individuellement les salariés ». En l'occurrence, la chambre de l'instruction avait pris les syndicats au mot en réduisant leurs prétentions au registre financier puisqu'ils dénonçaient notamment le coût généré par la fusion pour les personnels des deux entités. Mais ce n'était pas le seul aspect des plaintes en question. Les syndicats soulignaient aussi que de tels faits étaient de nature à porter atteinte à l'image de la profession bancaire et à la confiance qu'elle doit inspirer. La Cour de cassation les a suivis sur ce terrain au motif qu'en vertu de l'article L. 2132-3 du code du travail « ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Cependant, en l'espèce, on peut se demander si l'infraction portait bien un préjudice, fût-il indirect, à l'intérêt de la profession bancaire. En effet, le résultat redouté par le législateur à l'occasion d'un pantouflage concerne moins la mauvaise gestion de l'entreprise privée où l'ancien agent public prend une participation que l'impartialité de son action lorsqu'il était encore en fonction. Ici, le comportement litigieux portait atteinte à l'image des hauts fonctionnaires dont la probité devient sujette à caution mais il pouvait difficilement rejaillir sur des salariés restés étrangers aux faits en cause. Toutefois, de telles nuances ne retiennent guère la Cour de cassation lorsqu'il s'agit d'ouvrir l'action civile afin de permettre le déclenchement de poursuites à l'égard d'infractions sensibles, souvent clandestines, *a fortiori* lorsqu'elles présentent une dimension politique  (1). Il s'agissait ici de vaincre une hostilité suspecte du ministère public en prenant d'autant moins de risques que l'exécutif avait été renouvelé après deux élections importantes...

1

Ensuite, la haute juridiction rend une décision qui, sur le fond, paraît novatrice. En effet, elle prend position sur le statut du conseiller en cause et les prérogatives qu'il devait être en mesure d'exercer pour qu'une prise « illégale » d'intérêts lui soit imputable. Elle reproche ainsi à la chambre de l'instruction de n'avoir pas recherché « la nature des fonctions effectivement exercées par l'intéressé » alors que « l'article 432-13 du code pénal n'exige pas que l'intervention du fonctionnaire s'inscrive dans le processus formalisé des décisions administratives ». Il s'agit d'un progrès dans la moralisation de la vie publique. Désormais, les « hommes de l'ombre », conseillers du président ou de ministres, n'échappent plus aux exigences déontologiques que le juge répressif doit faire respecter à l'égard de tous les agents publics. Pour autant, sur le plan technique, une telle décision suscite des réserves. Le conseiller présidentiel pouvait-il être considéré comme un agent public ici (I) ? Le juge d'instruction pourra-t-il, en recherchant la nature effective des fonctions exercées, établir qu'il est intervenu dans la conclusion d'un contrat entre l'Etat et l'entreprise qu'il a finalement intégrée (II) ?

#### I - La qualité de conseiller présidentiel

L'article 432-13, alinéa 1<sup>er</sup>, du code pénal incrimine un comportement spécifique reprochable à un ancien « agent public ». Au cas d'espèce, implicitement mais nécessairement, la haute juridiction a admis qu'un conseiller du président relève de cette catégorie. A défaut, en effet, toute discussion tournerait court car l'infraction ne peut être commise que par « un fonctionnaire ou un agent d'une administration publique ». Or, le statut de conseiller n'a jamais été défini. S'il ne relève pas de la fonction publique, peut-on à tout le moins y voir un « agent d'une administration publique » ?

Répondre à cette question n'était pas aisé car une ambiguïté existe quant au champ de l'incrimination. Sans doute, en évoquant les agents d'une administration publique en plus des fonctionnaires, le législateur semble inviter le juge à une interprétation large de la qualité requise. Cependant, la comparaison de ce texte avec d'autres conduit à se méfier d'une telle approche. A l'inverse, en effet, le législateur semble avoir aussi voulu limiter la portée du pantouflage en ne visant pas - triptyque traditionnel en matière de manquements au devoir de probité - les « personnes dépositaires de l'autorité publique, titulaires d'un mandat électif public ou chargées d'une mission de service public ». Si, pour incriminer la plupart des abus reprochables à des « agents publics », le législateur a adopté une démarche fonctionnelle (y compris lorsque la prise illégale d'intérêts concerne un agent en activité : art. 432-12 c. pén.), il n'en va pas de même ici. On a donc écrit que « la prévention du débauchage abusif implique de limiter la portée du texte aux agents qui entrent dans les cadres de la hiérarchie administrative » (2). Dès lors, on s'entend pour exclure du champ de l'article 432-13 les élus et les personnes qui concourent occasionnellement à la satisfaction de l'intérêt général. C'est l'ancienne logique statutaire qui continuerait à prévaloir et qui a conduit une haute Cour de justice à écarter cette qualification à l'encontre d'un ancien ministre des finances devenu avocat-conseil d'une banque auparavant soumise au contrôle de ses services parce qu'il ne présentait pas la qualité requise pour commettre l'infraction (3).

*A priori*, aucune autonomie du droit pénal ne saurait donc être revendiquée ici. Elle serait contraire à la volonté même du législateur qui l'a neutralisée en définissant différemment le champ d'application des deux formes de prise illégale d'intérêts. D'ailleurs, s'il pouvait être fait une interprétation extensive de la formule « fonctionnaire ou agent d'une administration publique », on ne comprendrait guère pourquoi il fut expressément nécessaire d'assimiler à ces agents ceux des établissements et entreprises publics ou des sociétés d'économie mixte (art. 432-13, al. 4). Et on pourrait ajouter que les conseillers politiques ne sont formellement tenus de saisir la Commission de déontologie de la fonction publique que depuis une loi du 3 août 2009. Cette innovation est une conséquence du scandale provoqué dans l'opinion par les faits dénoncés (4). On ne saurait donc l'invoquer rétroactivement, d'autant que sa portée reste limitée. La Commission en cause tend à prévenir les conflits d'intérêts, non à établir une infraction : le dispositif désormais applicable est plus large que celui figurant à l'article 432-13. Le fait de passer outre un avis d'incompatibilité ne suffit pas à établir ce délit... On aurait même pu soutenir, sur la base d'un raisonnement *a contrario*, que le législateur a confirmé alors l'exclusion des conseillers politiques du champ du pantouflage car il s'est abstenu de modifier, dans le même temps, cette incrimination.

Il n'était donc pas aberrant de prétendre que l'article 432-13 ne peut être appliqué à des personnes dont les attributions exactes ne sont pas précisées et qui, de ce fait, ne participent pas « officiellement » à l'action administrative. La chambre de l'instruction tint ce raisonnement en l'espèce. Elle a notamment exigé que l'agent public dispose de « compétences juridiques attribuées par un texte législatif ou réglementaire et la participation à un processus formalisé de prise de décision ». Mais un tel raisonnement conduisait à une solution discutable puisqu'il faisait échapper à la répression un conseiller très proche du président alors que le moindre fonctionnaire est, lui, visé par l'incrimination. Tous les arguments précités ne suffisent donc pas à écarter cette objection de bon sens. Le réalisme dont fait preuve ici la Cour de cassation s'avère bien venu. Il exploite ce qu'il y a d'indéterminé dans la formule « agent d'une administration publique », qui renvoie moins au statut de l'agent et à ses attributions qu'au lien entretenu par lui avec une institution de l'Etat dont il s'agit de garantir le bon fonctionnement. Au cas d'espèce, ce lien a été jugé suffisamment établi par le fait que le conseiller poursuivi avait été nommé par voie d'arrêté, rémunéré sur des fonds publics et mentionné dans l'organigramme de la présidence.

## II - Les fonctions de conseiller présidentiel

Mais le conseiller du président a-t-il exercé en l'espèce une fonction publique suffisante pour que les circonstances de son passage dans le secteur privé puissent être contestées ? Sur ce point, la Cour de cassation innove en laissant entendre que l'activité en cause pouvait n'être qu'officieuse. Elle pouvait résulter d'un pouvoir d'influence de fait (A). Il n'est toutefois pas sûr qu'en matière pénale une telle analyse soit bien légitime (B). En procédant de la sorte, la haute juridiction semble aller, cette fois, au-delà des termes de l'incrimination.

### A - Des investigations attendues

Le délit de pantouflage suppose que l'agent public ait été en mesure d'influer, lorsqu'il était en fonction, sur la situation de l'entreprise privée dans laquelle il a pris ensuite une participation. Il en va ainsi par exemple lorsqu'un ancien inspecteur des impôts consulte soudain pour des sociétés qu'il était auparavant en mesure de contrôler  (5). Or les actes qui matérialisent cette influence sont étroitement décrits à l'article 432-13. Les premiers ne sont pas applicables. Ici, l'ancienne fonction exercée par le conseiller présidentiel ne peut avoir consisté en la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, ni en la conclusion de contrats avec une entreprise privée. Il est acquis en effet que les conseillers politiques ne disposent d'aucun pouvoir de décision. Au mieux, ils pèsent sur les décisions prises dans les dossiers où ils ont été consultés. Au cas d'espèce, c'est donc soit pour avoir proposé à l'autorité compétente une décision relative à l'opération réalisée par les deux établissements bancaires, soit pour avoir exprimé un avis sur un contrat passé avec eux ou sur une décision les concernant que le mis en examen pourrait voir sa responsabilité pénale engagée. Mais il n'est pas évident d'établir l'une ou l'autre de ces situations.

S'agissant de la décision de rapprochement suggérée ou approuvée, le conseiller poursuivi n'a pas manqué de souligner que seuls le président et le secrétaire général de l'Elysée ont reçu ses confidences. Or la fusion ne s'est pas opérée en exécution d'une décision qu'ils auraient pu prendre. Elle a probablement été préparée par le ministère de l'économie et des finances et elle a été soumise au contrôle de l'ancienne Commission bancaire (désormais ACP). Le président de la République ne dispose, lui, d'aucune attribution en la matière. Autant dire qu'il ne saurait être considéré comme une « autorité compétente » pour intervenir dans le secteur en question. Sans doute, a-t-il émis le souhait de voir ce rapprochement aboutir afin d'éviter que l'un et/ou l'autre des établissements bancaires concernés ne fasse défaut. Toutefois, cette circonstance ne peut faire oublier que les banques sont indépendantes par rapport à l'exécutif et qu'en l'espèce deux d'entre elles se sont rapprochées parce qu'elles ont cru que cette opération était le moyen de résoudre les difficultés qu'elles rencontraient. Tenir compte du pouvoir informel exercé par un président volontariste, outrepassant le cadre normal de ses fonctions, pour stigmatiser le comportement de l'un de ses conseillers semble constituer un raisonnement peu respectueux du principe de légalité. Il nous paraît difficile d'imaginer que le délit puisse prendre cette première forme.

L'objection est atténuée s'agissant, ensuite, de l'avis donné sur un contrat passé avec une entreprise dans laquelle l'agent public finit par se faire embaucher. En effet, l'article 432-13 du code actuel, à la différence de l'article 175-1 du code précédent, n'exige plus que l'avis ait été donné sur un contrat passé par l'administration même dont l'agent public dépend  (6). Or, ici, on ne saurait ignorer que la fusion s'est accompagnée d'une prise de participation minoritaire (20 %) de l'Etat dans le nouvel ensemble. Elle a été subordonnée au rapprochement des deux banques qui ont, elles-mêmes, pris l'engagement d'agir de la sorte en considération de ce refinancement. Il y a donc nécessairement eu « contrat » et on peut parfaitement imaginer que le conseiller président ait joué un rôle dans cette négociation. Cependant, un tel raisonnement suscite deux objections, l'une factuelle, l'autre juridique. D'abord, on notera que, si les faits relevés par la Cour de cassation permettent de reprocher à l'agent public poursuivi d'avoir conseillé la fusion des deux établissements, ils n'établissent pas qu'il aurait également participé au calibrage de leur plan de recapitalisation. Si l'information judiciaire n'apporte pas d'éléments convaincants sur ce point, le raisonnement tournera court. Ensuite et surtout, il faut bien mesurer ce qu'il y a de subversif dans cette recherche. En effet, l'article 432-13 suppose que l'avis ait été donné par un agent public agissant « dans le cadre de ses fonctions » alors que de telles fonctions se limitaient ici à l'information d'un président de la République qui n'a pas de compétence en matière bancaire. Pour caractériser le délit, il faudra donc établir que la direction du Trésor s'est trouvée placée sous l'autorité directe du président qui lui a dispensé ses instructions après avis du conseiller en cause  (7). Il faudra prouver que, à raison de l'activisme présidentiel, le ministre de l'économie a été transformé en simple exécutant. On finira ainsi par reprocher au conseiller d'avoir profité d'un dysfonctionnement au plus haut de l'Etat... Une telle preuve peut-elle être objectivement rapportée ? Ce n'est pas tant le caractère informel du statut de conseiller qui pose alors problème que le caractère atypique de l'intervention présidentielle.

#### B - Des investigations discutables

C'est sans doute à raison de ces difficultés que la haute juridiction suggère ici au juge d'instruction de dépasser l'approche littérale du texte d'incrimination pour satisfaire à son esprit. Mais cela ne revient-il pas à dire que la fin justifie les moyens ? Qu'une analyse substantielle soit légitime en droit économique est une chose ; qu'elle s'impose en matière pénale en est une autre. Il s'agit ni plus, ni moins, de savoir si on respecte la légalité des délits et des peines. Ce principe impose une analyse formelle et condamne toute interprétation extensive. Au regard de la lettre ci-dessus rappelée de l'article 432-13 du code pénal, il paraît donc contestable de juger que ce texte « n'exige pas que l'intervention du fonctionnaire s'inscrive dans le processus formalisé des décisions administratives »  (8). Ce qui est en cause c'est le fait pour un agent public de prendre une participation dans une entreprise privée alors qu'auparavant il est « effectivement » intervenu à son égard « dans l'exercice de ses fonctions ». Comment un agent public peut-il agir de manière effective en dehors d'un processus formalisé de décision administrative ? C'est la logique même de l'action administrative qui est remise en cause si on admet qu'il existe des processus de décision informels capables de se substituer aux mécanismes institutionnels existants. Il n'appartient pas au juge pénal de le démontrer. En toute hypothèse, ce n'est pas l'objet du pantouflage. Au contraire, jusque-là, la haute juridiction posait en principe que l'ancien agent public devait avoir été « en droit d'exercer en raison de ses attributions, une surveillance ou un contrôle général sur l'entreprise dans laquelle il a pris une participation »  (9).

Sans doute, peut-on déplorer que « les cabinets ministériels assurent la réalité du pouvoir sans en avoir les attributs juridiques »  (10). Mais est-ce au juge répressif de corriger cet état de fait ? Ce qui est en cause ici c'est l'organisation même d'un Etat qui a laissé le président se substituer au premier ministre, voire à chacun des membres de son gouvernement. Ce qui est en cause c'est aussi la multiplication des éminences grises - plus émissaires que conseillers - dont le statut exact n'a jamais été précisé. Une réforme s'impose pour les faire sortir de l'ombre et que cessent les pratiques occultes. Mais ce mépris de la légalité administrative n'autorise pas le juge répressif à méconnaître la légalité criminelle. Aller au-delà des apparences finit par poser un problème de crédibilité. Il y aurait un paradoxe à prétendre faire respecter le droit en le foulant au pied.

**Mots clés :**

**SYNDICAT PROFESSIONNEL** \* Action en justice \* Intérêt à agir \* Prise illégale d'intérêts \* Préjudice indirect \* Profession

(1) Il existait, en la matière, déjà, un précédent (V. Crim. 14 juin 1972, n° 71-91.966, Bull. crim. n° 204).

(2) M. Segonds, *Prise illégale d'intérêts*, Rép. pén. Dalloz, 2006, n° 83.

(3) V., 23 juill. 1931, S. 1941. 2. 182 ; V. aussi M. Pochard, *Responsabilité pénale des élus*, J.-Cl. Administratif, Fasc. 813, 2012, n° 147.

(4) V., B. Fleury, *Le conflit d'intérêts, réponse à l'exigence de déontologie en politique ?*, JCP 2011. 198 ; M. Le Roy, *Libres propos sur l'affaire P. et le transfert des agents publics vers le secteur privé*, D. 2009. 2121.

(5) Crim. 15 nov. 1982, n° 82-91.343, Bull. crim. n° 254.

(6) Y. Muller, *Prise illégale d'intérêts*, J.-Cl. Pénal Code, Art. 432-12 et 432-13, Fasc. 20, 2011, n° 82.

(7) Comp., CE, ass., 6 déc. 1996, n° 167502, *S<sup>té</sup> Lambda*, D. 1997. 57, note M. Dobkine ; AJDA 1997. 205, et 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; AJFP 1997. 35, note G. Simon ; RFDA 1997. 173, concl. D. Piveteau ; JCP 1997. II. 22752, note B. Hérisson.

(8) V., cep., D. Jean-Pierre, *Des fonctionnaires banquiers*, JCP 2009. Actua. 155.

(9) Crim. 18 juill. 1984, n° 83-92.856, Bull. crim. n° 262.

(10) O. Dord, *Pantouflage des membres des cabinets ministériels*, AJDA 2003. 1941.