

Séminaire de droit administratif, européen et global

Session 13 / 20 juin 2008

« *La corruption des responsables publics en droit administratif comparé, européen et global* »

### Le droit français et l'intégrité des fonctionnaires

Antony Taillefait

*Maître de conférences de droit public*

*Doyen de la Faculté de droit de l'université d'Angers*

La démocratie est un mode d'organisation du pouvoir politique, imparfait par définition, et, en même temps, un système normatif de valeurs, qui tend vers la perfection. La vertu est l'une de ses valeurs fondatrices. Montesquieu écrivait que la vertu publique vient de ce sentiment d'appartenance à une collectivité. Elle postule l'effacement des égoïsmes. Elle est un renoncement à soi-même. Dans un tel système démocratique, le fonctionnaire est conçu comme un serviteur de l'État républicain aux vertus virginales. Il est intègre car lorsqu'il exerce ses fonctions, il défend l'intérêt général et n'est conduit qu'à œuvrer pour la grandeur de cet État démocratique. Il est par définition empreint d'une pureté particulière. La France donne à voir une conception du fonctionnaire qui ne peut être ni altéré par les intérêts particuliers, ni par les préoccupations égoïstes<sup>1</sup>.

A la Révolution, l'intégrité du fonctionnaire devait être formalisée au plan normatif en réaction aux comportements administratifs de l'Ancien régime. La conception démocratique du fonctionnaire est non seulement philosophique et politique, elle est aussi historique. L'idéal de 1789 est de recruter les agents publics en fonction de « *leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » pour faire d'eux des êtres exemplaires par leur comportement et conscients du « *magistère* » public qu'ils exercent. « *L'aspect sacerdotal de la fonction publique, explique Catherine Kaftani<sup>2</sup>, conçue à la fois comme dignité et devoir civique, constitue précisément la mise en pratique de cette théorie de la souveraineté dont Rousseau avait déjà établi dans son Contrat social les principes* ».

Cette conception du service de l'État est idéologique et a dû se frotter à la réalité bureaucratique. Alain Etchegoyen<sup>3</sup> peut écrire que « *la démocratie est mensongère si elle n'aborde pas de front la question de l'argent* ». Or, elle entretient un malaise avec lui. Certes, elle ne diabolise pas l'argent, mais elle a peur de sa force centrifuge, force qui incite à l'individualisme égocentrique. Elle craint que l'argent ne devienne un moyen de transaction pour les pouvoirs qu'elle a répartis. Les pouvoirs démocratiques ne sauraient être monnayables au *pro rata* de leur puissance.

---

<sup>1</sup> Le terme d'intégrité trouve son origine dans le mot latin de *interger* qui désigne « *proprement la chose non encore touchée* ». Le fonctionnaire est une particule élémentaire de l'État républicain qui ne doit pas être altérée, en particulier par l'argent

<sup>2</sup> Catherine Kaftani, *La formation du concept de fonction publique en France*, LGDJ, BDP, 1998, p. 94

<sup>3</sup> Alain Etchegoyen, *La démocratie malade du mensonge*, éd. François Bourin, 1993, p. 161

Cette conception philosophique et politique n'est pas complètement celle des pays anglo-saxons<sup>4</sup>. Tous les États démocratiques s'accordent pour admettre qu'il existe une déontologie des fonctionnaires indispensable à l'accomplissement de la démocratie. Toutefois, aux États-Unis, la prémisse est différente. L'intérêt personnel est souvent considéré comme le moteur de la plupart des actions humaines. L'acteur administratif cherche à maximiser ses intérêts propres. Cette recherche de l'intérêt particulier n'est pas sans éthique. Bien au contraire, il existe des standards de conduite qui caractérisent l'intégrité des fonctionnaires. Comme l'illustre par exemple le « *Federal ethics in government Act* » de 1978, l'attention s'est portée avant tout sur les conflits d'intérêts<sup>5</sup>.

D'un autre point de vue, à la différence des États-Unis, l'intégrité des fonctions publiques étrangères, telle qu'envisagée par notre droit, était bien différente de celle conçue pour la fonction publique nationale. La corruption du fonctionnaire étranger était considérée comme un mal inévitable. Malgré l'incrimination précoce de cet ensemble de délits en droit interne, jusqu'à une période récente, aucun État, y compris la France mais à l'exception des États-Unis, n'avait érigé en infraction la corruption d'agents publics étrangers. Depuis les années quatre-vingt-dix, une prise de conscience internationale a mesuré en quoi la corruption dans les pays en voie de développement et émergents augmente les coûts financiers des prestations économiques, fausse la concurrence, entrave le développement social et mine la démocratie en remettant en cause l'État de droit et la confiance des opérateurs économiques et des citoyens dans leurs institutions.

Même si en France la corruption des fonctionnaires est plus diffuse, les problèmes, sur un ton mineur, ne se posent pas en termes différents.

Malgré la précision des règles et le renforcement de la prévention et de la répression, le droit de l'intégrité des fonctionnaires a une fonction modeste. Certes il est destiné à la prévention et à la correction des manquements, toutefois, il ne peut pas, par nature, réprimer les âmes altérées par l'envie, la cupidité et les calculs d'intérêts. Le droit pénal français et le droit de la fonction publique fixent les obligations des agents de l'administration. Une des fonctions du mode de recrutement et de la formation administrative est donc de façonner les prescriptions déontologiques que les fonctionnaires intériorisent et qui doivent guider leurs choix et leurs jugements. La démarche déontologique ne se borne pas à appliquer des textes dans la crainte de sanctions, elle exige une sensibilité et une responsabilité continues.

---

<sup>4</sup> Tout au moins telle qu'elle transpire des travaux de certains auteurs américains. Par ex. : L.C. Mainzer, *Vulgar Ethics for Public Administration*, Administration and Society, 1991, n° 1, pp. 3-28 ; F. Morstein-Marx, *Quelques caractéristiques du droit administratif aux États-Unis*, Livre jubilaire du Conseil d'État, Sirey 1949 qui écrit que « le respect de la légalité implique autre chose que la non-violation des textes législatifs. Il comporte une véritable éthique administrative dont les impératifs peuvent puissamment influencer l'attitude des administrations dans un système constitutionnel à base de liberté », p. 322

<sup>5</sup> C'est un peu de la même façon, en Grande-Bretagne, que les principes organisant les activités des fonctionnaires britanniques sont envisagés dans le *Civil Service Management Code* qui précise que « Le rôle constitutionnel et pratique du Civil service est d'assister avec intégrité, honnêteté, impartialité et objectivité le gouvernement légitime du Royaume-Uni ». De nombreuses sections du Code traitent surtout du conflit d'intérêts (par ex. section 4.1.3.)

Inspiré par Montaigne puis par les philosophes des Lumières, le droit français a forgé l'intégrité des fonctions publiques à partir de ces antonymes : intéressement, corruption, concussion, la complaisance coupable, etc. L'intégrité n'existe que parce que vit la corruption, que parce qu'elle s'y oppose. Pas de vice, pas d'intégrité. « *La vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible* » a pu écrire Montesquieu<sup>6</sup>. La vertu comme la loi aspirent toutes les deux à l'absolu et en particulier à faire du fonctionnaire un être intègre. Le droit français est un droit assez complet de la prévention et de la répression, très sévère d'ailleurs (I). Mais la vertu comme la loi sont dominées par le relativisme. Le droit français lui-même a échafaudé des accommodements avec l'ambition d'intégrité du fonctionnaire (II).

## I. Obligations<sup>7</sup>

Les qualités morales du fonctionnaire sont vérifiées lors de son entrée dans la fonction publique. C'est l'objet du régime de l'admission à concourir et de la période probatoire avant la titularisation. Les premières qualités que la société attend de lui sont la probité et le désintéressement. Toutefois, la plupart des fonctionnaires estiment être mal payés et certains d'entre eux cèdent malgré tout à la tentation de l'argent, de l'argent, public ou privé.

### A. L'argent public victime du fonctionnaire

L'argent public est en principe inaccessible à l'agent public. Le droit des finances publiques et celui des marchés publics ont été conçus pour éloigner le plus possible le fonctionnaire des deniers publics. Le droit de la fonction publique a donc organisé les conditions d'exercice de l'obligation de ne pas s'approprier l'argent public. Son non-respect relève d'incriminations de droit commun comme le vol ou l'escroquerie. Il existe cependant un droit pénal de la fonction publique en ce sens que le Code pénal prévoit dans certains cas des peines aggravées lorsque les crimes, les délits et les infractions sont commises par des agents publics. Une gamme assez complète d'infractions de ce type commises par les agents publics est pénalement réprimée. Le Titre III, Chapitre II, du Code pénal est intitulé : « *Des atteintes à l'administration publique commises par les personnes publiques exerçant une fonction publique* ».

Le détournement de fonds et de biens publics est puni de la réclusion criminelle de 1 à 20 ans selon l'article 432-15 du Code pénal. Cette infraction ne peut être retenue qu'à l'encontre d'un agent ayant un titre à détenir les fonds, ce qui n'est pas le cas d'un ordonnateur. S'il n'a pas ce titre, il s'agit d'un vol, d'un péculat. L'article 432-16 du Code pénal prévoit qu'un dépositaire de l'autorité publique commet un délit si sa négligence a permis une soustraction de fonds publics par un tiers<sup>8</sup>. Ce délit non intentionnel d'un décideur public est une infraction de négligence qui confirme l'extension continue de la notion de

---

<sup>6</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. IV, Chap. 5, Pléiade, *Œuvres complètes*, T. II, 1951, p. 267

<sup>7</sup> Sur les obligations du fonctionnaire : v. Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, coll. Praxis, 2006 ; Didier Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil*, LGDJ, coll. BDP, 1999 ; Antony Taillefait, *Déontologie des fonctionnaires et principes du service public de l'Éducation nationale*, dans *Diriger, animer, piloter un établissement scolaire*, « CRDP Bourgogne-ESEN », coll. « Actes et rapports pour l'éducation », févr. 2006, p. 201

<sup>8</sup> V. Cass. Crim. 9 nov. 1998, *Einhorn*, req. n° 203205, *Dr. adm* 1999, n° 269

« *négligence pénalement répréhensible* »<sup>9</sup>. Cette attitude face à l'argent public peut aussi tomber sous le coup d'incriminations propres aux fonctionnaires comme la **concussion** qui est sanctionnée par l'article 432-10 du Code pénal. Il y a concussion lorsqu'une personne dépositaire de l'autorité publique ou qui est chargée d'une mission de service public a « *reçu, exigé, ou ordonné de percevoir à titre de droits ou contributions, l'impôts et taxes publics, une somme qu'elle ne sait pas être due ou excéder ce qui est dû ...* ». L'infraction est constituée même s'il n'a rien exigé, même s'il n'en a pas tiré un profit personnel, et même s'il a entendu, à tort, agir dans l'intérêt de l'administration. En dehors du droit pénal, il existe d'autres règles écrites. Le Code des pensions (art. 50), jusqu'en 2004, a sanctionné de la **déchéance des droits à pension** le fonctionnaire révoqué pour détournement de deniers publics ou pour malversations relatives à son service.

L'argent public est difficilement accessible à la très grande majorité des agents publics. Les règles de la comptabilité publique le protègent. Celles-ci peinent cependant à permettre de s'assurer du respect d'une **obligation de ne pas utiliser les moyens du service à des fins personnelles**. Le plus commun des grappillages est l'usage de moyens publics à des fins privées<sup>10</sup> (logement, personnel de service, secrétariat, téléphone). Dans la pratique, ce sont donc les questions relatives à l'usage du téléphone à des fins personnelles ou encore celui des véhicules ou des fournitures de bureau. D'autres formes plus graves de détournement existent par le biais d'associations<sup>11</sup>.

La fraude peut prendre diverses formes parmi lesquelles non seulement le détournement mais aussi les actes de corruption qualifiés comme tels par le droit pénal. Ils sont l'objet d'une incrimination prévue à l'article 432-11 du Code pénal relatif à la corruption passive ; la corruption active étant une infraction de droit commun définie par l'article 433-1. Au sens strictement pénal, la **corruption passive** consiste à recevoir ou à proposer des « *offres, promesses, dons, présents ou avantages* » pour prendre ou faire prendre une décision qui ainsi serait biaisée<sup>12</sup>. L'article 432-11 ajoute qu'il y a aussi corruption passive lorsque l'agent reçoit ou propose des « *offres, promesses, dons, présents ou avantages* » pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue d'obtenir d'une autorité ou d'une administration des distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable. On parle dans ce cas de **trafic d'influence**. La **corruption active** consiste pour un agent à corrompre un autre fonctionnaire pour son seul profit et non pas en tant qu'intermédiaire d'un tiers.

L'article 432-14 du Code pénal concerne le **délit de favoritisme** dans les marchés publics. Il a été introduit dans notre droit par la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la prévention de la corruption. Il s'agit d'une complaisance des responsables de marchés publics à l'égard d'opérateurs privés au mépris des règles du Code des marchés publics. C'est une infraction matérielle qui n'implique pas forcément l'intention de la commettre. Son champ est très large puisqu'elle peut

---

<sup>9</sup> Ces infractions non intentionnelles concernent dans la pratique surtout les atteintes à l'intégrité physique : homicides (Code pénal, art. 221-6) et blessures involontaires (Code pénal, art. 222-19).

<sup>10</sup> La CDBF (5 juin 1989, *Velozzi et centre hospitalier d'Orange, R. Cour des comptes*, p. 417) a sanctionné par une amende le fait de servir des repas gratuitement à des personnes non autorisées et de faire supporter les frais de téléphone personnel par l'hôpital.

<sup>11</sup> V. les affaires *Nice-communication* ou *Toulon-communication*

<sup>12</sup> C. Cass. 27 août 1986, *Bull.* n° 277

résulter de comportements avant le marché dans la définition du cahier des charges par exemple ou après le marché en cours d'exécution (avenants, facilités dans l'exécution, etc.)<sup>13</sup>.

La répression de la corruption est sévère, elle est toujours précédée par des dispositifs de prévention.

Une des exigences démocratiques est la **transparence** car elle est aussi un moyen de prévention de la corruption. Les législations et les réglementations communautaires relatives à la passation et à l'exécution des contrats des personnes publiques ont cet objet. Des mécanismes de contrôle adaptés aux risques financiers encourus ont été mis en place au moyen de l'organisation d'un **contrôle financier interne** de vérification. Il existe aujourd'hui avec les inspections générales et les juridictions financières. Les rapports des chambres régionales des comptes révèlent assez souvent l'octroi, par les collectivités publiques ou leurs établissements publics, de **sur-rémunérations** dans des conditions illégales<sup>14</sup>.

### B. L'argent privé convoité par le fonctionnaire

Depuis plusieurs siècles, l'édification de la fonction publique française a consisté à séparer l'administration publique de la sphère privée. Des mécanismes protecteurs du fonctionnaire ont visé à garantir la neutralité de son recrutement, un déroulement de sa carrière à l'abri des interventions politiques, certains droits individuels et libertés publiques et à lui assurer un traitement. Ce dernier « *n'est pas un paiement qui serait la contrepartie de la valeur du service rendu*, selon Bonnard<sup>15</sup>. [...] *Son but est de permettre au fonctionnaire de tenir le rang social qui correspond au caractère de sa fonction* ». La conception française du traitement du fonctionnaire induit son désintéressement à l'égard de l'utilisateur et de tous les tiers à l'administration publique. Cette obligation de désintéressement est périodiquement rappelée par le juge administratif<sup>16</sup>. Son fondement textuel est l'article 25 du titre I du statut général de la fonction publique réécrit par la loi n°2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

En ce qui concerne l'argent privé, il peut être donné au fonctionnaire. Mais le fonctionnaire peut aussi essayer de le gagner.

Un principe général du droit affirme « *l'interdiction faite aux agents publics de se faire directement et personnellement rémunérer par les usagers du service* ». Ce principe est absolu sauf éventuellement et ponctuellement une loi contraire<sup>17</sup>. Le Code pénal sanctionne les dons faits aux agents publics et qui ont

---

<sup>13</sup> « *Chaque année, depuis l'année 2000, trente à quarante condamnations sont prononcées par les juridictions pénales pour prise illégale d'intérêt et autant pour favoritisme* » : rép. min. n° 89257, J.O. AN (Q) 18 juill. 2006, p. 7628

<sup>14</sup> V. CDBF, 26 janv. 1988, *Seite*, R. Cour des comptes p.537 ; CDBF, 10 mai 1989, *Pagney*, R. Cour des comptes p. 413.

<sup>15</sup> R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 3<sup>ème</sup> éd. 1940, p. 500

<sup>16</sup> CAA Paris, 10 févr. 1998, *Mme B.*, AJFP sept.-oct. 1998, p. 27 ; CAA Bordeaux, 16 mai 2002, *M.G.*, req. n° 98BX00116

<sup>17</sup> V. A. Home, Les rémunérations accessoires : l'exemple des corps techniques de l'équipement, AJFP juill. 1998, p. 6 ; D. n° 2000-257 du 15 mars 2000 relatif à la rémunération des prestations d'ingénierie réalisées au profit de tiers par certains services des ministères de l'Équipement et de l'Agriculture, JO du 22 mars, p. 4412 ; Cour des comptes, *La fonction publique de l'État*, Rapport

donné lieu de leur part à des contreparties offertes aux donateurs. S'il y a des contreparties, suivant les cas, un **délit de corruption passive ou de trafic d'influence** est constitué. En dehors de la sphère pénale, un certain nombre de textes interdit à certains fonctionnaires de bénéficier de ces dons. Le Code de la famille et de l'aide sociale par exemple s'oppose à ce que les personnels des établissements d'hébergement de personnes âgées bénéficient de libéralités de la part de ces personnes.

L'**obligation du fonctionnaire de limiter ses gains privés** est affirmée par l'article 25 du titre I du statut général de la fonction publique. Ses dispositions expriment un principe d'interdiction des gains privés mais de nombreux aménagements au principe sont envisagés.

Dans certains cas le fonctionnaire n'a pas la liberté complète de faire ce qu'il souhaite de l'argent que lui verse l'administration. Les prises d'intérêts ne sont pas interdites de façon absolue. Elles le sont dès l'instant où elles sont effectuées dans une entreprise ou lors d'une opération dont le fonctionnaire a la charge d'assurer la surveillance. Les articles 432-12 et 432-13 du Code pénal sont relatifs aux **prises illégales d'intérêts** appelées délits d'ingérence sous l'empire de l'ancien Code pénal. Ces situations placent l'agent public, en raison des « loyautés » cumulées et contradictoires, devant l'alternative du sacrifice de l'un des intérêts qu'il devrait défendre. Le droit n'est donc mis en œuvre que pour corriger les excès. Le Conseil d'Etat a cependant interprété de façon extensive l'article 432-13 en annulant la nomination d'un inspecteur des finances en qualité de sous-gouverneur du Crédit foncier, société anonyme à capitaux privés dont il assurait le contrôle<sup>18</sup>.

Cumul et confusion des rôles ne font pas la corruption mais ils sont des moments de tentation de l'argent obtenu au moyen de la fonction publique. Il existe des textes qui régissent les rapports du fonctionnaire avec l'argent privé. Ce sont des règles pénales et parfois des règles statutaires. Elles sanctionnent les attitudes les plus pathologiques mais le plus délicat réside sans doute dans ce qui n'est pas écrit : dans la formation du fonctionnaire et dans la qualité de sa hiérarchie.

## II. Accommodements

Soulignant un trait de l'administration d'Ancien régime, Tocqueville écrivait que « *la règle est rigide, la pratique est molle* ». Encore aujourd'hui, le droit français, comme d'autres sans doute, fait assez souvent preuve de modération, au moyen du médium de l'accommodement.

### A. Droits du fonctionnaire

L'article 25 du titre I du statut général de la fonction publique prévoit que les conditions de dérogation à l'interdiction d'exercer une activité de nature privée

---

2000, Chapitre V ; N. Dantonel-Cor, L'avenir de l'ingénierie publique. La maîtrise d'œuvre de travaux locaux par les services de l'État, *Dr. adm.* 2001, n° 1

<sup>18</sup> CE Ass., 6 déc. 1996, *Sté Lambda*, *Rec. CE*, p. 465, concl. D. Piveteau ; *D.* 1997 p. 57 note M. Dobkine ; *AJDA* 1997 p. 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *Dr. adm.* 1997 n° 18 et n° 67 obs. D.P. ; *JCP G* 1997, II, 22752, note D. Hérisson ; *Petites affiches* 1997 n° 13 note B. Poujade ; même revue n° 15 note F. Malliol ; *Rev. adm.* 1997 p. 272 note M. Degoffe ; *RD publ.* 1997 p. 567 note J.-M. Auby ; *RFD adm.* p. 17 ; *Rev. adm.* 1997 p. 27, note J.-M. Lemoyne de Forges

sont fixées par le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007<sup>19</sup>. Le fonctionnaire doit en principe consacrer l'intégralité de son activité professionnelle à sa fonction publique, sauf dérogations prévues par la loi. Leurs conditions d'application cherchent à éloigner le soupçon.

La création littéraire artistique et scientifique est autorisée mais selon la jurisprudence, la production de telles œuvres doit être autonome et ne pas résulter d'un lien de subordination entre le fonctionnaire auteur et un employeur privé<sup>20</sup>. L'activité d'expertises et de consultations peut être exercée par un agent public mais elle doit concerner un domaine ressortissant à sa compétence professionnelle<sup>21</sup>. Les agents publics sont autorisés à dispenser des enseignements et pour les membres du corps enseignant l'exercice de certaines professions libérales découlant de leur fonction est possible<sup>22</sup>. L'exploitation des inventions et des innovations des fonctionnaires elle-aussi est organisée par des dispositions réglementaires. L'article R 611-14-1 du code de la propriété intellectuelle est relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics auteurs d'une invention.

La déontologie peut commander dans cette zone de liberté relative d'exercice d'activités privées, une certaine modération. Elle doit prévenir les « travers » que les textes ignorent ou que leur application ne peut saisir. L'activité accessoire du fonctionnaire ne devrait pas nuire à la bonne exécution de la fonction publique.

La France cultive depuis longtemps la distinction du public et du privé, la séparation de l'intérêt général et des intérêts particuliers, la gradation des valeurs de l'État par rapport à celles de la société civile. Assez paradoxalement, alors que dans la plupart des États développés, les responsables d'entreprise transitent brièvement dans le secteur public, les hauts fonctionnaires français effectuent de longues périodes à la tête de grandes sociétés. Le **pantouflage** est en France la forme privilégiée de la circulation de ces agents publics entre la sphère publique et la sphère privée de l'économie. Cette expression regroupe les pratiques de départ temporaire ou définitif vers les entreprises. Elle n'est pas forcément préjudiciable au service public. Les secteurs para-publics et privés doivent être accessibles aux fonctionnaires. Ils sont des sources de débouchés et ils permettent de diversifier le savoir-faire et les expériences. Le droit en la matière n'est pas très sévère. Sans mettre en cause le principe, le statut de la fonction publique prévoit des limites pendant et avant les fonctions publiques. En cours de carrière et hormis la démission, les articles 51 et suivants du titre II du statut général prévoient un régime de disponibilité et un régime de détachement.

Même si ces dérogations à l'obligation de désintéressement du fonctionnaire ne font pas l'antichambre d'un oubli de l'intégrité, elles sont des temps à risques déontologiques. Assez souvent, l'administration française se console de quelques

---

<sup>19</sup> D. n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État, *J.O.* du 3, *JCP A* 2007, n° 22, comm. 2135, note D. Jean-Pierre

<sup>20</sup> CE, 28 sept. 1988, *min. de l'Éducation nationale c/ Lemennicier*

<sup>21</sup> CE, 4 mars 1994, *Coutellier* : un policier ne peut pas enseigner le ski à titre lucratif ; CE, 22 mai 1992, *Giacona* : un militaire ne peut pas non plus, contre rémunération, enseigner le judo

<sup>22</sup> pour les praticiens hospitaliers par exemple, voir : CE, 13 oct. 1989, *Glogowski*, *Rec. CE* tables p.887 ; CE, 7 janv. 2000, *Dupuy c/ EPAD centre hospitalier universitaire Dupuytren de Limoges*, req. n° 196820

errements qu'elle constate dans ses rangs en désignant l'ampleur de la corruption ailleurs, dans les pays en voie de développement en particulier.

Chaque année, l'organisation non gouvernementale (ONG) *Transparency International* classe 180 États, selon un indice de perception de la corruption dans les administrations publiques et la classe politique, sur une échelle entre 1 (pays le plus corrompu) et 10 (pays le moins corrompu). A quelques exceptions près, cette évaluation révèle une corrélation entre le seuil de pauvreté d'un pays et le niveau élevé de corruption de ses administrations. En 2007, le Danemark, la Finlande et la Nouvelle-Zélande sont les pays les mieux notés. 40% des États évalués ont reçu une note inférieure à 3 sur 10. La France, juste devant les États-Unis, figure au dix-neuvième rang de ce classement.

Les turpitudes hors l'Hexagone ne sauraient relativiser les nôtres. Or, la France ne s'est que récemment préoccupée de la corruption des agents publics d'autres cultures. Elle a mis sous le boisseau la question de l'éthique de l'agent public étranger. En droit français et pendant longtemps, ce fonctionnaire était corrompible et les sommes (dessous-de-table, enveloppes, pots-de-vin, bakchich, faveurs indues) que pouvaient consacrer les entreprises françaises à le corrompre étaient dans une certaine mesure déductibles de leurs résultats fiscaux.

La législation pénale en la matière s'est progressivement étoffée sous l'influence des engagements internationaux conclus par la France. La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (*J.O.* du 14, p.18648) a visé à transcrire dans notre droit plusieurs actes internationaux, en particulier trois textes élaborés sous l'égide du Conseil de l'Europe (une convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 et son protocole additionnel signé le 15 mai 2003 et une convention civile sur la corruption du 4 novembre 1999), ainsi qu'une convention des Nations unies contre la corruption, adoptée le 31 octobre 2003. En particulier, la loi tend à remédier à la carence du code pénal qui ne prévoyait pas d'incrimination spécifique pour le trafic d'influence en direction du personnel judiciaire pour lequel les dispositions des articles 432-11, 433-1 et 433-2 ne s'appliquaient que lorsque ce personnel avait la qualité d'agent public. Cependant, le trafic d'influence commis envers un arbitre, un expert, un conciliateur ou un médiateur qui ne peuvent être assimilés à des personnes dépositaires de l'autorité publique, échappait à la sanction pénale. Ce n'est plus le cas (Code pénal, nouvel art. 434-9). La France s'est par ailleurs dotée d'un Service central de prévention de la corruption, service interministériel placé sous l'autorité du garde des Sceaux et créé par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Il a en particulier un rôle dans la coopération internationale contre la corruption en intervenant dans d'autres États dans le cadre d'accords bilatéraux et en participant à plusieurs instances multilatérales.

## B. Tolérances de l'administration

Le manquement à l'obligation d'intégrité est une attitude incompatible avec la fonction publique et l'administration sait comment se débarrasser des

indélicats<sup>23</sup>. Elle n'en a pas toujours la volonté et lorsqu'elle en fait preuve, elle n'est pas toujours accompagnée par le juge administratif ou par la réglementation.

A l'égard des vols de biens de l'administration, les juges sont moins sévères qu'à l'égard des détournements de fonds publics. Ils admettent par exemple qu'un manquement à l'obligation d'intégrité n'entraîne pas *ipso facto* une sanction de quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation). Voler de l'essence dans le service pour son usage personnel est une faute incompatible avec la « *fonction policière* » mais la mise à la retraite d'office d'un gardien de la paix pour ce motif est « *entachée d'erreur manifeste d'appréciation, eu égard au comportement antérieur de l'intéressé et à l'absence d'atteinte, en l'espèce, à la considération du corps auquel il appartenait* »<sup>24</sup>. A cela s'ajoutent des pratiques qui échappent aux mailles du filet juridique telles par exemple ces versions faibles de la duplicité que sont l'élimination des contraventions de stationnement ou les passe-droits et autres petits et grands arrangements.

Il n'existe pas d'interdiction générale et absolue pour les fonctionnaires de recevoir des dons ou des avantages divers de la part des administrés. En ce qui concerne les cadeaux, les faveurs, les promesses, les débouchés, le rapport *Bouchery* de la commission de la prévention de la corruption de 1992 cite (p. 92) les objets à risques : « *les contacts avec les partenaires contractuels, les opérations effectuées à titre personnel sur les marchés financiers, les prêts d'argent, les avances, les garanties et cautions, les prestations de service ou les travaux à titre gratuit, les repas d'affaires, les voyages d'études ou d'agrément professionnel* ». Aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit au fonctionnaire de recevoir des cadeaux modestes. Ils ne doivent pas s'assimiler à une rémunération qui soit en réalité une contrepartie. En ce qui concerne les repas d'affaires, utiles pour obtenir des résultats sur certains dossiers, ils sont aussi des moments à risques déontologiques. Il en va de même pour les voyages offerts par les entreprises. Une loi du 27 janvier 1993 avait été très sévère pour les cadeaux des laboratoires pharmaceutiques aux médecins. Ils étaient interdits. Une autre loi du 18 janvier 1994 est revenue sur cette sévérité et a tenté d'établir un équilibre entre la possibilité d'offrir des cadeaux à certains agents publics et son interdiction. Elle autorise à nouveau l'octroi d'avantages en nature pour « *manifestations de promotion et pour manifestations de caractère exclusivement professionnel et scientifique avec une hospitalité raisonnable et accessoire par rapport à l'objectif principal de la réunion.* » Une convention doit être adressée par l'entreprise à l'ordre des médecins.

Si le fonctionnaire doit se méfier de ceux qui veulent s'enrichir par la brigade, il doit cependant composer avec le **lobbying**. Les lobbyistes tentent de déterminer le bon service, le bon responsable administratif susceptible d'accueillir leurs demandes<sup>25</sup>. Le fonctionnaire est souvent peu au fait des conditions d'exercice de ce « métier ».

---

<sup>23</sup> V. Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, Didier Jean-Pierre et Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique. État. Collectivités locales. Hôpitaux*, Dalloz, coll. Précis, n° 661 et s.

<sup>24</sup> CE, 28 juin 1999, *min. de l'intérieur c/ Stasiak*, req. n° 178530, *Cah. fonct. publ.* Oct. 1999, p.25 ; CAA Nantes, 17 juin 2007, *min. de l'Intérieur c/ S.*, req. n° 06NT00691, *AJFP* mai 2008, p. 152

<sup>25</sup> V. M. Clamen, *Le lobbying et ses secrets*, Dunod 2000, en particulier les pages consacrées au lobbying des agents publics

Un effort déontologique particulier devrait aussi porter sur les contacts avec les partenaires contractuels, avant, pendant et après la conclusion des contrats. Martin Hirsch<sup>26</sup> a expliqué que l'acheteur public est particulièrement vulnérable et qu'il n'a à sa disposition que deux armes face aux fournisseurs : le Code des marchés publics et sa propre conscience. Il ajoute que cette fonction est particulièrement exposée parce que la situation de l'acheteur public et du fournisseur sont asymétriques. Le bon acheteur public peut faire économiser plusieurs millions d'euros à une collectivité publique en quelques minutes si le dossier d'appel d'offres est bien conçu. Mais il peut être tentant de rapprocher son propre traitement aux économies ainsi générées. L'acheteur public et le fournisseur ne dispose pas des mêmes moyens. Le premier ne dispose pas de frais de représentation, ce qui n'est pas le cas pour le fournisseur. Souvent d'ailleurs le fournisseur est mieux informé que l'acheteur public. Pour le fournisseur, l'information n'a pas de prix alors que les systèmes d'information sont loin d'être au point dans l'administration.

Aujourd'hui un système de récompenses financières en fonction des performances est difficile à introduire dans les services publics. Ces systèmes en vigueur dans les grandes entreprises seraient peut être préférables au système très opaque des primes dans la fonction publique. L'un des documents administratifs les plus secrets reste le rapport *Blanchard* de 1984 sur les primes des fonctionnaires ; le Conseil d'État ayant indiqué que ce rapport était un document non communicable aux usagers et aux fonctionnaires<sup>27</sup>. Cela dit les primes dites au mérite et les primes d'intéressement sont désormais des sujets qui peuvent être débattus dans la fonction publique<sup>28</sup>.

####

La qualité démocratique d'un système politique repose aussi sur la qualité éthique de ses agents. Elle a pour objectif de corriger sans cesse les travers et de cultiver avec abnégation les préventions. En la matière, il ne peut y avoir d'indifférence blasée ou de relativisme coupable. Cependant, la question du droit de l'intégrité du fonctionnaire renvoie à une hésitation première.

Elle peut être envisagée dans le droit fil de l'héritage des Lumières. Notre droit serait construit sur le fondement d'une grande confiance dans l'homme. Cesare Beccaria a pensé le droit pénal de cette façon. Malgré des évolutions certaines sur ce point<sup>29</sup>, le droit français de la fonction publique est fortement empreint de cette idée selon laquelle servir l'État est un idéal encore moderne et

---

<sup>26</sup> V. Martin Hirsch, *Déontologie des fonctions publiques*, intervention au colloque des *Cah. fonct. publ.*, n° spécial 1995, p. 110 et s.

<sup>27</sup> CE, 2 déc. 1987, *Melle Pokorny*, *Rec. CE* p. 392

<sup>28</sup> V. Jean-Louis Silicani, La rémunération au mérite dans la fonction publique, *Cah. fonct. publ.* 2005, n° 241, p. 6 ; André Guilmoto, Management et performance : un exemple de gratification des résultats de l'action policière, *Cah. fonct. publ.* déc. 2004, n° 240, p. 17 ; D. n° 2004-1082 du 13 oct. 2004 relatif à l'indemnité de fonctions et résultats en faveur de certains personnels des administrations centrales, *J.O.* du 14, p. 17505 ; D. n° 2005-1217 du 26 sept. 2005 relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics auteurs d'une invention, *J.O.* du 29

<sup>29</sup> V. par ex. : Françoise Dreyfus, Servir l'État, un idéal encore moderne ?, *Pouvoirs* 2006, n° 117, p.5



que ce service est l'engagement d'une vie pour l'honnête fonctionnaire<sup>30</sup>. Il ne faut pas non plus négliger l'éthique personnelle dans le comportement du fonctionnaire<sup>31</sup>.

La question peut aussi être appréhendée de manière moins optimiste. Si les situations les plus grossières d'échanges coupables sont faciles à saisir et à réprimer, la sophistication croissante de ces échanges ne permet pas l'application des règles et en définitive l'assurance et la solidité des normes ne seraient qu'apparentes. Éric Peuchot<sup>32</sup> a pu se demander s'il n'existait pas une marginalisation des politiques répressives qui traduit « *un débordement du droit et des juges qui, avec des moyens de fortune, tentent de colmater les brèches d'un édifice qui se lézarde chaque jour un peu plus* ».

---

<sup>30</sup> Sur l'honnêteté des fonctionnaires : v. Guy Thuillier, Regards sur la haute administration, *Rev. adm.* 1979, p. 105

<sup>31</sup> Sur cet aspect, on se permettra de renvoyer à l'étude suivante : Antony Taillefait, Autorité et responsabilité : le devoir de désobéissance de l'agent public, à paraître, *Revue Lamy Droit civil*, juill.-août 2008, suppl. au n° 51, p. 15

<sup>32</sup> Éric Peuchot, La corruption des fonctionnaires devant la justice, *Pouvoirs* 1984 n° 31 et *L'obligation de désintéressement des agents publics*, Thèse, Paris, 1987