

28 octobre 2024

RESPONSABILITE ET MISE EN CAUSE PERSONNELLE DES AGENTS PUBLICS : POINTS DE VIGILANCE ET RECOMMANDATIONS¹

Dans la situation actuelle de notre pays, la recherche d'une efficacité accrue de l'action publique est majeure. Elle doit conduire à réformer résolument et, au-delà de réformes ciblées, viser des évolutions plus globales et transversales, structurées par des principes fondamentaux, au premier rang desquels le principe de responsabilité.

Le mot de responsabilité a une double dimension : liberté et autonomie pour agir de la manière la plus adaptée, d'une part, et répondre de l'action menée, d'autre part. Sur le second registre, deux réformes ont été menées ou annoncées dans la période récente : une refonte et une affirmation plus forte de la responsabilité financière des gestionnaires publics d'une part, l'annonce d'un maniement plus actif des procédures disciplinaires et du licenciement pour insuffisance professionnelle qui pourrait faire l'objet d'un prochain projet de loi, d'autre part.

Encore faut-il que le nouveau système soit à la fois cohérent, lisible, juste - en premier lieu, par le respect des droits de la défense des agents mis en cause- et puisse, dans le même temps, concourir effectivement à l'objectif d'efficacité. En examinant point par point les procédures existantes, le Cercle a constaté que les règles et pratiques actuelles ne sont pas pleinement à la hauteur des ambitions affirmées et il a listé les points de vigilance. Il estime, sur cette base, indispensable de procéder à un ensemble de réformes du cadre juridique et d'évolutions des pratiques.

¹ La présente note a été établie par Elisabeth Mella (MCF-HDR à l'Université Paris Dauphine-PSL, Directrice du Master1 Droit public) et Christian Babusiaux (Président du Cercle de la réforme de l'Etat) avec le concours de Denis Mondon (avocat général à la Cour de cassation(h)), d'un ensemble de contributeurs et de relecteurs (cf p. 5).

La responsabilité des agents publics renvoie à deux réalités différentes : la marge d'appréciation des autorités administratives dans l'exercice de leurs fonctions d'une part, l'obligation qu'elles ont de répondre de leurs actes, d'autre part.

Le premier sens est porté par les impératifs managériaux, guidés par la recherche d'efficacité et reposant sur la nécessité d'une nécessaire prise de risque. Il est appelé de leurs vœux par ceux qui sont à la tête d'administrations ou de services publics et qui demandent à avoir les coudées plus franches pour agir pragmatiquement.

Le second sens est purement juridique. Il se rattache à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Cette responsabilité est plurielle. Civile, elle exige que les agents publics réparent les dommages causés à autrui. Disciplinaire, elle les oblige à répondre de leurs manquements aux obligations déontologiques et professionnelles. Pénale, elle leur impose de répondre devant le juge répressif de leurs fautes pénales (le délit de favoritisme, par exemple). Financière, elle les contraint à répondre devant le juge financier (la chambre du contentieux de la Cour des comptes) de leurs manquements, tels que définis aux articles L. 131-1 et suivants du code des juridictions financières (cas par exemple de la faute grave entraînant un préjudice financier significatif pour l'organisme ou de l'octroi d'un avantage injustifié, par intérêt personnel direct ou indirect, accordé à soi-même ou à autrui). Elle est l'une des composantes de la probité attendue des agents publics.

Ces acceptions sont toutes deux importantes. Néanmoins, elles peuvent aussi entrer en contradiction entre elles et c'est là que réside toute l'ambiguïté de la question de la responsabilité des agents publics. La prise de responsabilités et d'initiatives peut les conduire, sciemment ou non, à s'affranchir des règles prévues par les textes et à outrepasser ainsi les pouvoirs qui leur sont reconnus. Parallèlement, une réglementation trop stricte peut freiner l'action de la personne qui se trouve à la tête d'une administration ou d'un service et donc la possibilité de répondre aux objectifs de fond qui lui sont assignés par un texte, une autorité hiérarchique ou la tutelle. Une tension constante existe donc entre la nécessaire marge d'appréciation des agents publics et la non moins nécessaire obligation des agents publics de répondre de leurs actions, dans un contexte où les deux paramètres montent concomitamment en puissance.

Dans ses publications antérieures, le Cercle a insisté sur la nécessaire marge d'initiative des responsables publics, ce qui est pour lui un axe essentiel de la réforme de l'Etat. Dans la présente note, il s'intéresse aux conditions de la mise en jeu de la responsabilité des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, soit au deuxième sens du mot responsabilité, tel que mentionné précédemment.

Le contexte l'appelle. La réforme issue de l'ordonnance du 23 mars 2022 a conduit d'abord à un nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics devant désormais la chambre du contentieux de la Cour des comptes, nouveau régime dont l'ambition est de sanctionner certes les fautes les plus graves mais de manière beaucoup plus fréquente que ce n'était le cas dans le régime antérieur de la CDBF. L'ambition est forte puisqu'il s'agit de construire un nouvel ordre de juridiction dont la ligne de partage avec les juridictions pénales pourrait, selon certains promoteurs de la réforme, être revue.

Ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022
relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics : principaux apports

Un **régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics** (régime répressif ayant pour objet de sanctionner un manquement et non pas de réparer un préjudice financier, le justiciable reconnu coupable étant condamné à une amende ; régime de responsabilité individuelle) ; allègement de certaines obligations des comptables publics.

Une amende correspondant à **6 mois de rémunération maximum** de l'agent condamné.

Les infractions financières insérées dans le code des juridictions financières peuvent être regroupées en **4 catégories** :

Les fautes graves avec préjudice financier significatif (L131-9 et -10 du CJF)

L'avantage injustifié (L. 131-12 CJF)

Les infractions budgétaires et comptables (L.131-15 CJF) : non-production des comptes, engagement de dépense sans pouvoir ni délégation, gestion de fait, violation des règles du contrôle budgétaire.

Inexécution d'une décision de justice (L. 131-14 CJF) et obstruction à un **mandatement** d'office (L. 131-11 CJF)

Un **ordre juridictionnel financier complet** structuré autour de :

- la nouvelle chambre contentieuse de la Cour des comptes (la chambre du contentieux, en sus des six chambres déjà existantes de la Cour) composée de magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes et statuant en premier ressort.

- la nouvelle cour d'appel financière statuant en appel, présidée par le premier président de la Cour des comptes et composée de 4 membres de la Cour des comptes, 4 membres du Conseil d'Etat et de 2 personnalités qualifiées.

- le Conseil d'Etat, statuant en cassation.

Extension des autorités de déféré : au-delà des ministres, présidents des assemblées parlementaires, des CRC et des chambres de la Cour et des procureurs, ont qualité pour déférer au ministre public près la Cour des comptes des faits susceptibles de constituer des infractions financières (et pouvant engager la responsabilité financière d'un gestionnaire public) les chefs des services d'inspection de l'Etat, les présidents d'exécutifs locaux, les préfets et les DR/DDFIP pour le champ du secteur local.

Procureur général près la Cour des comptes qui peut être saisi par un **déféré** (le plus fréquent) mais qui peut aussi agir de sa propre initiative ou à la suite d'un **signalement**. Tout citoyen peut porter à la connaissance du Procureur général, gestionnaire d'une plateforme dédiée, tout fait qui lui paraît répréhensible.

Monopole de poursuite du **Procureur général près la Cour des comptes** : après un déféré ou un signalement, il dispose d'un délai de deux mois pour se prononcer, soit par un réquisitoire introductif d'instance qui saisit la chambre du contentieux, soit par une décision *ab initio* de classement sans suite, assortie ou non d'un rappel à la loi sous forme de communication du Procureur général.

Le Premier président et le Procureur général près la Cour des comptes ont annoncé un objectif de 100 déférés par an, le nombre d'arrêts envisagés étant d'une cinquantaine par an contre 6 à 7 par an en moyenne dans l'ancien régime de responsabilité. Ces chiffres visaient un objectif interne aux juridictions financières incitant les chambres de la Cour et les chambres régionales des comptes à s'approprier, et le plus rapidement possible, les nouvelles missions. Cependant, ces annonces ont suscité l'inquiétude des gestionnaires publics.

Par ailleurs, l'ancien ministre de la transformation et de la Fonction publiques, Stanislas Guérini, a annoncé, en mai dernier, une réforme visant à faciliter les licenciements des agents publics pour insuffisance professionnelle.

L'ensemble de ces évolutions doit conduire à une vigilance accrue sur l'exercice des droits de la défense des agents publics visés. C'est d'autant plus nécessaire que l'utilisation des réseaux sociaux mais aussi désormais la publication et la diffusion de nombreux rapports d'inspection et de la quasi-totalité de ceux de la Cour des comptes, s'ils contribuent assurément à l'information des citoyens, peuvent aggraver les atteintes à l'honneur et à la réputation de l'agent, surtout lorsque, *in fine*, la responsabilité de ce dernier n'est pas reconnue.

Plus largement, les procédures de mise en cause personnelle des agents publics à raison de leurs fonctions ont un coût. Le coût est d'abord financier. Il l'est à la fois pour la société et pour l'agent tant les procédures s'étendent sur plusieurs années et ont tendance, une fois que l'une a été enclenchée, à s'ajouter les unes aux autres. Mais le coût est également moral lorsque l'agent finit par être mis hors de cause - les faits allégués contre lui s'avérant inexacts - ou lorsqu'il a agi en toute connaissance de cause de sa hiérarchie ou de sa tutelle, voire sur la base de leurs instructions. Dans ces conditions, l'attention portée au respect des droits de la défense de l'agent, et cela le plus tôt possible en amont de la procédure, est essentielle.

Pour traiter des conditions de mise en cause personnelle de l'agent public dans l'exercice de ses fonctions², **deux choix ont été retenus.**

Le premier est d'ordre terminologique. La responsabilité dont il s'agit dans cette note est celle liée à l'exercice des fonctions de l'agent. Dans le titre, l'expression de « mise en cause personnelle des agents publics » est ajoutée à celle de « responsabilité des agents publics ». La responsabilité des agents publics, fût-elle plurielle, ne recoupe pas l'ensemble des situations dans lesquelles les agents publics ont à répondre de leurs actes ou de leurs comportements. C'est le cas du licenciement pour motif d'insuffisance professionnelle, de la suppression de poste ou encore de la mutation forcée d'un agent public correspondant, dans les deux dernières hypothèses à des mesures administratives. Du reste, cette expression permet de mieux séparer la responsabilité de l'administration pour faute de service (de l'agent public)³, endossée par l'administration et la responsabilité personnelle de l'agent public⁴ dont il doit répondre personnellement. Enfin, l'expression « mise en cause personnelle » a été retenue parce qu'elle exprime le mieux la réalité vécue par l'agent.

Le second est d'ordre méthodologique. Il est clair que, dans de nombreux cas, des agents publics se sont trouvés à un titre ou à un autre mis en cause et que, de nombreuses années plus tard⁵, soit les affaires ont été classées sans suite, soit la responsabilité ou les différentes responsabilités de l'agent public n'ont pas été retenues par le juge. Parmi les cas dans lesquels l'agent public a été mis personnellement en cause, il est impossible de connaître la part de ceux où la mise en cause a strictement respecté les droits de la défense et ceux dans lesquels ce respect n'a pas été suffisamment assuré. Au demeurant, compte tenu de la pluralité des systèmes de responsabilités et de la diversité des cas, il n'est pas possible de concevoir un échantillon statistiquement représentatif. L'expérience montre en revanche que de nombreux cas existent où les droits des agents n'ont pas été suffisamment respectés et cela à divers stades de la procédure, du début de l'enquête administrative jusqu'aux décisions rendues par les juges, et même au-delà lorsque l'agent demande la réparation des dommages qu'il a subis alors que les griefs dont il avait fait l'objet se sont révélés en définitive infondés. Ses droits de la défense sont bien sûr visés au premier chef, et notamment son droit à la communication du dossier administratif le concernant. Mais ont été pris en compte aussi le droit au respect de sa vie privée, celui de son honneur et de sa réputation ou encore l'affaiblissement de ses perspectives professionnelles. Ce sont autant de points sur lesquels, dans le souci de contribuer à l'amélioration d'un système en évolution, le Cercle souhaite appeler l'attention des autorités qui mettent en cause les agents et des services et juridictions menant les procédures.

Pour mieux faire ressortir les différents problèmes qui peuvent se manifester tout au long des processus précontentieux ou/et contentieux, le Cercle a sélectionné six dossiers significatifs de mise en cause personnelle d'agents dont la responsabilité a été *in fine* totalement ou quasi

² En dehors donc de toute faute personnelle considérée comme détachable de ses fonctions.

³ Responsabilité civile.

⁴ Responsabilité également civile.

⁵ Pour ce qui concerne la procédure devant les juridictions financières, la procédure devant la CDBF était particulièrement longue. La réforme de 2022 vise, notamment, à raccourcir le délai.

totalemment écartée par les parquets ou les juges. Ces six cas ont été retenus aussi au regard de la diversité des administrations et services qu'ils pouvaient représenter et de l'enchaînement, voire de l'enchevêtrement particulièrement conséquent des procédures auxquelles ils avaient donné lieu. L'ensemble des documents transmis ont été examinés. Ont été analysés les lettres de mission initiant les enquêtes administratives, les procès-verbaux des enquêtes administratives, les rapports des services d'inspection ou de la Cour des comptes, qu'ils soient provisoires ou définitifs, les réponses des agents, les décisions de justice, les avis de la CADA, les différents recours administratifs, les réquisitoires, les convocations devant les juges, les procès-verbaux des conseils d'administration, les divers courriers internes, les écritures des avocats, les notes d'honoraires, les fiches de paie, etc. S'y sont ajoutés les témoignages verbaux des personnes mises en cause, essentiels pour comprendre l'impact personnel et psychologique sur elles. En outre, aux différentes étapes de l'élaboration de la présente note, ont été consultées des responsables d'administration, des magistrats, des membres d'inspection générale, des spécialistes de droit public ainsi que plusieurs associations professionnelles représentatives de gestionnaires de l'Etat et du secteur public hospitalier et des comptables publics. Le Cercle a tenu en juillet dernier une rencontre-débat consacrée notamment à cette question et à laquelle ont participé 69 membres du Cercle, responsables, universitaires ou experts du sujet.

L'élargissement quasi-continu de la responsabilité des agents publics aurait pu conduire à une évolution des pratiques de mise en cause, notamment pour assurer les droits à la défense. La présente note montre que cette évolution n'est pas encore intervenue et que la responsabilisation accrue des agents publics ne va pas toujours de pair avec la protection de leurs droits et une rigueur accrue des procédures et des conditions dans lesquelles elles sont engagées et conduites. Les dossiers étudiés mettent en lumière des lacunes dans les textes et des dysfonctionnements dans les pratiques conduisant au non-respect des droits du mis en cause, y compris sur des points essentiels. **Quatorze points où la vigilance est à renforcer** ont ainsi été identifiés. Certains valent pour l'ensemble des situations (A), d'autres pour les conditions de mise en place ou de déroulement des enquêtes administratives (B), d'autres pour certaines phases des procédures disciplinaire et contentieuse (C), d'autres sont plus spécifiques aux juridictions pénales (D) ou juridictions financières (E), d'autres, enfin, sont liés à la pluralité des systèmes de responsabilité (F).

A. POINTS DE VIGILANCE COMMUNS A TOUS LES TYPES DE PROCEDURES (n°s 1 à 2)

1. UNE PROTECTION FONCTIONNELLE A GEOMETRIE VARIABLE

La protection fonctionnelle de l'agent public est prévue par l'article L. 134-1 et suivants du code général de la fonction publique. L'administration a l'obligation de protéger son agent contre les attaques dont il fait l'objet dans l'exercice de ses fonctions ou contre les mises en cause de sa responsabilité civile devant le juge civil et de sa responsabilité pénale devant le juge pénal en raison de faits qui n'ont pas le caractère de faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions. Cette protection est justifiée par le souci que l'agent n'ait pas à supporter la réparation d'un dommage causé exclusivement par une faute de service ou les conséquences liées directement à l'exercice de ses missions. Les mesures prises pour assurer cette protection sont diverses et comprennent, notamment, la prise en charge des honoraires d'avocat et des frais de procédure.

Pourtant :

- La protection fonctionnelle ne s'applique pas en cas de mise en cause de la responsabilité financière de l'agent public devant les juridictions financières ainsi que l'indique très clairement

l'instruction n° 360/24/SG de la secrétaire générale du Gouvernement en date du 2 avril 2024⁶. Il restera cependant à être attentif à la décision que pourrait prendre le Conseil d'Etat dans le prolongement de l'ordonnance en référé prise par le Tribunal administratif de Paris (TA Paris, ord.14 mars 2024, n° 2403460) dans la mesure où ce dernier permet à un agent public mis en cause devant les juridictions financières de bénéficier d'une protection fonctionnelle, dans des conditions proches de celles requises par les textes, au nom d'un principe général du droit à la protection fonctionnelle de ceux-ci dégagé par le Conseil d'Etat (CE, 25 oct. 2021, n° 456941, en matière civile et CE, 8 juill. 2020, n° 427002 en matière pénale).

- La direction des créances spéciales du Trésor⁷ refuse d'appliquer aux sanctions financières l'abattement de droit commun pour paiement dans le mois alors que cet abattement est reconnu pour les amendes pénales.

- La protection fonctionnelle trouve ses limites dans les conventions d'assurance conclues entre les personnes publiques et les sociétés d'assurance. Ainsi, dans le cadre d'une procédure pénale, un agent s'est aperçu, très tardivement, que la protection fonctionnelle dont il bénéficiait était plafonnée à 50 000 euros, ce montant maximal figurant dans le contrat d'assurance souscrit par l'établissement auquel il était rattaché.

- La protection fonctionnelle ne s'applique pas en matière disciplinaire (CE, 9 décembre 2009, *Vavrand*, req. n° 312483), même si la responsabilité de l'agent a été écartée à l'issue de la procédure.

2. UNE EXONERATION DE LEURS RESPONSABILITES DES INSTANCES DE GOUVERNANCE OU DE L'AUTORITE HIERARCHIQUE SUPERIEURE

Les autorités hiérarchiques ou de tutelle jouent un rôle majeur dans la détermination des politiques publiques à mettre en œuvre et les objectifs à atteindre, notamment de performance. Elles sont conduites régulièrement à valider les actes ou les missions engagées par les différents services. L'article L. 131-5 du code des juridictions financières, issu de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 prévoit lui-même que, lorsqu'il a agi conformément aux instructions préalables de son supérieur hiérarchique et d'une personne habilitée, le justiciable n'est passible d'aucune sanction. Dans ce cas, la responsabilité (financière) de son supérieur hiérarchique ou de la personne habilitée se substitue à la sienne. Le droit positif n'ignore donc pas la place que peut prendre une autorité hiérarchique ou de tutelle dans les agissements qui pourraient être reprochés à l'agent.

Pourtant :

- Au moment des enquêtes administratives préliminaires, les autorités hiérarchiques ou de tutelle ne sont pas toujours entendues et les décisions qu'elles ont pu prendre ne sont pas toujours incluses dans les démarches d'inspection.

- Leur responsabilité n'est quasi jamais mise en jeu (elle ne l'a été dans aucun des six cas particulièrement examinés). Or, il est des situations où, quoiqu'informées de longue date d'une situation problématique au regard de l'état du droit en vigueur, les autorités hiérarchiques et de tutelle n'ont pas réagi. Pis encore, elles ont pu soutenir le dépassement par l'agent de ses missions légales, voire parfois en être à l'origine.

- La responsabilité des conseils d'administration n'est pas davantage recherchée, non plus que celle des représentants de l'Etat dans ces conseils, ni celle des fonctionnaires chargés du contrôle budgétaire et financier permanent des établissements.

⁶ Contrairement à la pratique qui prévalait dans le régime de la CDBF.

⁷ Direction qui est l'une des directions spécialisées de la Direction générale des finances publiques (DGFIP).

- La responsabilité de la puissance publique ne l'est pas non plus, la jurisprudence administrative exigeant traditionnellement l'existence d'une faute lourde de l'autorité de tutelle (CE, 10 janvier 2001, req. n° 208766).

- Si, et pour reprendre les termes du rapport issu d'une enquête administrative, les faits reprochés à l'agent « *doivent être mis en regard des circonstances particulièrement difficiles dans lesquelles il a exercé ses fonctions, notamment les contraintes, peut-être trop lourdes, induites par la convention d'objectifs et de moyens (COG)* », ces circonstances ne sont pas toujours prises en compte à leur pleine mesure.

B. POINTS DE VIGILANCE PROPRES AU DEROULEMENT DES ENQUETES ADMINISTRATIVES (n°s 3 à 6)

3. UNE ABSENCE DE CADRE JURIDIQUE ET UNE INSUFFISANCE DU CADRE METHODOLOGIQUE

Une enquête administrative vise à éclairer l'administration pour qu'elle puisse exercer utilement le pouvoir disciplinaire dont elle dispose. Elle est fréquemment nominative. Diligemment par l'autorité hiérarchique, elle cherche à établir la matérialité de faits ou du comportement d'un agent dont elle a connaissance ou qui lui sont signalés. L'enquête administrative est réalisée soit par le service d'inspection interne de l'administration considérée, soit par l'inspection générale du ou des ministères concernés. Ces enquêtes donnent lieu à de simples recommandations. Cependant, elles sont déterminantes car c'est sur leur base que des poursuites disciplinaires seront ou non engagées à l'encontre de l'agent public. De même, leur contenu constitue un élément d'appréciation des juges en cas de contentieux ultérieurs. Depuis la réforme de 2022, les chefs de service des inspections générales et ministérielles sont considérés eux-mêmes comme autorités de déferé auprès du Parquet général près la Cour des comptes (article L. 142-1-1-13 du code des juridictions financières). Ces déférés peuvent aboutir à l'engagement de la procédure de mise en cause de la responsabilité financière. Dès lors, dans certaines situations, les missions dites « d'audit » se transforment en véritables missions d'inspection ou de contrôle, changeant de nature en cours de route, les rapports devenant des sortes de rapports d'instruction. En outre, les rapports d'inspection peuvent donner lieu à transmission au procureur de la République, au titre de l'article 40 du code de procédure pénale (CPP) et être à l'origine de poursuites pénales.

Pourtant :

- A la différence des enquêtes judiciaires, les enquêtes administratives ne sont pas encadrées par le droit, même s'il existe de nombreux guides ou chartes, tels le « Guide des bonnes pratiques d'inspection et de contrôle à destination des réseaux territoriaux chargés de la santé et de la cohésion sociale » publié par l'IGAS en janvier 2019 ou le guide correspondant adopté par l'IGA.

- Par la manière dont elle énonce l'objet de l'enquête, la lettre de mission peut d'emblée orienter les enquêteurs vers une enquête à charge.

- Lorsqu'elle est interministérielle, il peut être difficile d'identifier quel en a été l'initiateur.

- Les pratiques d'enquête sont variables : dans certaines, l'agent public mis en cause est auditionné, dans d'autres, non⁸ ; lorsque des auditions sont menées au cours de l'enquête, dans certains cas les auditions favorables à l'agent mis en cause figurent au dossier, dans d'autres non ; les questions posées lors de l'audition peuvent être orientées vers la réponse attendue, l'instruction étant menée uniquement à charge.

⁸ La présence d'un avocat est possible ou non et de même pour la présence d'un représentant syndical. Ces divergences entre services d'inspection compliquent la conduite de certaines enquêtes, notamment de celles conduites dans une direction départementale interministérielle (DDI).

- Ces enquêtes ne sont pas soumises au principe général du droit au contradictoire de l'agent public, et donc de son droit à la défense⁹. Ce point pose problème en raison des suites directes ou indirectes que peut avoir l'enquête, même si la non-application du principe du contradictoire est souvent justifiée par l'absence de pouvoir de décision des enquêteurs¹⁰. Lorsque l'enquête est diligentée conjointement par plusieurs directeurs de cabinet, les termes utilisés, les objectifs fixés et les consignes données pèsent d'autant plus lourd sur l'orientation des investigations. De même, le fait qu'elles soient menées conjointement par plusieurs inspections générales donne un poids encore accru aux conclusions. Même si les missions d'enquête ne font qu'émettre des recommandations, celles-ci sont souvent déterminantes pour la suite.

- L'examen de certains dossiers montre que les procédures internes de validation des rapports d'inspection (par exemple, comité des pairs, lorsqu'il en existe un) n'ont pas été suffisantes pour repérer des lacunes manifestes.

4. UNE INFORMATION PARFOIS TRÈS TARDIVE DE L'AGENT PUBLIC SUR SA MISE EN CAUSE

L'article L121-7 du code général de la fonction publique impose aux agents publics de faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions. De son côté, le régime de protection des lanceurs d'alerte instauré par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 et modifié par la loi Wasserman du 21 mars 2022¹¹ garantit la confidentialité des informations recueillies dans le signalement quant à l'identité de l'auteur du signalement, des personnes visées et des tiers mentionnés. Il est donc des situations où, dans l'administration, la discrétion et le silence sont de mise.

Pourtant :

- L'application de cette discrétion professionnelle peut conduire à ce que le mis en cause ne soit informé que très tardivement de la procédure le concernant alors que son entourage direct peut avoir eu connaissance de cette mise en cause, *a fortiori* lorsque des auditions ont été réalisées dans le cadre d'une enquête administrative.

- Cette non-information est particulièrement problématique car les premiers actes d'une procédure sont très souvent déterminants pour la suite. Les cas analysés montrent que, quand on part d'un diagnostic premier erroné, la machine s'emballe vite.

- La non-information peut se révéler inique lorsque le mis en cause a été le lanceur d'alerte. Ainsi, a été identifié le cas d'un agent qui, avant de partir à la retraite, avait signalé à son autorité de tutelle avoir reçu un appel d'un journaliste mettant en cause un élu municipal qui jouait un rôle dans l'établissement auquel il était rattaché. Dans un autre cas, l'agent concerné avait signalé à l'enquêteur de la Cour des comptes les conditions de passation d'un marché public pratiquées au sein de son établissement, conditions irrégulières mais autorisées, en l'espèce, par la tutelle.

⁹ Certaines inspections générales font signer au mis en cause un procès-verbal d'audition et il en est parfois de même pour les autres personnes entendues. Les pratiques peuvent être différentes aussi selon les inspecteurs généraux à l'intérieur d'une même inspection.

¹⁰ Le devoir de délicatesse a été introduit dans la charte de déontologie de l'Inspection Générale de la Justice, publiée au Journal Officiel du 7 juillet 2024. Il y est précisé que « *les inspectants doivent conserver en toutes circonstances une attitude empreinte de délicatesse à l'égard de leurs interlocuteurs et de leurs pairs* » (cf. Décision du 27 juin 2024 relative à la charte de déontologie de l'inspection générale de la justice - Légifrance). Le collège de déontologie des juridictions financières a recommandé au Premier président d'introduire ce principe dans la charte de déontologie des juridictions financières.

¹¹ Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (loi assouplissant la recevabilité de l'alerte et les conditions dans lesquelles elle s'effectue et étendant la protection des lanceurs d'alerte).

Non seulement, sa dénonciation ne figurait pas dans le rapport d'inspection mais encore, il n'a été informé que très tardivement de sa mise en cause pour ces faits.

- Pour donner suite à l'enquête administrative, l'article 40 CPP oblige le service d'inspection ou le ministre concerné à saisir directement le procureur de la République dès lors que l'enquête fait apparaître un crime ou un délit¹². Ce signalement intervient sans que l'agent n'ait été jamais informé, ni même auditionné au cours de l'enquête administrative. Le motif invoqué implicitement est le risque de déperdition des preuves mais celui-ci n'existe pas toujours.

5. LA REUTILISATION DES RAPPORTS ISSUS DES INSPECTIONS ADMINISTRATIVES OU DES ENQUETES

Hormis ceux de la Cour, les rapports issus des inspections administratives ou des enquêtes ne sont généralement pas rendus publics. Cependant, ils peuvent intéresser d'autres services, des organes de presse, voire la Justice qui peuvent demander que les rapports leur soient communiqués en tant que documents administratifs. Même si le législateur ne se prononce pas directement sur la question, il est possible de considérer qu'en application des règles générales applicables à la matière, l'autorité administrative a l'obligation de faire droit à cette demande à condition, précisent les articles L. 321-1 à L. 327-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), que la réutilisation des informations comportant des données à caractère personnel soit subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En outre, la communication de tels documents pouvant comporter des mentions portant atteinte à la vie privée de l'agent, nuire à son honneur et à sa réputation, l'article L. 311-7 CRPA indique que, dans ce cas, la communication peut avoir lieu à condition d'avoir pu occulter ou disjoindre les mentions dudit document. Au respect du CRPA s'ajoute celui de la vie privée de l'agent public mis en cause, tel qu'énoncé par l'article 9 du code civil et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pourtant :

- La protection de la vie privée de l'agent public n'est pas toujours assurée. Un exemple montre la mention des convictions philosophiques d'un agent dans un rapport d'inspection. En outre, ce rapport a été transmis à la Cour des comptes et s'est retrouvé inséré dans un dossier instruit par la chambre du contentieux. L'agent en question avait demandé la suppression de cette mention à la x^{ème} chambre. Ne l'ayant pas obtenue, il s'est tourné vers la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) dont la position n'était pas encore connue au moment de la rédaction de la présente note.

- L'anonymisation prévue par la législation ne protège pas toujours l'honneur et la réputation de l'agent public.

6. DES CONFLITS D'INTERETS

L'article L. 121-5 du code général de la fonction publique issu de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique définit le conflit d'intérêts comme toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions de l'agent public. Ce dernier critère implique d'examiner l'intensité de l'interférence au cas par cas. Le conflit d'intérêts existe quand l'interférence est suffisamment forte pour faire douter de la capacité du responsable public à exercer ses fonctions en toute objectivité. A titre préventif,

¹² La pratique varie selon les services d'inspection et les organismes de contrôle, certains étant plus hésitants que d'autres à faire usage de l'article 40 CPP.

l'article L. 122-1 du même code prévoit plusieurs hypothèses de déport de l'autorité administrative pour éviter tout conflit d'intérêts. Il se peut cependant que la prévention n'ait pas produit les effets escomptés et le conflit d'intérêts se produit. Il est sanctionné par l'article 432-12 du Code pénal réprimant les atteintes de l'agent public à son devoir de probité. Les conflits d'intérêts sont donc traités par le droit positif tant du point de vue préventif que répressif.

Pourtant :

- Au moment de leur déclenchement ou de leur déroulement, des enquêtes sont menées par des personnes présentant un conflit d'intérêts en raison de leurs relations avec l'agent en question ou avec l'entité dont il dépend ou a dépendu. Deux exemples montrent, l'un, que la personne ayant diligenté l'enquête a exercé, par la suite, les fonctions de l'agent mis en cause et, l'autre, que l'agent ayant procédé à l'audit aurait réalisé, peu de temps après sa mission et sa mise à la retraite, une mission d'appui/conseil auprès de la nouvelle gouvernance de l'organisme audité.

- Des cas ont été relevés où le superviseur d'une mission d'inspection avait été associé au moins une fois à l'instruction elle-même.

C. POINTS DE VIGILANCE PROPRES AUX PROCEDURES DISCIPLINAIRES ET CONTENTIEUSES (n^{os} 7 et 8)

7. UNE COMMUNICATION PARTIELLE OU/ET MALAISEE DU DOSSIER DU MIS EN CAUSE

Tant dans le cadre de la procédure disciplinaire que contentieuse, l'agent mis en cause peut, pour sa défense, avoir à demander la communication de pièces détenues par l'organisme auquel il est ou était rattaché. Celles-ci peuvent être déterminantes pour établir l'absence de matérialité des faits qui lui sont reprochés.

Le droit à communication à l'agent des pièces de son dossier est protégé par l'article L. 532-4 du code général de la fonction publique qui reprend l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. Ce droit s'exerce avant le prononcé d'une sanction disciplinaire ou d'une mesure prise en considération de la personne. Il porte sur l'intégralité du dossier individuel et de tous les documents annexes, l'ensemble des pièces composant le dossier administratif de l'agent devant être enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité.

Pour sa défense, l'agent peut avoir besoin de disposer des rapports des enquêtes administratives et d'inspection établis en amont. Ces derniers étant considérés comme des documents administratifs communicables, au sens de l'article L. 311-1 et L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA)¹³, l'agent doit pouvoir, s'il les demande, obtenir leur communication. Du reste, le juge administratif a confirmé ce droit dans deux décisions récentes. La première précise que « *lorsqu'une enquête administrative a été diligentée sur le comportement d'un agent public, y compris lorsqu'elle a été confiée à des corps d'inspection, le rapport établi à l'issue de cette enquête, ainsi que, lorsqu'ils existent, les procès-verbaux des auditions des personnes entendues sur le comportement de l'agent faisant l'objet de l'enquête font partie des pièces dont ce dernier doit recevoir communication en application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905* » (CE 5 février 2020, M. D., n° 433130). La deuxième souligne que « *dans le cas où, pour prendre une sanction à l'encontre d'un agent public, l'autorité disciplinaire se fonde sur le rapport établi par une mission d'inspection, elle doit mettre cet agent à même de*

¹³ CADA, 7 janvier 2021, avis n° 20205065 ; CADA, 30 juillet 2015, avis n° 20152782. La commission d'accès aux documents administratifs (CADA), créée par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, est une autorité administrative indépendante qui prolonge le droit des administrés à obtenir communication de tout document administratif, au sens de L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Elle peut être saisie par toute personne qui se serait heurtée à un refus de l'administration de lui communiquer, sur sa demande, un document administratif et donnera un avis sur le caractère communicable ou non dudit document.

prendre connaissance de celui-ci ou des parties de celui-ci relatives aux faits qui lui sont reprochés, ainsi que des témoignages recueillis par les inspecteurs dont elle dispose, notamment ceux au regard desquels elle se détermine » (C.E., Section, 13 novembre 2023, n° 466958). Le droit positif et la jurisprudence administrative vont donc dans le sens d'un renforcement, de ce point de vue, des droits de la défense des agents publics.

Pourtant :

- Le droit à la communication du dossier connaît ses premières limites lorsque les autorités hiérarchiques refusent, en gardant le silence notamment, de communiquer son dossier à l'agent.

- Des limites prétoriennes sont posées à la communication du rapport de synthèse et des procès-verbaux d'audition de l'enquête administrative : l'enquête doit être achevée ; le document ne doit pas présenter un caractère préparatoire à une décision en cours d'élaboration (par exemple, par l'autorité disciplinaire dans le cas d'une mesure disciplinaire) ; l'autorité hiérarchique ne doit pas avoir manifestement renoncé à prendre une décision. Ces limites sont bien réelles puisqu'un rapport, par nature, a pour objet d'éclairer une décision future, par exemple sur une sanction ou un groupe de sanctions.

- Le droit à la communication de l'intégralité de l'enquête administrative est limité par la non-divulgence de l'identité des auteurs de dénonciations ou de témoignages. C'est le cas lorsque la divulgation à un tiers, notamment à l'agent mis en cause, pourrait, compte tenu de leurs termes et du contexte dans lequel ils s'inscrivent, leur porter gravement préjudice (CE 5 février 2020, *M. D.*, n° 433130 ; cas d'un agent public faisant l'objet d'une mesure prise en considération de la personne) ou comporterait un risque avéré de préjudice pour son auteur (C.E., Section, 13 novembre 2023, n° 466958 ; cas d'un agent ayant fait l'objet d'une mesure disciplinaire). Dans certains cas, il sera donc impossible à l'agent d'identifier la personne à l'origine matérielle de sa mise en cause, alors qu'une plainte par pure diffamation n'est pas exclue (c'est le cas dans l'un des dossiers examinés).

- Dans les mêmes conditions, la communication du dossier peut ne pas comporter les procès-verbaux des auditions des personnes entendues sur le comportement de l'agent faisant l'objet de l'enquête lorsque la communication de ceux-ci serait considérée comme de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné ou comporterait un risque avéré de préjudice pour son auteur. L'analyse des dossiers montre que cette restriction est, dans la pratique, interprétée extensivement par l'administration et les juges et qu'il faut une opiniâtreté particulière du mis en cause pour voir ses droits reconnus.

- La communication de pièces essentielles à la défense de l'agent peut être malaisée, lorsqu'il est lui-même parti à la retraite, a été démis d'office de ses fonctions ou a vu son poste supprimé, on constate des difficultés parfois lourdes à ce que le bon document soit communiqué ou qu'il le soit dans un bref délai. Deux des mis en cause regrettent de « *ne pas avoir pu accéder à toutes les pièces qui (leur) auraient été utiles pour exercer (leurs) droits de la défense* ». Est en cause tantôt le bon vouloir de l'interlocuteur, tantôt son impossibilité à retrouver les pièces demandées, notamment s'il est nouveau dans le service.

- En outre, l'intervention de la CADA n'est pas toujours suivie d'effet. Un avis positif pour la communication dudit document – car l'autorité administrative indépendante ne peut émettre qu'un avis - ne suffit pas toujours à la communication effective de ce document.

8. LA SITUATION PROFESSIONNELLE DE L'AGENT PUBLIC PENDANT SA MISE EN CAUSE ET AU-DELA

Avant même l'engagement de toute procédure disciplinaire ou pénale, un agent public mis personnellement en cause peut, en cas de faute considérée comme grave, faire l'objet d'une suspension provisoire par l'autorité hiérarchique, cela pour une durée maximale de 4 mois. Par

ailleurs, une fois les procédures disciplinaires, pénales ou financières engagées, l'agent mis en cause peut se voir infliger une sanction disciplinaire, pénale ou financière. Il existe donc une série de mesures susceptibles d'intervenir pour sanctionner le comportement de l'agent public mis en cause. En dehors de ces sanctions, l'autorité hiérarchique peut prendre plusieurs mesures directement liées au comportement de la personne (cas notamment du licenciement pour inaptitude professionnelle ou de la mise à la retraite d'office de l'agent public). Dans tous les cas, le droit attache à ces sanctions et ces mesures prises en considération de la personne un certain nombre de garanties (possibilité de contestation, d'obtenir communication de son dossier notamment).

Pourtant :

- Certaines décisions qui peuvent être prises par l'autorité hiérarchique ou les autorités compétentes ont incontestablement un impact sur la situation professionnelle du mis en cause et l'évolution de sa carrière et, juridiquement, ne sauraient être considérées ni comme des sanctions, ni comme des mesures prises en considération de la personne. C'est le cas des mesures administratives simples, telles que la suppression du poste de l'agent mis en cause. Cela peut être le cas aussi de la mutation de l'agent dans l'intérêt du service sans qu'un lien explicite puisse être établi avec le comportement supposé ou avéré de l'agent et donc sans que cette décision puisse être considérée comme une « mesure prise en considération de la personne ».
- Des agents ont pu conserver leur grade mais se sont vu confier des missions très nettement inférieures à celles occupées antérieurement à leur mise en cause, même après que leur responsabilité ait été écartée par les juridictions.

D. POINTS DE VIGILANCE PROPRES AUX PROCEDURES PENALES (n° 9 et 10)

Les dossiers étudiés montrent que, lors d'une procédure pénale, les garde à vue des mis en cause pouvaient s'effectuer dans des conditions particulièrement lourdes, sinon traumatisantes. Un agent a été ainsi auditionné 36 heures, un autre 16 heures, un autre encore 12 heures. L'un d'entre eux, responsable d'un grand établissement public indique ne pas avoir, au préalable, été informé de la nature et de la date de l'infraction qu'on le soupçonnait d'avoir commise et s'être présenté seul, sans avocat (les textes n'en font pas une obligation). Ces conditions observables pour la garde à vue ne sont cependant pas propres aux agents publics. Le choix a été fait de ne pas examiner ce sujet dans la cadre de la présente note.

9. LES PIEGES DU PLAIDER-COUPABLE

Mérite d'être souligné l'impact de la procédure de plaider-coupable parce que ce problème prend une dimension particulière pour les agents publics du fait de l'existence d'un régime spécifique de responsabilité financière qui s'ajoute à la responsabilité pénale. Créée par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II et introduite aux articles 495-7 à 495-16 et 520-1 du Code de procédure pénale, la procédure de plaider-coupable ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) est applicable lorsque l'auteur de certaines infractions reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Le procureur de la République, seul compétent pour initier cette procédure, lui propose d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues. En cas d'acceptation, l'intéressé est présenté devant le président du tribunal judiciaire aux fins d'homologation de la proposition ainsi faite. La décision du juge, de nature juridictionnelle, est susceptible d'appel et emporte les effets d'un jugement de condamnation. Cette procédure se substitue à la procédure classique de jugement devant le tribunal correctionnel. Elle a l'avantage de la rapidité (au regard des délais d'une poursuite par citation directe ou d'ouverture d'une information judiciaire) et de la discrétion. En effet, si l'homologation judiciaire de l'accord passé entre le

procureur et le prévenu donne lieu à une audience publique, celle-ci n'est ni annoncée, ni entourée de publicité.

Pourtant :

- La procédure de plaider-coupable peut se révéler particulièrement redoutable pour l'agent public. En cas de refus d'homologation par le juge du siège, le procureur de la République est obligé de renvoyer le mis en cause soit devant le tribunal correctionnel, soit devant le juge d'instruction. En cas d'homologation, la procédure cristallise les qualifications retenues, lesquelles bénéficieront de l'autorité de la chose jugée au pénal. En d'autres termes, les faits qui en sont la base devront être considérés comme établis par toute autre instance sanctionnatrice, disciplinaire ou financière par exemple.

Si cette procédure évite un procès pénal, elle n'épargnera pas le cas échéant d'autres procédures. Par lassitude, pour protéger ses proches ou pour s'épargner les incertitudes et le coût d'une longue procédure, l'agent public peut reconnaître un fait alors qu'il ne l'a en réalité pas commis, sans avoir conscience que cette reconnaissance pourra être utilisée contre lui, par exemple, devant les juridictions financières.

- Les avocats spécialisés n'étant pas nécessairement les mêmes devant les juridictions pénales et financières, l'attention des premiers et des mis en cause eux-mêmes devrait donc être appelée sur les conséquences potentielles du plaider-coupable.

10. LA PRODUCTION DE PIÈCES TIRÉES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

Lorsqu'il est attiré devant plusieurs juridictions en même temps, l'agent public peut avoir intérêt à produire des pièces tirées de la procédure pénale, procédure inquisitoriale donnant une place centrale au juge et lui permettant d'ordonner des expertises, d'enjoindre la production de pièces auprès de l'administration. L'agent public peut cependant très vite se heurter au principe du secret de l'instruction tel que visé à l'article L. 11 al. 1 du code de procédure pénale (CPP). En matière de procédure pénale, ce principe fait obstacle à ce que les parties et leurs conseils puissent produire des pièces provenant d'une instruction en cours¹⁴. Il vise à garantir tant la présomption d'innocence que l'efficacité de l'enquête. L'alinéa 1 de l'article L. 11 CPP¹⁵ qui le pose reconnaît toutefois deux exceptions : lorsque le législateur en dispose autrement et lorsqu'il s'agit de répondre aux besoins des droits de la défense¹⁶. Cette seconde exception est particulièrement importante pour l'agent public mis en cause dans la mesure où les enquêtes réalisées au pénal peuvent révéler des faits mais aussi des pièces pouvant être utiles, voire déterminantes dans une autre procédure. Le Conseil constitutionnel a du reste rappelé de manière très claire dans sa décision QPC du 2 mars 2018, n° 2017-693 que le secret de l'enquête et de l'instruction s'entend « sans préjudice des droits de la défense »

¹⁴ Même si, sur le fondement du nouvel article 77-2 du CPP et de son décret d'application du 13 avril 2022, « à tout moment de l'enquête préliminaire, le procureur de la République peut, lorsqu'il estime que cette décision ne risque pas de porter atteinte à l'efficacité des investigations, indiquer à la personne mise en cause, à la victime ou à leurs avocats qu'une copie de tout ou partie du dossier de la procédure est mise à la disposition de leurs avocats, ou à leur disposition si elles ne sont pas assistées par un avocat, et qu'elles ont la possibilité de formuler toutes observations qui leur paraîtraient utiles ». Cette possibilité n'est pas à confondre avec la possibilité pour le mis en cause de produire, à savoir d'utiliser à son profil l'une des pièces de la procédure pénale.

¹⁵ « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ».

¹⁶ Cette exception liée à l'exercice des droits de la défense est elle-même reprise à l'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat et par l'article 434-7-2 du code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi *Perben 2*.

Pourtant :

- La pratique montre qu'en cas de procédures juridictionnelles parallèles et pour exercer leurs droits à la défense, les agents publics et leurs conseils hésitent à produire des pièces provenant d'une instruction en cours devant le juge pénal. L'hésitation est liée à ce que la violation du secret de l'instruction est passible, même si elles sont rares en pratique, de sanctions pouvant être prononcées à l'encontre des parties (article 114-1 CPP) ou de leurs conseils (article 226-13 du code pénal).
- Un dossier a même montré les hésitations d'un agent public à produire pour sa défense, et dans le cadre d'une procédure juridictionnelle parallèle, des pièces communiquées par l'administration au juge pénal, pièces que l'administration avait refusé de lui transmettre, même après qu'une décision juridictionnelle lui a enjoint de le faire.
- Ce qu'appréhende l'agent, c'est de ne pas pouvoir démontrer, en cas de contestation, que la production des pièces issues du pénal était utile pour conforter l'exercice de sa défense.
- On relèvera aussi les hésitations de l'agent public à mettre en œuvre l'article R. 155-2° CPP¹⁷ qui permet de demander l'autorisation au procureur d'expédier les pièces d'une enquête terminée par une décision de classement sans suite¹⁸, par crainte de provoquer des complications.

E. POINTS DE VIGILANCE PROPRES AUX JURIDICTIONS FINANCIERES (n°s 11 à 14)

11. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU CONTRADICTOIRE

Aux termes de l'article L. 141-1 du code des juridictions financières (CJF), les arrêts, observations et opinions de la Cour des comptes sont délibérés et adoptés collégialement, après une procédure contradictoire. Cette dernière, doit permettre aux mis en cause de faire valoir leurs arguments sur les observations et recommandations provisoires de la Cour. Le site de la Cour met l'accent sur le fait que la contradiction est un droit et une garantie pour le justiciable, dans le cadre des missions juridictionnelles mais aussi, pour le contrôlé, « dans le cadre des missions non juridictionnelles ». Pour la Cour des comptes, le principe du contradictoire prévu par le code des juridictions financières ne se limite donc pas aux missions juridictionnelles de la Cour et c'est d'autant plus nécessaire que les procédures non juridictionnelles peuvent déboucher sur l'engagement de procédures juridictionnelles.

L'organisation de la Cour et les procédures mises en œuvre en son sein apportent plusieurs garanties à l'agent.

Pour ce qui est du contrôle non juridictionnel, les six chambres de la Cour qui mènent les contrôles de gestion sont organisées selon un principe de collégialité et l'un des membres exerce une fonction de contre-rapporteur qui comporte non seulement un avis global sur le projet mais aussi un examen des pièces. Devant ces chambres, la procédure comporte elle-même deux temps. Préalablement à l'envoi de ses observations définitives, la Cour adresse aux administrations et organismes contrôlés ses observations provisoires afin qu'ils puissent faire connaître leurs observations écrites dans le délai d'un mois qui suit cette transmission. Elle transmet dans les mêmes conditions les extraits les concernant aux tiers explicitement mis en cause. Elle peut transmettre à d'autres administrations, organismes ou personnes intéressés les

¹⁷ « 2° Avec l'autorisation du procureur de la République ou du procureur général selon le cas, expédition de toutes les autres pièces de la procédure, notamment, en ce qui concerne les pièces d'une enquête terminée par une décision de classement sans suite. Toutefois, cette autorisation n'est pas requise lorsque des poursuites ont été engagées ou qu'il est fait application des articles 41-1 à 41-3 et que la copie est demandée pour l'exercice des droits de la défense ou des droits de la partie civile ».

¹⁸ Alors que ce même article souligne que cette autorisation n'est pas requise lorsque notamment des poursuites ont été engagées et que la copie de cette pièce est demandée pour l'exercice des droits de la défense.

extraits les concernant¹⁹. Dans un deuxième temps, au vu de leur réponse, les chambres délibèrent sur leurs rapports définitifs et, le cas échéant, saisissent par un déferé le Procureur général près la Cour des comptes.

Pour ce qui est du contrôle juridictionnel, la phase contentieuse est confiée à une nouvelle chambre, spécialisée, créée à la suite de la réforme de 2022. Aux différents stades de ces procédures, le rôle du Procureur général est essentiel : après qu'un déferé ou un signalement lui a été adressé, il peut soit décider d'engager les poursuites par un réquisitoire introductif d'instance, soit classer l'affaire²⁰. Dans un délai de trois mois, il peut renvoyer l'affaire à la chambre du contentieux, demander un complément d'instruction ou classer l'affaire²¹. Il peut donc, au moins à deux reprises, interrompre la procédure de mise en jeu de la responsabilité financière du gestionnaire public. Dans aucun des cas examinés, le Procureur général n'a renvoyé l'affaire devant la chambre du contentieux.

A tous les stades, il peut aussi formuler des conclusions ou, au contentieux, des réquisitions lorsqu'il demande à la Cour de prononcer des amendes.

D'autres dispositions du code des juridictions financières concourent encore plus directement aux droits des agents publics. Lorsque, au premier stade de la procédure, le Procureur général a décidé d'engager les poursuites par un réquisitoire introductif d'instance, celui-ci ainsi que l'ordonnance de mise en cause prise par le magistrat instructeur désigné par le président de la chambre du contentieux sont notifiés d'emblée à la ou aux personnes mises en cause. L'ordonnance de mise en cause doit mentionner obligatoirement les droits de l'agent²². Tout au long de l'instruction menée par le magistrat instructeur, la ou les personnes mises en cause ou susceptibles de l'être peuvent être entendues ou questionnées par oral ou par écrit²³. Il s'agit d'un droit pour elles²⁴. Il leur est possible d'accéder à leur dossier et de produire des documents ou des observations écrites. L'ordonnance de règlement prise par le magistrat instructeur – ordonnance qui clôt l'instruction et qui est nécessairement notifiée à la ou aux personnes mises en cause - présente les résultats de ses investigations en mentionnant les éléments à charge et à décharge, ainsi que ses propositions de suite à donner²⁵. De même, après la clôture de l'instruction, si le Procureur général décide de renvoyer l'affaire à la chambre du contentieux, la personne renvoyée peut, dans un délai de deux mois suivant la décision de renvoi, produire un mémoire écrit, avant que cette dernière ne délibère.²⁶

Pourtant :

- Au niveau de l'instruction devant les chambres chargées des contrôles de gestion, les dossiers examinés montrent que, à ce premier stade, la procédure n'a pas toujours pleinement respecté les droits des agents. Ainsi, un agent mis en cause n'a été entendu à aucun stade de la procédure devant la x^{ème} chambre avant que celle-ci ne saisisse le Procureur général. Il n'a pas été destinataire d'un extrait du ROP alors qu'il pouvait être considéré comme tiers explicitement mis

¹⁹ Cf sur ces deux points : article R. 143-7 CJF. On ajoutera que si le respect de la contradiction fait partie des contrôles exercés par le Parquet, il est aussi rendu compliqué par le fait que certaines enquêtes dites thématiques ne visent pas un seul organisme mais plusieurs et, parfois, un très grand nombre d'entités.

²⁰ Article R. 142-1-1 CJF.

²¹ Article R. 142-2-13 CJF.

²² Article R. 142-2-1 CJF.

²³ Contrairement aux missions non contentieuses de la Cour où les entretiens conduits par les rapporteurs ne donnent pas lieu à un PV, en matière contentieuse, les auditions se font en présence d'un greffier.

²⁴ Article R. 142-2-4 CJF.

²⁵ Article R. 142-2-12 CJF.

²⁶ Enfin, le magistrat chargé de l'instruction qui supposerait en sa personne une cause de récusation ou estimerait en conscience devoir s'abstenir doit en informer sans délai le président de la chambre du contentieux qui en désignera un autre (article R. 142-2-10 CJF).

en cause et que cette contradiction était donc obligatoire²⁷. Dans le même temps, les ministères de tutelle et le conseil d'administration de l'établissement public au sein duquel il exerçait ses fonctions avaient été, eux, destinataires du rapport provisoire et même du rapport définitif. Il n'a pas davantage été informé lorsque la x^{ème} chambre a saisi le Procureur général, aucune disposition ne le prévoyant. Ce n'est que par le magistrat instructeur de la chambre du contentieux que l'agent a été informé de la procédure engagée à son encontre et a été mis en mesure de présenter ses observations.

Il faut ajouter que, dans ce dossier, le rapport d'observation définitif de la x^{ème} chambre avait été mis en ligne sur le site internet de la Cour en comportant une mention indirectement nominative du mis en cause et des faits reprochés, portant ainsi atteinte à son honneur et à sa réputation, un préjudice difficilement réparable. Le filtre que constitue normalement la communication des observations provisoires n'a pas fonctionné.

- De manière plus générale, la communication aux anciens dirigeants est parfois omise alors que les faits examinés portent, par définition, sur des périodes passées²⁸.

- Il peut arriver que le rapport d'audit ou d'inspection établi en amont par un service d'inspection générale soit repris par une chambre chargée des contrôles de gestion sans vérification des conditions dans lesquelles celui-ci a été établi et de l'exactitude des faits.

- Lorsqu'ils sont nommés à la Cour ou lorsqu'ils y reviennent après un détachement, les magistrats sont fréquemment affectés entre les chambres au regard de leur expérience professionnelle, dans le souci de renforcer ainsi les compétences techniques des chambres. En revanche, cette pratique, lorsqu'il s'agit de l'examen d'une situation individuelle, peut conduire à ce que ces magistrats aient été en relations avec les mis en cause. Normalement, en ce cas, ils ne doivent ni participer à l'instruction, ni assurer le contre-rapport, ni être présent au délibéré mais, dans l'un des dossiers examinés, cette précaution n'a pas été observée au stade de l'instruction²⁹. Antérieurement, le faible nombre d'affaires potentiellement contentieuses limitait l'importance de ce risque ; il peut s'accroître à la suite de la réforme de 2022 et du développement recherché de l'activité contentieuse.

- Même si le Procureur général ne renvoie pas l'affaire à la chambre du contentieux au vu du dossier d'instruction constitué par le magistrat instructeur, l'engagement de cette instruction, la nécessité pour le mis en cause de répondre à des questions parfois très nombreuses, l'audition par le magistrat instructeur ne sont pas neutres pour l'agent concerné³⁰.

12. LA DEFINITION DES INFRACTIONS FINANCIERES

Dès le 1^{er} janvier 2023, les juridictions financières ont mis en place une organisation interne adaptée avec, en particulier, la mise en place de la chambre du contentieux qui a pris le relais de l'ancienne Cour de disciplinaire budgétaire et financière.

Les dix infractions définies dans le nouveau régime de responsabilité financière issues de l'ordonnance de 2022 sont souvent regroupées et réparties en quatre blocs : les fautes graves de gestion entraînant un préjudice financier significatif, l'octroi d'un avantage injustifié à soi-même

²⁷ La frontière n'est pas toujours nette entre le « tiers mis en cause » avec lequel la contradiction est obligatoire et le tiers intéressé avec lequel elle est facultative.

²⁸ Tel n'est pas le cas devant les CRC au regard des exigences et de l'application de l'article R. 243-5 CJP en vertu duquel le président de la chambre régionale des comptes adresse aux ordonnateurs des collectivités territoriales et aux dirigeants des organismes contrôlés ayant quitté leurs fonctions la partie du rapport et concernant leur gestion.

²⁹ Les relevés d'observations définitives mis sur le site de la Cour (ou des juridictions financières) ne mentionnent pas la composition de la formation qui a délibéré.

³⁰ En outre, dans certains cas, le magistrat instructeur a retenu des griefs qui finalement ont été écartés par le Procureur général.

ou à autrui, les infractions budgétaires et comptables, l'inexécution des décisions de justice et l'obstruction à un mandatement d'office (articles L. 131-9 à L. 131-15 CJF).

Pourtant :

- Malgré leur importance, la caractérisation de l'octroi d'un avantage à soi-même ou à autrui mais aussi de la faute grave de gestion entraînant un préjudice financier significatif pose difficulté tant elle suppose une délicate interprétation de la loi. De manière générale, s'il revient à la jurisprudence de définir peu à peu les contours de ces nouvelles infractions, l'insécurité juridique liée au nécessaire cadrage conceptuel de ces notions peut provoquer l'inquiétude de nombreux gestionnaires et comptables publics³¹, inquiétude qui peut être dissuasive pour l'attractivité des postes à responsabilité et susciter de la part des agents des comportements de précaution qui peuvent nuire à l'efficacité de l'action publique. Par exemple, les responsables administratifs peuvent être tentés de faire remonter la prise de décision aux ministres ou aux élus qui ne sont pas responsables devant la Cour.

- A ce jour, la définition des infractions financières se fait essentiellement en miroir de celle retenue pour les infractions pénales : ainsi, le champ potentiel de la responsabilité liée aux infractions financières est présenté comme ce qui ne relève pas du champ pénal. A cet égard, est significative la fiche pratique écrite à l'attention des procureurs de la République, publiée sur le site de la Cour des comptes³². Celle-ci précise, et même si c'est à titre d'exemples, que « *peuvent être déférés au Procureur général près la Cour des comptes soit des faits qui paraîtraient insuffisamment graves pour envisager des poursuites pénales, soit des faits pour lesquels les investigations buteraient sur la caractérisation de l'élément intentionnel d'une infraction pénale, ou encore des faits qui, en complément de la commission d'infractions pénales par certains auteurs, mettraient en évidence des manquements commis par d'autres dans la supervision, l'encadrement ou la tutelle de l'organisme objet de telles infractions* ».

13. UNE DIFFUSION PUBLIQUE DES OBSERVATIONS COMPORTANT UN RISQUE D'ATTEINTE A L'HONNEUR ET A LA REPUTATION DE L'AGENT

La Cour a progressivement développé sa pratique de publication de ses observations définitives, via son site internet et les réseaux sociaux. Depuis le 1^{er} janvier 2023, ce sont toutes les observations définitives qui sont rendues publiques. Cette évolution répond à l'exigence de transparence et permet que les observations aient valeur d'exemple. Ces observations ne devraient toutefois pas comporter de mise en cause personnelle d'un agent public avant que ne soit rendu un jugement définitif.

Pourtant :

- L'examen de dossiers montre que des mentions indirectement nominatives ont pu figurer dans des observations publiées par la Cour alors qu'il s'est avéré que les griefs formulés à l'encontre de l'agent public l'ont été à tort. Alors que la saisine de la chambre du contentieux n'était pas exclue, a pu être relevé le cas de la publication sur le site de la Cour des comptes d'un relevé d'observations définitives (ROD), relayé par exemple par sa diffusion sur LinkedIn. En outre, le relevé avait été transmis, aux autorités de tutelle de l'organisme concerné et aux assemblées parlementaires.

³¹ L'affinement de la portée d'une infraction par la construction d'une jurisprudence est classique mais le cadrage conceptuel lui-même doit être suffisamment clair, *a fortiori* quand il s'agit d'une situation personnelle avec les conséquences qui peuvent en résulter dans la vie de la personne en cause.

³² Fiche intitulée « Déféré au Procureur général près la Cour des comptes de faits sanctionnables au titre du régime de responsabilité financière des gestionnaires publics prévu par le code des juridictions financières ».

- Devant la Cour des comptes et contrairement à ce qui existe devant les chambres régionales des comptes, il n'existe pas de procédures permettant de faire aboutir les demandes de suppression ou de corrections, en cas de mise en cause personnelle de l'agent *in fine* se révélant par la suite non justifiée³³.

F. POINTS DE VIGILANCE LIES A LA PLURALITE DES SYSTEMES DE RESPONSABILITE (n° 14)

14. LE CUMUL, VOIRE L'ENCHEVETREMENT DES PROCEDURES DE MISE EN CAUSE

L'examen des procédures et celui des dossiers particulièrement examinés font ressortir les problèmes qui résultent du cumul des types de responsabilités et qui se trouvent souvent accrus par l'enchevêtrement des procédures.

La question du cumul

La réforme récente de la responsabilité financière des agents publics et les annonces de développement de la procédure de licenciement pour insuffisance professionnelles donnent une nouvelle dimension à la question du cumul des mises en causes personnelles des agents publics. Le délicat sujet entre responsabilité pénale et responsabilité financière n'a pas été traité lors de la réforme de 2022. Le problème existait déjà du temps des sanctions relevant de la Cour de discipline budgétaire et financière mais ces dernières étaient chaque année si peu nombreuses que peu s'inquiétaient véritablement de ce cumul. Du reste, après avoir longtemps admis le cumul des poursuites, le parquet de la CDBF avait préféré laisser la main au juge pénal toutes les fois où, pour des faits identiques, des poursuites judiciaires étaient déjà engagées ce juge. Il s'agissait de ne pas heurter la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe *non bis in idem*, principe en vertu duquel nul ne peut être sanctionné deux fois pour un même fait (décision 2021-953 QPC du 9 décembre 2021 et décision n°2021-984 QPC du 25 mars 2022).

Pourtant :

- Il n'est pas certain que l'exclusion de fait du cumul de la responsabilité pénale devant le juge pénal et de la responsabilité devant la CDBF puisse prospérer avec le nouveau régime de responsabilité financière des gestionnaires publics. Au contraire, en élevant le seuil de gravité des erreurs susceptibles d'entraîner la mise en cause du nouveau régime d'infraction financière, la réforme peut contribuer à donner à l'infraction un caractère pénal ou quasi-pénal et risque d'accroître la proportion des cas de cumul de poursuites, même si tel ne semble pas être le cas jusqu'ici. Comme le souligne un spécialiste de Finances publiques, il est « *probable que bon nombre des « fautes graves » entraînant un « préjudice significatif » seront également susceptibles de relever de l'un des différents « manquements au devoir de probité » commis par « une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public » que prévoit le code pénal (prise illégale d'intérêt, délit de favoritisme, concussion, etc.), ou bien même d'une infraction de droit commun (vol, escroquerie, etc.)* »³⁴. La question du cumul est d'autant plus cruciale qu'a été annoncée d'emblée une forte augmentation du nombre de saisine de la chambre du contentieux de la Cour des comptes.

- La ligne de partage entre responsabilités pénale et financière n'est pas totalement claire³⁵. Elle résulte principalement des évolutions spécifiques qu'a connues, au fil des temps, chacun des deux systèmes de responsabilité et cela sans qu'il y ait eu une réflexion d'ensemble. En réalité,

³³ En pratique, il est arrivé que le Comité des rapports publics et des programmes fasse corriger le rapport après publication avec l'accord du président de chambre et du Parquet.

³⁴ M. Collet, Chronique de droit public financier, *RFDA* 2022, p. 183.

³⁵ A noter que, s'il y a désormais quatre régimes de responsabilité différents (disciplinaire, civile, pénale et financières), la question du cumul est surtout celle entre la responsabilité pénale et la responsabilité financière.

deux thèses s'affrontent. Selon la première, la reconnaissance d'infractions financières et d'un nouvel ordre de juridiction devrait être l'occasion de faire disparaître certaines infractions du champ de la responsabilité pénale ou de les redéfinir (*cf* délit de favoritisme). Selon la seconde, il est crucial de maintenir la reconnaissance d'une infraction pénale pour un fait susceptible d'entraîner par ailleurs la responsabilité financière, lorsque les éléments constitutifs sont réunis. A court terme, les deux types de responsabilités continueront très vraisemblablement à coexister : la responsabilité pénale pèse sur tout citoyen et l'opinion publique est très attachée à ce que nul privilège n'existe en la matière ; dans le même temps, la suppression de la responsabilité financière apparaît inenvisageable. Il faut donc rechercher à ce que le cumul de responsabilités soit le plus harmonieux possible et à une articulation réfléchie.

La question de l'enchevêtrement

Souvent, et par exemple dans les cas examinés pour la présente note, le cumul s'accompagne d'un enchevêtrement des procédures, que ce soit au tout début ou au fur et à mesure des années qui ont suivi le lancement de la première procédure, en l'occurrence, dans les cas précités, l'enclenchement d'une enquête administrative ou d'une inspection. Le mot « enchevêtrement » rend compte, beaucoup mieux que celui d'enchaînement, des procédures qui ne font pas que se succéder mais se superposent, voire se tiennent les unes les autres, cela pendant plusieurs années. L'enchevêtrement dont il est question n'est, en outre, pas seulement d'ordre juridictionnel. Les affaires étudiées montrent qu'il faut compter aussi, par exemple, avec la procédure intentée devant la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) saisie par un mis en cause afin d'obtenir communication de pièces nécessaires à l'exercice de sa défense ; l'enjeu s'accroît lorsque le mis en cause est amené à saisir le juge administratif, parce que les avis rendus par la CADA n'ont pas été suivis d'effet. La CNIL est parfois aussi saisie. Il y a même des cas où six procédures se cumulent et s'enchevêtrent (procédure disciplinaire, procès civil, instruction pénale, procédures non contentieuses et contentieuses devant la Cour des comptes, saisine de la CADA et de la CNIL).

La question de l'enchevêtrement est donc bien réelle et elle l'est d'autant plus pour l'agent public qui connaît quatre types de responsabilité alors qu'un salarié de droit privé n'en connaît que trois (disciplinaire, civile et pénale).

Pour limiter cet enchevêtrement, quelques principes existent, notamment la règle issue de l'alinéa 2 de l'article 3 du code de procédure pénale en vertu duquel « *le criminel lie le civil en l'état* ». De même, dans les faits, il peut arriver qu'au pénal, le procureur de la République attende le prononcé de la sanction disciplinaire à l'encontre d'un agent et l'identification du *quantum* de cette dernière pour décider de l'opportunité ou pas d'y ajouter la poursuite de l'action publique au pénal. La multiplicité et les risques d'enchevêtrement amplifiés avec la réforme de 2022 ne sont pas ignorés non plus par les pouvoirs publics. La circulaire du ministre de la Justice du 29 juin 2023 sur les relations entre l'autorité judiciaire et les juridictions financières³⁶ vise à expliciter et favoriser une plus grande collaboration entre la juridiction judiciaire et les juridictions financières, le texte tirant parti de ce que les procureurs de la République figurent parmi les autorités pouvant saisir le Procureur général près la Cour des comptes.

Pour limiter les difficultés liées au cumul ou à l'enchevêtrement des procédures, le droit positif a aussi donné aux procureurs de la République un rôle central, celui de réguler l'engagement des poursuites. L'article 40 du code de procédure pénale fait d'eux une plaque tournante³⁷.

Pourtant :

³⁶ CRIM 2023-7/G3-29/06/2023.

³⁷ Malgré l'importance de son rôle, le Procureur général près la Cour des comptes ne dispose pas d'une position équivalente de coordination des différentes procédures. Il ne bénéficie pas d'une procédure équivalente à l'article 40 CPP.

- La réalité est celle d'un cumul fréquent, voire d'un enchevêtrement de procédures.
- Pour ce qui concerne l'interaction entre les juridictions judiciaires et financière, la convergence des acteurs est compliquée par le fait que les prérogatives et les politiques des procureurs de la République, d'une part, celles du Procureur général près la Cour des comptes, d'autre part, ne sont pas identiques. Les premiers bénéficient d'un champ de vue très large sur un ensemble d'infractions et d'affaires civiles. Ils disposent d'un éventail de possibilités³⁸ et d'un large pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites. La palette dont dispose le Procureur général près la Cour des comptes est plus réduite : il ne peut que classer l'affaire, demander un complément d'instruction ou poursuivre en saisissant la chambre du contentieux de la Cour des comptes. De même, si les procureurs de la République visent à maîtriser le flux des plaintes et des signalements par les services d'enquêtes qui engorgent les juridictions et les conduit à être attentifs à l'accumulation des contentieux, les juridictions financières se sont assignées un objectif chiffré et en fort développement des affaires contentieuses à la fois pour rôder le dispositif, l'affirmer dans le paysage administratif et pour donner un signal aux agents publics qui commettraient l'une des dix infractions financières retenues par l'ordonnance du 23 mars 2022. La bonne articulation entre les procureurs de la République et le Procureur général près la Cour des comptes, dans la suite de la circulaire précitée du 29 juin 2023 est positive mais relève uniquement d'une pratique de contacts réguliers.
- Cette situation est redoutable pour le justiciable. Elle l'est assurément en termes de délais, les dossiers étudiés s'étalant souvent sur une dizaine d'années. Mais elle l'est aussi en termes de coûts financier (par exemple, 90 000 euros dans l'un des dossiers et au vu les pièces fournies, 48 500 euros dans un autre mais qui serait allé jusqu'à 150 000 euros si l'agent n'avait pas plaider coupable) et psychologique, l'agent pouvant se sentir entraîné comme dans une sorte de « siphon pénal ».

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

L'objectif d'efficacité de l'Etat est au cœur de la réforme de l'Etat. Il doit être recherché en parallèle avec le respect des règles de droit fondant une responsabilité des gestionnaires publics qui est au cœur de la démocratie. Un système juridique existe de longue date, fondant une responsabilité à la fois disciplinaire, civile et pénale des agents publics et pouvant donner lieu à leur mise en cause personnelle. Il a été complété par l'ordonnance du 23 mars 2022 donnant une dimension nouvelle à la responsabilité financière et valant à la fois à la fois pour les comptables et les gestionnaires publics.

L'objectif de cette ordonnance est ambitieux à plusieurs égards. Elle repose sur la création d'un ordre juridictionnel nouveau. Sa mise en œuvre et, plus largement le développement des autres systèmes de responsabilité supposent une transformation d'ensemble touchant les juridictions mais aussi les différents organes de contrôle et les services d'inspection. La multiplicité accrue des infractions et l'articulation entre les différentes procédures appellent aussi une évolution profonde des relations entre tous ces acteurs.

Leur organisation et leurs méthodes ont fortement progressé. Cependant, des difficultés persistent ou sont apparues, notamment depuis l'application de l'ordonnance de 2022.

³⁸ S'il peut décider d'engager des poursuites ou de classer sans suite une affaire, il peut décider aussi, au vu de l'article 40-1 du code de procédure pénale, de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites.

Ces difficultés contribuent à expliquer l'inquiétude de nombreux agents publics, qu'ils soient chargés de passer des marchés ou contrats publics, de conduire des opérations, d'attribuer des aides ou de gérer du personnel. Ces craintes créent des comportements de précaution allant à l'encontre de l'efficacité de l'action publique : le choix de l'application la plus prudente des textes ou la tentation de faire prendre les décisions les plus risquées aux autorités qui ne sont pas soumises, sur ces sujets, aux mêmes principes de responsabilité. Le prestige même des services d'inspection et des institutions de contrôle, leur rôle dans le déroulement des carrières et dans le fonctionnement de l'Etat, l'atteinte à la réputation qui peut résulter de leurs conclusions accroissent ces comportements. Les conséquences en termes financiers, de carrière mais aussi de situation personnelle des mis en cause ne peuvent non plus être négligées.

L'objectif doit être aujourd'hui de construire un cadre de confiance, d'une part en portant une attention particulière, dans la conduite des procédures, au respect des droits de la défense, composante essentielle de l'Etat de droit, d'autre part en recherchant une meilleure articulation entre les autorités, les différents systèmes de responsabilité et les ordres de juridiction.

En partant des inquiétudes et points faibles qu'il a constatés et pour dessiner ce cadre de confiance, le Cercle a examiné point par point les diverses procédures, à leurs différents stades, et a validé et illustré cette analyse dans des cas précis et suffisamment topiques des difficultés existantes. Cette démarche lui a permis de mettre en évidence 14 points de vigilance qui l'amènent à formuler les **16 recommandations** suivantes, regroupées selon **4 axes**.

► Un premier axe est un **encadrement juridique** et une **professionnalisation accrue des pratiques de déroulement des enquêtes administratives**.

Recommandation 1. Les notes, instructions ou lettre de mission qui diligentent une enquête sur le comportement d'un agent public ou sur des faits qui, s'ils sont établis, sont susceptibles de recevoir une qualification disciplinaire ou de justifier que soit prise une mesure en considération de la personne, devraient être rédigées de manière à ne pas préjuger de la culpabilité de cette personne, et à ce que l'enquête soit menée à charge et à décharge.

Recommandation 2. Les modalités selon lesquelles s'effectuent les enquêtes administratives concernant une personne devraient faire l'objet d'un cadre réglementaire. Lorsqu'une enquête initialement engagée au titre d'un contrôle de gestion semble pouvoir entraîner la mise en cause personnelle d'un gestionnaire public, la suite de l'enquête devrait être menée, pour ce qui concerne ces faits, dans ce cadre réglementaire.

Recommandation 3. Les personnels menant l'enquête ou l'inspection devraient bénéficier d'une formation spécifique tant les premiers pas dans la mise en cause de l'agent public sont absolument déterminants pour la suite.

Recommandation 4. Les principes d'impartialité, d'objectivité, de loyauté et celui de délicatesse vis-à-vis des mis en cause et des pairs, parfois contenus dans les chartes élaborées par les services d'inspection devraient être généralisés mais aussi explicités dans ce qu'il implique.

Recommandation 5. Les conditions d'examen par le comité des pairs ou des instances équivalentes devraient elles-mêmes être précisées. Les membres des services d'inspection ou des collègues chargés de la fonction de superviseur ne devraient pas être intervenus au stade des enquêtes.

Recommandation 6. L'absence de conflits d'intérêts entre les personnes chargées d'initier, de mener l'audit ou l'enquête ou de se prononcer à un stade quelconque de la procédure devrait être particulièrement vérifié lorsqu'est en jeu la mise en cause personnelle d'un agent public. Le développement de collèges de déontologie dans les services et institutions de contrôle pourrait

contribuer à créer les conditions d'un examen plus attentif. Il pourrait leur être demandé, par exemple, d'émettre des lignes directrices.

► Un deuxième axe est la **clarification, qu'il s'agisse de certaines infractions** ou des **objectifs de contrôle**

Recommandation 7. L'incertitude sur le contenu des infractions créées par l'ordonnance de 2022 crée une insécurité juridique. La jurisprudence de la chambre du contentieux de la Cour, de la Cour d'appel financière puis du Conseil d'Etat cadreront les interprétations à retenir. Mais cette clarification ne pourra se faire que progressivement, sur plusieurs années, alors que les agents ne peuvent être durablement laissés face à une incertitude majeure pour eux. Des moyens d'apporter plus rapidement des éclairages sur des points essentiels pourraient être recherchés, par exemple par des lignes directrices que le Parquet général près la Cour des comptes pourrait émettre du fait de son rôle central aux points clés du processus devant les chambres de la Cour et les chambres régionales des comptes.

Recommandation 8. Compte tenu des effets négatifs qu'elle peut avoir en générant des comportements de précaution des gestionnaires publics, la fixation, même à titre indicatif, d'objectifs quantitatifs d'engagement de procédures au titre de la responsabilité financière, devrait être utilisée avec prudence, à tout le moins pendant la période de mise en place du nouveau système.

► Le troisième axe est de ne pas perdre de vue les deux objectifs fondamentaux : la **probité des agents publics** et **l'efficacité de l'Etat**. La seconde passe par une suffisante liberté d'initiative et d'action des agents publics qui s'accompagne souvent d'une prise de risque. La mise en cause personnelle plus fréquente des agents publics doit donc s'effectuer dans un **respect des droits de la défense** plus vigilant et tenant compte de ces deux objectifs.

Recommandation 9. L'agent public devrait pouvoir être informé de ce qu'une enquête est engagée à son sujet et être entendu d'office, dès le départ, par les agents chargés de l'enquête.

Recommandation 10. Il devrait pouvoir avoir accès à l'ensemble des pièces de son dossier et pouvoir présenter des observations à tous les stades des diverses procédures, que l'on soit dans le cadre d'un audit, d'une enquête ou d'une instruction.

Recommandation 11. En cas de mise en cause de la responsabilité personnelle des agents et lorsque l'agent public demande à la CADA de se prononcer sur la communicabilité d'un document qu'il ne peut obtenir de l'administration, l'acte rendu par la Commission pourrait être un acte administratif décisif et non plus un simple avis.

Recommandation 12. L'article R. 243-5 CJF imposant aux CRC d'adresser aux ordonnateurs des collectivités territoriales et aux dirigeants des organismes contrôlés ayant quitté leurs fonctions la partie du rapport concernant leur gestion devrait être transposé dans le Livre I^{er} du CJF définissant les procédures devant la Cour des comptes.

Recommandation 13. La protection fonctionnelle de l'agent public devrait voir son champ d'application adapté à la réforme de 2022 de manière à pouvoir couvrir les frais engagés à l'occasion des procédures devant les juridictions financières.

Recommandation 14. L'acceptation d'une procédure de plaider-coupable par un agent public mis en cause doit être soigneusement pesée et éclairée quant à ses conséquences. Le délai pour accepter la proposition du procureur, délai très peu mis en œuvre mais qui est un droit, doit être systématiquement utilisé par l'agent public.

► Le quatrième axe est d’engager **une réflexion d’ensemble sur l’articulation** entre le système judiciaire préexistant et celui *sui generis* mis en place avec l’ordonnance du 23 mars 2022. Indépendamment des évolutions législatives étudiées par la mission menée par trois hauts fonctionnaires à la demande du gouvernement, l’amélioration de l’articulation entre les différentes responsabilités de l’agent public, civile, disciplinaire, pénale et financière, peut s’effectuer selon deux directions non exclusives, à l’initiative des juridictions et des parquets.

Recommandation 15. Une voie jurisprudentielle serait de s’inspirer de la décision du Conseil Constitutionnel relative au cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales (essentiellement en matière de fraudes fiscales). Le Conseil cantonne la possibilité de cumul au « haut du spectre » selon des critères qui pourraient être transposés *mutatis mutandis*.

Recommandation 16. Une voie complémentaire, reposant sur l’action des parquets, serait d’organiser un processus de concertation par des règles de procédure entre le procureur de la République (ou un procureur de l’ordre judiciaire spécialisé du type du Procureur national financier) et le Procureur général près la Cour des comptes, allant ainsi plus loin qu’une circulaire, même si celle de juin 2023 constituait une étape.