

Myriam EL BAI, chargée de mission de lutte contre la corruption à l'AHJUCAF

Les atteintes à la probité pourraient se définir par le détournement de pouvoir d'un agent public à la quête d'un enrichissement indu. Elles sont généralement caractérisées par un conflit d'intérêts de nature à influencer l'exercice de la fonction officielle d'un agent public qui décide d'attribuer directement ou indirectement un avantage indu à un bénéficiaire au détriment de l'intérêt public. Elles englobent notamment la concussion, la corruption, le trafic d'influence, le favoritisme ou encore la prise illégale d'intérêts.

L'actualité place sous le feu des projecteurs judiciaires la notion de conflit d'intérêts. Aux termes de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, « *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* ».

La définition légale est particulièrement abstraite dont les contours sont encore à définir. Et, il revient donc à la jurisprudence de préciser le périmètre et le champ d'application de la notion de conflit d'intérêts. Son caractère complexe nous amène naturellement à nous interroger sur sa délimitation. S'il est évident que les agents publics doivent prendre conscience de la nécessité d'exercer leur mission avec probité et éthique encore faut-il savoir ce dont il s'agit.

Concrètement, l'agent public ne saurait exercer sa mission lorsqu'il est en proie à un conflit d'intérêts avéré ou à une « *situation potentielle* » de conflit d'intérêts. Cette deuxième hypothèse, souvent méconnue, qui soulève des difficultés, a été dégagée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans [un arrêt rendu le 13 janvier 2016](#)¹. Cet arrêt particulièrement instructif, nous enseigne qu'une atteinte à la probité pourrait être caractérisée par une situation « *potentielle* » et non réelle d'un conflit d'intérêts. Tel est le cas par exemple d'une « *relation amicale et professionnelle de longue date* » qui est considérée comme « *susceptible d'interférer avec l'intérêt public dont [l'agent public] avait la charge et de faire naître un doute sur l'impartialité et l'objectivité de son rapport d'analyse des offres* ». En d'autres termes, un soupçon de partialité dans l'esprit des tiers pourrait caractériser une atteinte à la probité et constituer, ici, en l'occurrence, une prise illégale d'intérêts. Les agents publics doivent donc faire montre d'une grande prudence dans l'exercice de leur fonction lorsque des interférences existent ou sont susceptibles d'exister entre les décisions prises dans le cadre de leur exercice professionnel et leur relation amicale.

Ainsi, la volonté de lutter efficacement contre les atteintes à la probité semble expliquer les interprétations sévères de la loi pénale en réprimant des « *situations potentielles de conflit d'intérêts* » situés très en amont de la commission du délit, certainement pour faire échec à toute tentative, mais non sans risquer d'affaiblir les droits fondamentaux et d'occulter l'intention requise pour caractériser l'infraction. Rappelons qu'aux termes de l'article 121-3 du code pénal, les atteintes à la probité sont des infractions intentionnelles qui requièrent la caractérisation d'un dol général ou autrement dit la conscience et la volonté de commettre l'infraction. Or, en présence d'une situation « *potentielle* » de conflit d'intérêts, il est difficile voire impossible de démontrer l'élément moral de l'infraction sauf à le présumer et tomber dans l'écueil d'une répression quasi-automatique. C'est pourquoi, il nous semble qu'une lutte efficace rend surtout nécessaire le déploiement de mécanismes préventifs. Dans cette perspective, la question se pose de savoir comment améliorer l'efficacité de la lutte.

Par [un arrêt très remarqué du 27 septembre 2023](#)², la chambre commerciale de la Cour de cassation a innové en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (ci-après désignée « *LCBFT* ») dont la réflexion pourrait être transposée à la lutte contre les atteintes à la probité. Elle a considéré que le manquement aux obligations LCBFT, en application des articles L. 561-1 et suivants du code monétaire et financier, était susceptible de constituer un acte de concurrence déloyale. Or, la lutte contre les atteintes à la probité n'est pas étrangère à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, l'une s'imbriquant à l'autre. Et, certaines infractions constitutives d'une atteinte à la probité telle que la corruption sont susceptibles de fausser les transactions commerciales et nuire par essence à la concurrence loyale.

¹ Cass. Crim., 13 jan. 2016, pourvoi n°14-88382

² Cass. Com., 27 sep. 2023, pourvoi n°21-21995, Bull. civ.

Dès lors, la question se pose de savoir si cet arrêt constitue une jurisprudence nouvelle et, le cas échéant, si elle pourrait être transposée à la lutte contre les atteintes à la probité. Dans l'affirmative, la lutte se renouvèlerait et investirait de nouveaux champs et de nouveaux domaines multipliant les fondements de la répression des atteintes à la probité. La lutte contre la corruption apparaîtrait comme un nouvel instrument de régulation des transactions commerciales. Finalement, cet arrêt est susceptible de constituer les prémices d'une lutte anticorruption renouvelée.