

Dominique Hänni

Vers un principe d'intégrité
de l'administration publique

La prévention de la corruption
en droit administratif



Dominique Hänni

Vers un principe d'intégrité de l'administration publique

La prévention de la corruption
en droit administratif



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2019

Citation suggérée de l'ouvrage: DOMINIQUE HÄNNI, *Vers un principe d'intégrité de l'administration publique – La prévention de la corruption en droit administratif*, «Collection Genevoise» Genève/ Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 968 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Références à jour au 31 mai 2019.

ISBN 978-3-7255-8766-7

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

« Rien au contraire, quand on gouverne, n'est mieux fait pour gagner les cœurs de la multitude que le désintéressement et la modération. »

CICÉRON, Traité des devoirs (paru en 44 av. J.-C.),
Livre second, N 78

Meinen Eltern

Remerciements

Cet ouvrage n'aurait pas vu le jour sans l'aide et le soutien de nombreuses personnes. Qu'elles soient ici toutes sincèrement remerciées.

Je tiens à remercier tout d'abord mon directeur de thèse, le professeur Alexandre Flückiger. Il m'a soutenue tout au long de ma thèse, non seulement par ses conseils et commentaires sur le plan scientifique, mais également par ses encouragements et la confiance qu'il m'a témoignée. Il a toujours été disponible pour discuter de points spécifiques de mon projet de thèse, de la structure générale ou encore de la stratégie de travail. A travers nos discussions, notre collaboration sur d'autres projets de recherche et nos nombreux échanges informels sur des questions de droit ou autres, il m'a enseigné pas moins que le métier de chercheuse académique. Je lui suis infiniment reconnaissante pour cette formation et le soutien qui ont été fondamentaux pour l'aboutissement de mon projet de thèse.

Ma gratitude va également à Thierry Tanquerel, professeur au département de droit public et membre du jury de thèse. J'ai eu l'opportunité de collaborer à ses recherches et de l'assister dans ses enseignements pendant mon assistantat à l'Université de Genève. Sa précision dans le raisonnement juridique, ses réponses réfléchies à mes nombreuses questions juridiques et politiques ainsi que sa bienveillance ont contribué à la création d'un cadre propice à la recherche. Je le remercie très chaleureusement pour cette période formatrice, tout son soutien et ses commentaires sur ma thèse.

J'aimerais aussi vivement remercier Maya Hertig Randall, professeure et directrice du département de droit public. C'est grâce à elle que j'ai décidé de faire une thèse de doctorat. Elle m'a soutenue et encouragée tout au long de mon doctorat et m'a donné de nombreux conseils précieux. Je tiens aussi à remercier Michel Hottelier, professeur au département de droit public, qui m'a également soutenue pendant mon doctorat. J'ai beaucoup appris au travers de ma collaboration à ses recherches et à ses enseignements. Mes remerciements vont également aux autres membres du corps professoral du département de droit public.

La professeure Valérie Défago Gaudin de l'Université de Neuchâtel ainsi que le professeur Felix Uhlmann de l'Université de Zurich m'ont tous deux fait l'honneur d'accepter de siéger en tant que juré-e-s externes au sein du jury de thèse. Je tiens à sincèrement les remercier de leur présence à la soutenance ainsi que de leurs commentaires. J'aimerais également remercier le professeur Bénédicte Foëx, doyen, d'avoir présidé le jury de thèse lors de ma soutenance.

J'adresse encore mes remerciements à mes collègues et ami-e-s Julien Marquis, Federico Abrar, Francesca Magistro, Rachel Salem et Charlotte Zihlmann, pour leurs relectures critiques du manuscrit et leurs commentaires précieux, ainsi qu'à Nesa Zimmermann, pour nos nombreuses discussions sur la thèse. Je tiens également à remercier très chaleureusement Madame Christine Voirol, pour sa relecture méticuleuse et en profondeur de la version finale de ma thèse.

J'aimerais ensuite remercier le Fonds national suisse de la recherche scientifique de m'avoir accordé une bourse Doc.Mobility qui m'a permis de faire un séjour de recherche à l'Université de Bologne, et plus particulièrement à la *Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica* (SPISA). Vorrei ringraziare il professor Luciano Vandelli e la professoressa Claudia Tubertini per avermi accolta presso il loro istituto di ricerca e, soprattutto, per le interessanti discussioni sul sistema giuridico italiano e sulla mia ricerca. Vorrei anche ringraziare Angela Fabiani, la bibliotecaria della SPISA, che mi ha ricevuta ogni mattina nella sua biblioteca con molta gentilezza e sempre con un sorriso incoraggiante. Grazie anche a tutte le collaboratrici e a tutti i collaboratori della SPISA per le numerose discussioni appassionanti.

Je remercie également tou-te-s mes collègues et les secrétaires du département de droit public et plus largement du 5^e étage à Uni Mail pour leur soutien et pour avoir contribué à une ambiance de travail très agréable. C'était un grand plaisir pour moi de travailler avec eux.

Il me faut aussi exprimer ma gratitude à la Faculté de droit de l'Université de Genève pour sa participation financière aux frais de publication de cet ouvrage.

Ma soeur Christine et tou-te-s mes ami-e-s méritent aussi ma gratitude pour m'avoir encouragée tout au long de ces années de recherche, de près ou du loin, et qui ont ainsi contribué à l'achèvement de mon doctorat.

Enfin, merci à mes parents, Bernadette et Peter, qui m'ont soutenue depuis que je suis toute petite dans toutes mes aventures et mes idées parfois farfelues. Ils m'ont également soutenue de manière décisive dans ma thèse. Elle leur est dédiée.

Genève, juin 2019

Dominique Hänni

N.B.: Cette thèse de doctorat a été soutenue publiquement le 28 mai 2019. Les références sont mises à jour jusqu'au 31 mai 2019.

Préface

Diagnostiquant une « soif humaine de préfaces », Umberto Eco expliquait dans ses *Chroniques d'une société liquide* qu'il était « opposé au cas du professeur d'université qui écrit une préface pour son étudiant, car cela constitue la manière la plus déléterre [...] de souligner la jeunesse et l'immaturation de l'auteur. » Il précisait toutefois combien il lui était difficile de convaincre son interlocuteur, lequel estimait que son raisonnement était « inspiré par l'animosité. » Les conséquences personnelles étaient pour lui terribles : « Ainsi, au fur et à mesure que je vieillis, nombre de personnes que j'ai tenté d'avantager par mon refus me deviennent des ennemis. À moins que ne se produise le cas (qui, je le jure, a vraiment existé) du type qui a publié à compte d'auteur son livre en mettant en guise de préface ma très courtoise lettre de refus. »¹

Lettre de refus en guise de préface ou absence de préface ? Voilà le choix offert à Dominique Hänni si j'avais suivi les conseils du brillant sémioticien italien afin de ne pas souligner la jeunesse mais au contraire la grande maturité de l'auteur du présent ouvrage. Le refus aurait paru très présomptueux de la part du directeur de thèse ou aurait été perçu par le public – qui s'est malheureusement accoutumé à la présence de préfaces – comme un indice d'immaturation... Un comble d'incompréhension donc, que seule la rédaction d'une préface pouvait ainsi clarifier !

Ecrivons-le d'emblée : la présente thèse est le fruit d'un processus de maturation tant factuelle de la part de la société, juridique de la part de diverses autorités qu'intellectuelle de la part de l'auteur.

Factuel tout d'abord - Lorsque Dominique Hänni a proposé le sujet de sa thèse voici cinq ans, d'aucunes et d'aucuns auraient pu y voir un choix de facilité. La Suisse fait en effet partie des meilleurs élèves dans le classement des pays selon le degré de corruption perçu établi par Transparency International. « Circulez, il n'y a rien à voir » aurait-on pu être tenté de dire, et par conséquent de n'avoir quasiment rien à écrire sur le sujet. Or l'inquiétante accumulation récente d'affaires dans certaines administrations et gouvernements en Suisse a rendu depuis lors une telle analyse juridique d'une acuité brûlante.

Mûrissement juridique ensuite – Même si l'auteur nous rappelle les sources en droit antique de la lutte pour la promotion de l'intégrité dans l'administration, elle montre comment le droit suisse s'est progressivement formé depuis quelques décennies sur la base d'un droit international et global, tant avec des instruments de droit classique que de droit souple. Si le droit pénal a été le premier à cristalliser ces nouveaux stan-

¹ Umberto Eco, *Chroniques d'une société liquide*, Grasset, Paris 2017, p. 482 s.

dards en matière de corruption dans les années 1990, le droit public a très heureusement repris pour sa part le flambeau de l'éthique pour l'ancrer juridiquement de manière progressive au sein des différents pouvoirs étatiques. Cette maturation prend dorénavant la forme d'un nouveau paradigme : celui de la marche partant à l'origine de la répression de la corruption vers l'affirmation aujourd'hui de véritables institutions juridiques de promotion de l'intégrité.

Maturation intellectuelle enfin – L'instauration progressive de politiques publiques promouvant l'intégrité a accouché d'une multitude d'instruments. Ces derniers, loin d'être nouveaux, ont été modernisés ou sont en voie d'être adaptés au contexte contemporain : régime des incompatibilités personnelles, des activités accessoires, de l'acceptation d'avantages, de l'utilisation induite d'informations privilégiées, de l'emploi après-mandat (ou « pantouflage »), de la déclaration d'intérêts ou de la récusation ; développement de codes de conduite, de formations éthiques, du serment, de la transparence, de l'information ou de l'alerte éthique (whistleblowing) ; instauration de différentes mesures institutionnelles et d'organisation, à l'instar de la rotation du personnel ainsi que de systèmes d'évaluation et de gestion des risques en matière d'intégrité. Dominique Hänni ne s'est pas contentée de les décrire de manière aussi précise qu'approfondie. Dans un authentique processus de maturation intellectuelle, elle a tenté à partir de ce matériau disparate d'esquisser un principe général sous l'autorité duquel chacune des pièces précédentes découlerait et qui s'imposerait au plus haut niveau institutionnel : l'intégrité comme principe constitutionnel.

Une triple évolution qui nous ramène au Traité des devoirs de Cicéron que la présente thèse actualise avec bonheur : « Considérer la chose publique comme une source de profit, ce n'est pas seulement laid, c'est criminel et impie »², et – nous ne pourrions plus l'ignorer désormais – c'est également contraire au principe d'intégrité.

Genève, 6 octobre 2019

Alexandre Flückiger

² Livre II, ch. XXII, § 78 (trad. Charles Appuhn), Garnier, Paris 1933.

Sommaire

REMERCIEMENTS	IX
PRÉFACE	XI
SOMMAIRE	XIII
TABLE DES MATIÈRES	XVII
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXXIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I. La problématique.....	1
II. Les objectifs de l'étude.....	3
III. L'état de la recherche	3
IV. La structure de l'étude	4
V. Précisions quant au droit comparé et au langage inclusif.....	5
PREMIÈRE PARTIE : LES NOTIONS ET LE CONTEXTE.....	7
§ 1 LES NOTIONS PRINCIPALES ET LA DÉLIMITATION DU SUJET	9
I. Les notions principales	10
II. La délimitation du sujet.....	19
III. L'intégrité en droit : au-delà de l'approche positiviste.....	24
§ 2 L'INTÉGRITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE : UNE PROBLÉMATIQUE ANCIENNE	27
I. Remarques introductives.....	28
II. La Rome antique	29
III. Les réglementations des rois de France au Moyen-Âge	29
IV. Quelques exemples datant de l'Ancienne Confédération	30
V. Les Temps modernes	34
VI. Synthèse	35
§ 3 L'IMPACT DES TRANSFORMATIONS RÉCENTES DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE SUR L'INTÉGRITÉ	37
I. Le modèle bureaucratique wébérien et sa remise en cause.....	38
II. Les réformes administratives et leur impact sur l'éthique dans le secteur public	41

III. Le retour de l'« éthique » dans le secteur public.....	49
IV. Synthèse	51
DEUXIÈME PARTIE : L'INTÉGRITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE EN DROIT SUISSE.....	53
§ 4 LE CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET SUISSE.....	55
I. Le cadre international de l'intégrité de l'administration publique	56
II. Le cadre constitutionnel de l'intégrité de l'administration publique	70
III. Le cadre infra-constitutionnel de l'intégrité de l'administration publique	72
IV. Synthèse	78
§ 5 L'INTÉGRITÉ DES AGENTS PUBLICS.....	81
I. Remarques introductives : le droit de la fonction publique.....	82
II. Les incompatibilités personnelles	102
III. Les activités accessoires	115
IV. L'acceptation d'avantages	152
V. L'utilisation induite d'informations privilégiées	172
VI. Le pantouflage (l'emploi d'après-mandat)	187
VII. La déclaration d'intérêts	217
VIII. Le devoir de récusation.....	231
IX. Synthèse et perspectives	262
§ 6 LES INSTRUMENTS DE DROIT SOUPLE PROMOUVANT L'INTÉGRITÉ	273
I. Les codes de conduite	274
II. La formation éthique.....	283
III. Le serment	289
IV. Synthèse	295
§ 7 LA TRANSPARENCE ET L'INTÉGRITÉ	297
I. L'interdépendance entre la transparence et l'intégrité	298
II. L'information active et l'information passive : trois questions choisies.....	300
III. L'alerte éthique (whistleblowing) et la protection des lanceurs d'alerte	315
IV. Synthèse	330
§ 8 LES MESURES ORGANISATIONNELLES ET INSTITUTIONNELLES.....	331
I. Les mesures d'organisation et de contrôle internes	332
II. L'institutionnalisation de l'intégrité : les organes spécialisés	339
III. Synthèse	356

TROISIÈME PARTIE : LA NATURE JURIDIQUE DE L'INTÉGRITÉ	357
§ 9 L'INTÉGRITÉ COMME INTÉRÊT PUBLIC	359
I. La notion d'intérêt public	360
II. L'intégrité comme intérêt public	362
III. Conclusion : l'intégrité de l'administration publique est un intérêt public	367
§ 10 L'INTÉGRITÉ : UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL ?	369
I. Introduction : la reconnaissance de principes constitutionnels par le contexte	370
II. L'intégrité dans le contexte	377
III. L'intégrité comme principe constitutionnel - une esquisse	411
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	417
BIBLIOGRAPHIE.....	423
INDEX DES TABLEAUX	447

Table des matières

REMERCIEMENTS	IX
PRÉFACE	XI
SOMMAIRE	XIII
TABLE DES MATIÈRES	XVII
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXXIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I. La problématique.....	1
II. Les objectifs de l'étude.....	3
III. L'état de la recherche	3
IV. La structure de l'étude	4
V. Précisions quant au droit comparé et au langage inclusif.....	5
PREMIÈRE PARTIE : LES NOTIONS ET LE CONTEXTE.....	7
§ 1 LES NOTIONS PRINCIPALES ET LA DÉLIMITATION DU SUJET	9
I. Les notions principales	10
1. Administration publique	10
2. Intégrité	12
a) Le terme « intégrité » : un choix pragmatique.....	12
b) A la recherche d'une définition	13
c) L'intégrité et l'apparence d'intégrité	15
d) L'intégrité par rapport à des notions connexes.....	16
i. L'intégrité et l'impartialité.....	16
ii. L'intégrité et l'indépendance	17
iii. L'intégrité et la neutralité	17
iv. L'intégrité et la bonne administration	17
v. L'intégrité et le conflit d'intérêts.....	18
II. La délimitation du sujet.....	19
1. L'indépendance du pouvoir judiciaire.....	19
2. Le lobbying et le financement des partis politiques.....	19
3. L'intégrité de l'administration publique en droit pénal.....	20
4. L'intégrité de l'administration publique en droit civil	23
5. Les marchés publics et l'intégrité.....	23

6. La diffusion effective de pratiques irrégulières au sein de l'administration publique.....	24
III. L'intégrité en droit : au-delà de l'approche positiviste	24
§ 2 L'INTÉGRITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE : UNE PROBLÉMATIQUE ANCIENNE.....	27
I. Remarques introductives.....	28
II. La Rome antique	29
III. Les réglementations des rois de France au Moyen-Âge	29
IV. Quelques exemples datant de l'Ancienne Confédération	30
1. L'ordre juridique de la Ville de Zurich au 18 ^e siècle.....	30
2. L'omnipotence des baillis bernois	31
3. La vénalité des offices.....	32
4. Les pensions.....	33
V. Les Temps modernes	34
VI. Synthèse	35
§ 3 L'IMPACT DES TRANSFORMATIONS RÉCENTES DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE SUR L'INTÉGRITÉ.....	37
I. Le modèle bureaucratique wébérien et sa remise en cause.....	38
1. L'approche classique de l'administration publique : le modèle bureaucratique wébérien	38
2. La remise en cause du modèle bureaucratique wébérien	40
II. Les réformes administratives et leur impact sur l'éthique dans le secteur public	41
1. Les réformes administratives	41
a) De l'administration de police à l'administration de gestion	41
b) La décentralisation et la privatisation	42
c) La nouvelle gestion publique.....	43
i. En général	43
ii. La nouvelle gestion publique en Suisse.....	45
2. L'impact sur l'éthique dans le secteur public	46
a) L'hybridation des valeurs traditionnelles du service public.....	46
b) L'enchevêtrement des sphères publique et privée	48
III. Le retour de l'« éthique » dans le secteur public.....	49
IV. Synthèse	51
DEUXIÈME PARTIE : L'INTÉGRITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE EN DROIT SUISSE.....	53
§ 4 LE CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET SUISSE.....	55

I.	Le cadre international de l'intégrité de l'administration publique	56
1.	Introduction : l'internationalisation et la globalisation du droit administratif.....	56
2.	L'intégrité de l'administration publique en droit international : de la répres- sion de la corruption à la promotion de l'intégrité	56
3.	Une vue d'ensemble des instruments internationaux en matière d'intégrité	57
a)	L'OCDE.....	58
i.	En général	58
ii.	La Convention OCDE sur la lutte contre la corruption.....	58
iii.	Les recommandations pertinentes.....	58
b)	Le Conseil de l'Europe.....	60
i.	En général	60
ii.	La Convention pénale sur la corruption.....	61
iii.	Les recommandations et résolutions pertinentes.....	62
iv.	Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)	65
v.	La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	67
c)	Les Nations Unies.....	67
i.	En général	67
ii.	Le Code international de conduite des agents de la fonction publique.....	68
iii.	La Convention des Nations Unies contre la corruption.....	68
4.	Appréciation	69
II.	Le cadre constitutionnel de l'intégrité de l'administration publique	70
1.	Les principes constitutionnels et les droits fondamentaux pertinents.....	70
2.	Les autres dispositions constitutionnelles	70
3.	Le cadre constitutionnel au niveau cantonal	71
4.	Conclusion intermédiaire : une exigence constitutionnelle d'intégrité.....	71
III.	Le cadre infra-constitutionnel de l'intégrité de l'administration publique	72
1.	Le développement de la réglementation en matière d'intégrité	72
a)	La prise de conscience et l'adaptation du droit pénal (1995 - 2006)	73
b)	La pression du GRECO (2008 - 2010)	75
c)	Les développements ultérieurs (à partir de 2011).....	76
2.	La législation fédérale pertinente en matière d'intégrité	77
IV.	Synthèse	78
§ 5	L'INTÉGRITÉ DES AGENTS PUBLICS.....	81
I.	Remarques introductives : le droit de la fonction publique.....	82
1.	La systématique du droit fédéral de la fonction publique	82
a)	Les membres du Conseil fédéral et la chancière ou le chancelier de la Confédération : une catégorie à part.....	82
b)	Les autres agents publics : la réglementation de base et les réglementations spéciales	82
i.	La réglementation de base.....	83

ii. Les réglementations spéciales	83
iii. Les autres subdivisions opérées dans les réglementations en matière d'intégrité.....	85
c) Le droit cantonal de la fonction publique.....	87
2. Le devoir de fidélité et les obligations d'intégrité qui en découlent.....	88
a) Le devoir de fidélité	88
i. Historique	88
ii. Les bases légales.....	88
iii. La notion, le but et le contenu.....	89
iv. Une double obligation de loyauté pour toutes les personnes œuvrant au service la collectivité publique ?	91
b) Les obligations d'intégrité découlant du devoir de fidélité : le devoir d'intégrité	92
3. Les limites du devoir de fidélité : les droits fondamentaux.....	94
a) Les conditions de restriction des droits fondamentaux des agents publics.....	95
b) Les droits fondamentaux potentiellement touchés par les obligations d'intégrité	96
4. L'accès à la fonction publique	97
a) La mise au concours des postes.....	98
b) Les règles sur les incompatibilités.....	99
c) Les contrôles préventifs des candidats.....	99
i. Les contrôles de sécurité relatifs aux personnes.....	100
ii. Les autres contrôles préventifs	101
5. La méthode suivie pour l'analyse des problématiques	102
II. Les incompatibilités personnelles	102
1. La notion d'incompatibilité	102
a) L'incompatibilité en droit : un terme polysémique	102
b) La distinction entre la notion d'incompatibilité et les notions d'inéligibilité et de récusation	103
c) Les différentes manières de classer les incompatibilités.....	104
d) Les incompatibilités personnelles, institutionnelles et économiques	104
e) Les règles d'incompatibilités pertinentes en matière d'intégrité.....	105
2. Le but visé par les incompatibilités personnelles.....	106
3. Les droits fondamentaux en jeu.....	106
4. Les incompatibilités personnelles des membres du Conseil fédéral	108
a) Les incompatibilités entre membres du Conseil fédéral.....	108
b) Les incompatibilités entre un membre du Conseil fédéral et un agent public subordonné.....	110
5. Les incompatibilités personnelles des agents publics.....	112
a) La réglementation de base.....	112
b) Les réglementations spéciales.....	113

6. Les incompatibilités personnelles au niveau cantonal	113
7. Appréciation	115
III. Les activités accessoires	115
1. La problématique	116
a) Les enjeux des activités accessoires	116
b) La notion d'activité accessoire	117
i. Une notion large.....	117
ii. La charge publique en tant qu'activité accessoire spéciale.....	118
iii. Le cas-limite : les activités exercées pour des organismes appartenant à l'administration publique mais fonctionnant selon les règles du droit privé.....	120
c) Le but de la réglementation	120
d) L'utilisation de l'infrastructure et des outils de travail à des fins privées	120
2. Les droits fondamentaux en jeu.....	121
3. Les standards internationaux.....	122
4. Les activités accessoires des membres du Conseil fédéral.....	122
a) Les bases constitutionnelles et légales pertinentes	122
b) « Aucune autre fonction » et aucune « autre activité lucrative ».....	123
c) L'exception : les mandats « d'office »	124
d) La gestion de fortune et la détention de participations dans des entreprises.....	125
5. Les activités accessoires du personnel de l'administration fédérale	127
a) L'historique de la réglementation des activités accessoires	127
i. La réglementation du Statut fédéral de 1927	127
ii. La révision partielle de 1986.....	128
iii. La révision totale du droit du personnel et quelques révisions ultérieures...	128
iv. Appréciation.....	129
b) Les bases légales pertinentes dans la LPers.....	129
c) La réglementation de base.....	130
i. L'obligation d'annonce	130
ii. L'obligation d'autorisation.....	132
iii. L'octroi de l'autorisation.....	133
iv. L'obligation de remettre une part du revenu	136
v. L'interdiction d'exercer une « fonction officielle » pour un Etat étranger.....	138
vi. Appréciation.....	139
d) Les réglementations spéciales de quelques unités décentralisées.....	140
e) Les cadres et dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération	141
i. L'obligation d'annonce pour les activités rétribuées	141
ii. L'approbation du Conseil fédéral.....	142
iii. L'obligation de remettre une part du revenu à l'employeur.....	143
iv. Appréciation.....	144

f) La réglementation du Code des obligations.....	145
g) Appréciation générale de la réglementation des activités accessoires au niveau fédéral : cinq critères déterminants.....	145
6. Le cadre légal au niveau cantonal.....	147
a) Les activités accessoires des conseillers d'Etat.....	147
b) Les activités accessoires du personnel des administrations cantonales	149
c) Appréciation.....	151
IV. L'acceptation d'avantages	152
1. La problématique	152
a) Le concept de base et les buts de la réglementation.....	152
b) Le rapport avec le droit pénal : du « droit disciplinaire pénal » à la protection de la confiance de la collectivité dans les institutions publiques	153
c) L'interdiction et les exceptions	154
d) Les mesures de transparence en matière d'acceptation d'avantages.....	155
2. Les standards internationaux	155
3. L'acceptation d'avantages en droit fédéral	156
a) L'historique de la réglementation	156
b) Le standard minimal et les réglementations plus spécifiques	157
c) Le standard minimal.....	157
i. Les bases légales pertinentes dans la LPers	157
ii. La notion d'avantage.....	157
iii. « ni accepter, ni solliciter ou se faire promettre ... ni pour soi-même ni pour des tiers »	159
iv. Dans l'exercice de la fonction.....	160
v. L'interdiction d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères	161
d) Les réglementations spécifiques.....	163
i. La réglementation applicable aux membres du Conseil fédéral.....	163
ii. La réglementation applicable au personnel soumis à l'OPers	164
iii. Les réglementations de quelques unités décentralisées	166
e) L'acceptation d'avantages dans le Code des obligations.....	168
4. La réglementation de l'acceptation d'avantages au niveau cantonal.....	168
5. Appréciation	171
V. L'utilisation induite d'informations privilégiées	172
1. La problématique	172
a) L'information privilégiée : un bien précieux	172
b) Les modes de réglementation de l'utilisation induite d'informations privilégiées	173
c) Les standards internationaux	174
2. Le secret de fonction	174
a) En général.....	174

i. Les droits fondamentaux en jeu.....	174
ii. Le rapport avec le droit pénal.....	175
b) Le secret et la transparence au niveau fédéral.....	175
i. L'historique de la réglementation	175
ii. Le régime de base : les règles fondant des secrets et les règles énonçant le devoir de garder ces secrets	176
iii. La réglementation d'exécution : les affaires qui doivent rester confidentielles « de par leur nature » ou en vertu d'instructions.....	177
iv. L'influence du principe de transparence sur le secret de fonction.....	178
v. La durée du secret de fonction : au-delà de la fin des rapports de service	179
vi. La réglementation du Code des obligations	180
c) Le secret et la transparence au niveau cantonal.....	180
d) Appréciation.....	181
3. Les « opérations pour compte propre »	181
a) Les droits fondamentaux touchés	181
b) Les réglementations au niveau fédéral.....	182
i. L'absence de réglementation pour les membres du Conseil fédéral.....	182
ii. La réglementation applicable au personnel soumis à l'OPers	182
iii. La réglementation de certaines entités décentralisées.....	184
iv. La réglementation applicable aux membres des commissions extraparlimentaires.....	185
c) Les réglementations au niveau cantonal.....	186
d) Appréciation.....	186
VI. Le pantouflage (l'emploi d'après-mandat)	187
1. La problématique	187
a) La notion.....	187
b) Les différentes formes de pantouflage	188
c) Le renouveau d'intérêt pour le pantouflage.....	191
d) Les modes de réglementation du pantouflage	192
e) Le but de la réglementation	195
2. Les droits fondamentaux touchés.....	195
3. Les standards internationaux.....	197
4. La réglementation du pantouflage applicable aux membres du Conseil fédéral	198
a) Le projet de loi de 2013	198
b) La nouvelle disposition introduite dans l'Aide-mémoire CF	200
c) Appréciation.....	200
5. La réglementation du pantouflage du personnel de l'administration publique	201
a) Le développement des différentes réglementations.....	202
i. La prise de conscience.....	202
ii. La pression du GRECO et du GTID Corruption	202
iii. Le projet de loi de 2013	203

iv. Appréciation de l'argumentation du Conseil fédéral.....	204
v. L'adoption de plusieurs réglementations du pantouflage	204
b) La réglementation applicable aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale centralisée.....	205
i. L'article 94b OPers	205
ii. Appréciation.....	206
c) La réglementation applicable aux membres de commissions extraparlimentaires et de conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération.....	207
i. Les articles 8 ^{ter} et 8 ^{bis} OLOGA	207
ii. Appréciation.....	208
d) La réglementation de trois unités décentralisées.....	208
e) La réglementation du CO : la prohibition de faire concurrence	211
f) Appréciation générale.....	211
6. La réglementation du pantouflage au niveau cantonal.....	213
7. Aspect de droit comparé : le pantouflage dans l'Union européenne	213
a) La réglementation applicable aux commissaires européens.....	214
b) La réglementation applicable aux fonctionnaires européens.....	215
c) Appréciation et comparaison avec la réglementation suisse	215
8. Excursus : le délai de carence en droit de la révision.....	216
VII. La déclaration d'intérêts	217
1. La problématique	217
a) Généralités.....	217
b) Les buts des déclarations et registres d'intérêts.....	218
c) Les modalités possibles d'un régime de déclaration ou de registre d'intérêts.....	219
2. Les droits fondamentaux en jeu.....	220
3. Les standards internationaux.....	222
4. Les déclarations et registres d'intérêts au niveau fédéral	223
a) L'absence d'obligation de déclaration d'intérêts pour les membres du Conseil fédéral et pour le personnel soumis à la LPers.....	224
b) Les réglementations spéciales de quelques unités décentralisées.....	224
c) L'obligation de déclarer les intérêts pour les membres des commissions extraparlimentaires.....	226
d) La publication des intérêts des membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ou de droit privé	227
e) La déclaration des intérêts par les membres des conseils d'administration des entreprises « proches » de la Confédération.....	228
5. La réglementation des déclarations d'intérêts au niveau cantonal.....	229
6. Appréciation.....	230
VIII. Le devoir de récusation.....	231

1. La problématique.....	231
a) Généralités.....	231
b) Le but.....	232
c) Les standards internationaux	232
d) Le devoir de récusation en procédure administrative et hors procédure administrative	232
2. Le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative.....	234
a) La garantie constitutionnelle et le fondement légal.....	234
b) La formule jurisprudentielle standard et les différentes catégories.....	236
c) Le rapport avec le droit à un tribunal indépendant et impartial (art. 30 Cst.)	237
d) Le droit à une autorité administrative indépendante et impartiale : la casuistique du Tribunal fédéral.....	237
i. L'intérêt personnel.....	238
ii. Les prises de position publiques	241
iii. La préimplication.....	243
iv. Le « double fonctionnaire »	249
e) L'activité informelle en amont d'une procédure formelle : un motif de récusation ?.....	250
3. Le devoir de récusation hors procédure administrative	251
a) Le devoir de récusation hors procédure administrative au niveau fédéral.....	251
i. La réglementation applicable aux membres du Conseil fédéral.....	252
ii. La réglementation applicable au personnel soumis à l'OPers	253
iii. Les réglementations de certaines unités décentralisées	255
iv. Appréciation.....	256
b) Le devoir de récusation hors procédure administrative au niveau cantonal	256
i. Les dispositions constitutionnelles cantonales.....	256
ii. Les réglementations légales.....	257
4. Vers un élargissement du champ d'application des garanties de procédure ?.....	258
a) La problématique.....	258
b) La jurisprudence du Tribunal fédéral.....	259
c) Les avis doctrinaux.....	259
d) Analyse	261
IX. Synthèse et perspectives	262
1. Synthèse.....	262
a) Les éléments formels.....	263
i. Une législation récente.....	263
ii. Une législation dense au niveau de l'ordonnance	263
iii. Une législation hétérogène et dispersée	263
b) Les éléments matériels.....	264
i. La non-conformité à la Constitution des règles moins sévères applicables aux cadres.....	264

ii. Un champ d'application limité aux agents publics.....	265
iii. Une législation en tension avec l'alignement du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail	265
iv. Une législation en tension avec l'autonomisation et l'indépendance en matière de personnel des entités décentralisées.....	266
c) La législation cantonale : souvent en retard par rapport à la législation fédérale, parfois en avance	266
2. Perspectives	266
a) Les éléments formels.....	266
i. Un seul ensemble de règles pour tous les agents publics ?	266
ii. Une meilleure coordination entre les différentes réglementations.....	267
b) Les éléments matériels	267
i. Cinq critères permettant de déterminer le standard d'intégrité à respecter	267
ii. Le gouvernement « élargi »	268
iii. Les mesures de transparence : un potentiel à développer	269
iv. L'extension des obligations d'intégrité à toutes les personnes exerçant une tâche publique	269
§ 6 LES INSTRUMENTS DE DROIT SOUPLE PROMOUVANT L'INTÉGRITÉ	273
I. Les codes de conduite	274
1. Généralités	274
a) Les caractéristiques principales.....	274
b) Le code de conduite : une ordonnance administrative	275
c) Les buts et l'effectivité	275
2. Le cadre international.....	276
3. Les codes de conduite au niveau fédéral.....	277
a) L'Aide-mémoire du Conseil fédéral	277
b) Le Code de comportement de l'administration fédérale	278
i. Le Code de comportement de 2000	278
ii. Le Code de comportement de 2012	278
c) Les lignes directrices sur la prévention de la corruption.....	280
d) Les codes de comportement au niveau des départements et des offices	280
e) Les codes de conduite des unités décentralisées.....	281
f) Appréciation.....	281
4. Les codes de comportement dans les administrations cantonales.....	282
II. La formation éthique.....	283
1. Généralités	283
a) La notion et les types de formations éthiques.....	283
b) La formation éthique : une recommandation indirecte ou implicite	285

c) Les buts	285
d) Le leadership : l'importance de la formation des cadres	286
2. Le cadre international.....	287
3. La formation éthique au niveau fédéral	287
4. La formation éthique au niveau cantonal.....	288
5. Appréciation	289
III. Le serment	289
1. Généralités	289
a) Le serment : un outil d'intégrité	289
b) Les caractéristiques principales.....	290
c) La qualification juridique	291
d) Les buts du serment	292
e) Les déclarations d'intégrité : une forme atténuée du serment.....	292
f) Excursus : les clauses d'intégrité en droit des marchés publics.....	292
2. Le serment au niveau fédéral	293
a) Le serment des membres du Conseil fédéral.....	293
b) Les déclarations d'intégrité des agents publics qui participent à la passation de marchés publics.....	293
3. Le serment au niveau cantonal	294
IV. Synthèse	295
§ 7 LA TRANSPARENCE ET L'INTÉGRITÉ	297
I. L'interdépendance entre la transparence et l'intégrité	298
1. Les multiples fonctions de la transparence en matière d'intégrité	298
2. La transparence à l'égard de l'employeur et la transparence à l'égard du public...	298
3. La transparence comme outil de promotion de l'intégrité.....	299
II. L'information active et l'information passive : trois questions choisies.....	300
1. Remarques introductives : la transparence en droit	301
a) La distinction entre l'information active et l'information passive	301
i. L'information active	301
ii. L'information passive.....	302
iii. La complémentarité entre l'information active et l'information passive.....	302
iv. L'information sur l'information, la transparence sur la transparence	303
b) Le cadre international	303
c) Le cadre juridique fédéral	305
i. L'information active	305
ii. L'information passive.....	307
d) Le cadre légal au niveau cantonal.....	307
2. L'information active : l'obligation de publier un certain nombre d'informations en matière d'intégrité	308

3. L'élargissement du champ d'application des lois sur la transparence à toutes les personnes exécutant une tâche publique.....	310
4. Le rapport entre la transparence et la protection des données personnelles	311
a) L'anonymisation : une mesure souvent inadéquate en matière d'intégrité.....	311
b) La pesée des intérêts	312
c) Les intérêts publics à la publication jugés prépondérants et l'intégrité	312
d) Les critères en cas de données personnelles d'agents publics	314
e) Synthèse : l'intégrité est un intérêt public important dans la pesée des intérêts.....	315
III. L'alerte éthique (whistleblowing) et la protection des lanceurs d'alerte	315
1. Généralités	315
a) La notion.....	315
b) Les problématiques composant l'alerte éthique.....	317
i. La dénonciation : un droit constitutionnel.....	317
ii. L'obligation de dénoncer	318
iii. La protection des lanceurs d'alerte contre les mesures de rétorsion.....	318
iv. L'institutionnalisation d'une voie spéciale : une dénonciation « protégée ».....	319
c) L'alerte éthique : un outil de prévention de la corruption	319
d) Trois questions spécifiques autour de l'alerte éthique.....	320
i. L'équilibre à trouver entre le devoir de fidélité et la liberté d'expression	320
ii. Une récompense pour l'alerte éthique ?.....	321
iii. La protection adéquate : la confidentialité ou l'anonymat ?.....	322
2. Le cadre international.....	322
3. Le cadre légal au niveau fédéral	323
a) L'alerte éthique dans la LPers.....	323
i. L'obligation de dénoncer	323
ii. Le droit de signaler des irrégularités	324
iii. La protection des agents publics-lanceurs d'alerte.....	325
iv. L'institutionnalisation d'une voie spéciale	325
b) L'alerte éthique dans les entités décentralisées avec statut du personnel de droit public	327
c) L'absence d'une réglementation dans le Code des obligations	328
d) Appréciation.....	328
4. Le cadre légal au niveau cantonal.....	329
IV. Synthèse	330
§ 8 LES MESURES ORGANISATIONNELLES ET INSTITUTIONNELLES.....	331
I. Les mesures d'organisation et de contrôle internes	332
1. Le contrôle administratif.....	332
a) Généralités.....	332

b) Le contrôle interne.....	332
2. La rotation du personnel.....	333
a) La notion.....	333
b) Le cadre international.....	334
c) La rotation du personnel au niveau fédéral.....	334
d) La rotation du personnel en droit comparé.....	335
e) Appréciation.....	336
3. Le principe des quatre yeux.....	336
a) Généralités.....	336
b) Le principe des quatre yeux au niveau fédéral.....	336
4. L'évaluation et la gestion des risques d'intégrité.....	337
a) La notion.....	337
b) L'absence d'un instrument spécifique au niveau fédéral.....	338
c) Droit comparé : les plans anti-corruption en Italie.....	338
5. Synthèse.....	339
II. L'institutionnalisation de l'intégrité : les organes spécialisés.....	339
1. Le responsable de l'intégrité.....	340
a) Le responsable de l'intégrité : une instance intraorganisationnelle pour l'intégrité.....	340
b) Les responsables de l'intégrité au niveau fédéral.....	341
i. Le supérieur hiérarchique, responsable de l'intégrité au sein de l'administration centrale.....	341
ii. Les responsables de l'intégrité de Swissmedic, de la FINMA et de l'IFSN....	341
c) Les responsables de l'intégrité en droit comparé.....	342
i. Le « responsabile della prevenzione della corruzione » en Italie.....	342
ii. Le « référent déontologue » en France et le droit des agents publics de le consulter.....	343
iii. La « Ansprechsperson für Korruptionsprävention » en Allemagne.....	343
d) Appréciation.....	344
2. Un organe spécialisé dans le domaine de l'intégrité.....	344
a) L'institution d'un organe spécialisé.....	344
i. Les systèmes diffus et décentralisés.....	344
ii. La création d'un organe spécialisé.....	345
iii. Le transfert de compétences à un organe existant.....	345
b) Une exigence internationale : l'indépendance de l'organe spécialisé.....	346
c) L'exemple fédéral : un système diffus et décentralisé.....	347
i. Les acteurs et organes responsables en matière d'intégrité au niveau fédéral.....	347
ii. Les tentatives de créer un organe spécialisé.....	349
d) Deux exemples cantonaux : l'Ombudsman zurichois et la Cour des comptes genevoise.....	350

e) Trois exemples de droit comparé : les autorités indépendantes en matière de prévention de la corruption	351
i. L’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) en Italie.....	351
ii. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) et l’Agence française anti-corruption en France	352
iii. L’Office of Government Ethics aux Etats-Unis.....	353
f) Appréciation : pour la création d’un organe spécialisé en matière d’intégrité	354
III. Synthèse	356
TROISIÈME PARTIE : LA NATURE JURIDIQUE DE L’INTÉGRITÉ	357
§ 9 L’INTÉGRITÉ COMME INTÉRÊT PUBLIC	359
I. La notion d’intérêt public	360
1. La détermination des intérêts publics.....	360
2. Les conséquences de la reconnaissance du caractère « public » d’un intérêt.....	360
3. L’intégrité : un synonyme du principe de l’intérêt public ?.....	361
II. L’intégrité comme intérêt public	362
1. L’intérêt à une administration intègre tel qu’il ressort de la législation	362
2. L’intégrité dans la jurisprudence	363
3. La mise en perspective de l’intérêt public à une administration intègre	365
III. Conclusion : l’intégrité de l’administration publique est un intérêt public	367
§ 10 L’INTÉGRITÉ : UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL ?	369
I. Introduction : la reconnaissance de principes constitutionnels par le contexte	370
1. Le principe constitutionnel : un terme aux contours peu définis	370
2. Quelques éléments caractéristiques des principes constitutionnels.....	372
3. Le contexte comme source de reconnaissance d’un principe constitutionnel.....	374
a) Introduction : comment reconnaître un principe constitutionnel ?	374
b) Les différentes approches constitutives de la méthode basée sur le contexte	375
i. L’approche éthique et orientée vers la justice.....	375
ii. L’approche réaliste	375
iii. L’approche constitutionnelle.....	375
iv. L’approche culturelle	376
v. L’approche du droit comparé	376
c) L’application de la méthode basée sur le contexte à l’intégrité	376
II. L’intégrité dans le contexte	377
1. Introduction : l’intégrité en tant que principe constitutionnel ?	377
a) L’absence de mention expresse du principe d’intégrité dans la Constitution fédérale.....	377

b) Le principe d'intégrité dans la jurisprudence et dans la doctrine.....	378
c) Conclusion intermédiaire.....	379
2. L'intégrité dans la réalité juridique et sociétale (l'approche réaliste).....	379
a) Une nouvelle réalité économique et administrative.....	379
b) Une nouvelle réalité juridique au niveau international.....	380
c) Une nouvelle réalité juridique au niveau interne.....	381
d) Conclusion : le rôle déterminant de l'intégrité dans cette nouvelle réalité.....	381
3. L'intégrité et l'Etat de droit démocratique (l'approche constitutionnelle).....	382
a) La place de l'intégrité dans la conception classique de l'Etat de droit démocratique.....	382
i. La conception classique de l'Etat de droit démocratique.....	382
ii. La place de l'intégrité.....	383
b) Le dépassement de la conception classique.....	384
i. La montée en puissance de l'administration publique.....	384
ii. La diminution de la densité normative.....	385
iii. L'importance croissante de l'activité informelle.....	387
iv. Le développement d'un principe d'efficacité.....	388
v. Conclusion intermédiaire : le principe de la légalité n'est plus apte à légitimer à lui seul l'activité administrative.....	389
c) L'intégrité comme élément de l'Etat de droit démocratique au 21 ^e siècle.....	390
i. L'intégrité au-delà de la légalité et des garanties de procédure.....	390
ii. L'intégrité comme condition du principe d'efficacité.....	392
iii. L'intégrité comme aspect essentiel de la démocratie au 21 ^e siècle.....	393
d) Conclusion : l'intégrité est un élément essentiel de l'Etat de droit démocratique.....	397
4. L'intégrité et la « bonne administration » (l'approche culturelle et de droit comparé).....	397
a) Introduction : la notion de « bonne administration ».....	398
i. Une notion floue avec deux fondements principaux.....	398
ii. La diffusion du concept dans les ordres juridiques européens.....	399
iii. L'intégrité comme élément constitutif de la bonne administration.....	401
b) Le principe d'impartialité en droit italien.....	401
i. Le principe d'impartialité en tant que principe constitutionnel à part entière.....	401
ii. La mise en œuvre du principe d'impartialité au niveau infra-constitutionnel.....	403
c) La bonne administration en droit de l'Union européenne.....	404
i. Le développement jurisprudentiel du principe de la bonne administration.....	404
ii. La consécration d'un droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	406
iii. La mise en œuvre de l'exigence d'intégrité dans l'Union européenne.....	408

d) Conclusion : l'intégrité comme valeur européenne fondamentale	410
5. Conclusion : la reconnaissance d'un principe d'intégrité	410
III. L'intégrité comme principe constitutionnel – une esquisse	411
1. Un principe constitutionnel implicite découlant de l'Etat de droit	411
2. Le champ d'application et les destinataires	411
3. La justiciabilité de certains éléments du principe d'intégrité.....	412
4. Les contenus concrets du principe d'intégrité.....	412
5. La portée préventive et les nouvelles méthodes de contrôle de l'administration ...	413
6. L'intégrité de lege ferenda	413
a) L'introduction d'une mention explicite du principe d'intégrité dans la Constitution fédérale.....	413
b) La reconnaissance de l'intégrité comme un droit constitutionnel non écrit	414
c) L'introduction ou la reconnaissance d'un droit à une bonne administration	415
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	417
BIBLIOGRAPHIE.....	423
INDEX DES TABLEAUX	447

Table des abréviations

Accord GRECO	Résolution (99) 5 instituant le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) du 1 ^{er} mai 1999, Greco (99) 1F
Aide-mémoire CF	Aide-mémoire à l'intention des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération du 5 novembre 2014, FF 2013 5898
al.	alinéa(s)
ANAC	Autorità nazionale anticorruzione (Italie)
art.	article(s)
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Avis CF sur le projet pantouflage	Avis du Conseil fédéral sur le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 3 mai 2013 sur les initiatives parlementaires « Anciens conseillers fédéraux. Pas de pantouflage avant un certain délai » et « Anciens conseillers fédéraux. Délai d'attente avant de pantoufler », FF 2013 5895
Avis CF liens d'intérêts	Avis du Conseil fédéral sur le rapport succinct du 28 août 2018 de la Commission de gestion du Conseil des Etats sur la surveillance des liens d'intérêts au sein des conseils d'administration des entreprises proches de la Confédération, à l'exemple de la présidente du conseil d'administration des CFF du 24 octobre, FF 2018 7857
BNS	Banque nationale suisse
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
c.	considérant
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCF	Service de contrôle administratif du Conseil fédéral
CCMP	Centre de compétence des marchés publics
CDF	Contrôle fédéral des finances
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil de l'Europe
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
Code de conduite FINMA	Code de conduite de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, état au 1 ^{er} juillet 2015
Code de conduite IFSN	Code de conduite de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire IFSN, état au 1 ^{er} janvier 2013
Code de conduite Swissmedic	Code de conduite de Swissmedic du Directeur de l'Institut du 3 octobre 2014
Code de comportement de l'administration fédérale	Code de comportement du personnel de l'administration fédérale visant à prévenir les conflits d'intérêts et l'utilisation abusive d'informations non rendues publiques du 15 août 2012, FF 2012 7307
COMCO	Commission de la concurrence
ComCom	Commission fédérale de la communication
Convention OCDE / COCDE	Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, conclue le 17 décembre 1997, RS 0.311.21
Convention pénale	La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, RS 0.311.55
Cour/CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse, RS 311.0
CSP	Contrôle de sécurité relatif aux personnes
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

Cst./1874	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
Cst./AG	Constitution du canton d'Argovie du 25 juin 1980, RS 131.227
Cst./AI	Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures du 24 novembre 1872, RS 131.224.2
Cst./AR	Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures du 30 avril 1995, RS 131.224.1
Cst./BE	Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993, RS 131.212
Cst./BL	Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984, RS 131.222.2
Cst./BS	Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005, RS 131.222.1
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, RS 131.219
Cst./Finlande	Constitution de la Finlande du 11 juin 1999, entrée en vigueur le 1 ^{er} mars 2000
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, RS 131.234
Cst./GL	Constitution du canton de Glaris du 1 ^{er} mai 1988, RS 131.217
Cst./GR	Constitution du canton des Grisons du 14 septembre 2003, RS 131.226
Cst./Italie	Costituzione della Repubblica italiana du 22 décembre 1947
Cst./JU	Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977, RS 131.235
Cst./LU	Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007, RS 131.213
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000, RS 131.233
Cst./NW	Constitution du canton de Nidwald du 10 octobre 1965, RS 131.216.2
Cst./OW	Constitution du canton d'Obwald du 19 mai 1968, RS 131.216.1

Cst./SG	Constitution du canton de Saint-Gall du 10 juin 2001, RS 131.225
Cst./SH	Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002, RS 131.223
Cst./SO	Constitution du canton de Soleure du 8 juin 1986, RS 131.221
Cst./SZ	Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010, RS 131.215
Cst./TG	Constitution du canton de Thurgovie du 16 mars 1987, RS 131.228
Cst./TI	Constitution de la République et canton du Tessin du 14 décembre 1997, RS 131.229
Cst./UR	Constitution du canton d'Uri du 28 octobre 1984, RS 131.214
Cst./VD	Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231
Cst./VS	Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907, RS 131.232
Cst./ZG	Constitution du canton de Zoug du 31 janvier 1894, RS 131.218
Cst./ZH	Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005, RS 131.211
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et du sport
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
Directive AA 2015	Directive de l'Office fédéral du personnel concernant les activités accessoires et les charges publiques au sens de l'art. 91 OPers du 1 ^{er} décembre 2015
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EPF	Ecole(s) polytechnique(s) fédérale(s)
et al.	et alii

Evaluation CDF lutte contre la corruption	Lutte contre la corruption – Evaluation du Contrôle fédéral des finances de la mise en œuvre de l’arrêté du Conseil fédéral du 19 octobre 2018
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
GMC	Groupe multidisciplinaire sur la corruption du Conseil de l’Europe
GRECO	Groupe d’Etats contre la corruption (Conseil de l’Europe)
GTID Corruption	Groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (France)
IFFP	Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle
IFSN	Inspection fédérale de la sécurité nucléaire
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JdT	Journal des Tribunaux
LeGes	Législation & Evaluation (organe de publication de la Société suisse de législation)
let.	lettre(s)
LFC	Loi sur les finances de la Confédération du 7 octobre 2005, RS 611.0
LMSI	Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997, RS 120.
LOGA	Loi sur l’organisation du gouvernement et de l’administration du 21 mars 1997, RS 172.010
LParl	Loi sur l’Assemblée fédérale du 13 décembre 2002, RS 171.10
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1

LPT _h	Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000, RS 812.21
LSR	Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005, RS 221.302
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004, RS 152.3
Message Convention pénale	Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention du 10 novembre 2004 (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), FF 2004 6549
Message Statut fédéral	Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux du 18 juillet 1924, FF 1924 III 1
Message modification Statut fédéral	Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur le statut des fonctionnaires et l'approbation des modifications apportées à l'état des fonctions du 10 mars 1986, FF 1986 II 317
Message LOGA	Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 20 octobre 1993, FF 1993 III 949
Message LPers	Message du Conseil fédéral concernant la loi sur le personnel de la Confédération du 14 décembre 1998, FF 1999 II 1421
Message LTrans	Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807
Message modification LPers 2011	Message du Conseil fédéral concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171
Message modification CP 1999	Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions

	commerciales internationales du 19 avril 1999, FF 1999 5045
Message LOAP	Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP) du 10 septembre 2008, FF 2008 7371
Message alerte éthique CO	Message du Conseil fédéral sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur) du 20 novembre 2013, FF 2013 8547
Message UNCAC	Message du Conseil fédéral concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption du 21 septembre 2007, FF 2007 6931
METAS	Institut fédéral de métrologie
MNS	Musée national suisse
N	numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro
NBP	note de bas de page
NGP	Nouvelle gestion publique
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OCSP	Ordonnance sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes du 4 mars 2011, RS 120.4
OFC	Ordonnance sur les finances de la Confédération du 5 avril 2006, RS 611.01
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OFPER	Office fédéral du personnel
OGE	Office of Government Ethics (Etats-Unis)
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998, RS 172.010.1
ONU	Organisation des Nations Unies
O-OPers	Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.111.31

OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3
OPers-EPF	Ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales du 15 mars 2001, adoptée par le Conseil fédérale le 25 avril 2001, RS 172.220.113)
OPers-FINMA	Ordonnance sur le personnel de l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 11 août 2008, RS 956.121
OPers-IFFP	Ordonnance du conseil de l’IFFP sur le personnel de l’Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle du 10 novembre 2015, approuvée par le Conseil fédéral le 27 janvier 2016 , RS 412.106.141
Opers-IFSN	Règlement du personnel de l’Inspection fédérale de la sécurité nucléaire du 17 octobre 2008, RS 732.221
OPers-IPI	Ordonnance sur le statut du personnel du l’Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle du 30 septembre 1996, RS 172.010.321
OPers-METAS	Ordonnance de METAS relative à son personnel du 24 octobre 2012, approuvée par le Conseil fédéral le 21 novembre 2012, RS 941.273
OPers-MNS	Règlement concernant le personnel du Musée national suisse du 18 septembre 2015, approuvé par le Conseil fédéral le 18 novembre 2015, RS 432.303.2
OPers-PUBLICA	Règlement de la Commission de la caisse PUBLICA relatif au per-sonnel de la Caisse fédérale de pensions PUBLICA du 6 novembre 2009, approuvé par le Conseil fédéral le 16 décembre 2009, RS 172.220.115
OPers-Swissmedic	Ordonnance de l’Institut suisse des produits thérapeutiques sur le personnel du 4 mai 2018, RS 812.215.4
Org CF	Ordonnance sur l’organisation du Conseil fédéral du 29 novembre 2013, RS 172.111
OSalC	Ordonnance sur la rémunération et sur d’autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchiques et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération du 19 décembre 2003, RS 172.220.12
OTrans	Ordonnance sur le principe de la transparence dans l’administration du 24 mai 2006, RS 152.31

p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2
par.	paragraphe(s)
PCC	Personne chargée du code de conduite au sein de l'IFSN
PF PDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PJA	Pratique juridique actuelle
PNA	Piano nazionale anticorruzione
PTPC	Piano triennale di prevenzione della corruzione
PUBLICA	Caisse fédérale des pensions
Rapport sur les conflits d'intérêts	Rapport du Conseil fédéral sur les possibilités de légiférer au niveau fédéral dans le domaine des conflits d'intérêts du 28 novembre 2014, FF 2015 1193
Rapport sur l'éthique	Rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil national du 30 octobre 1998, L'éthique dans le service public, FF 2000 30
Rapport IDAG Corruption 2011	Rapport de l'IDAG Corruption. Un état des lieux des activités de lutte contre la corruption en Suisse et à l'étranger du 28 mars 2011
Rapport IDAG Corruption 2014	Rapport d'activité du groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption (2011 - 2013) du 8 octobre 2014
Rapport IDAG Corruption 2018	Rapport d'activité du Groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption (2014-2017) du 5 avril 2018
Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée	Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 2 février 2015, Evaluation concernant l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée, FF 2015 1561
Rapport sur les liens d'intérêts	Rapport succinct de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 28 août 2018, Surveillance des liens d'intérêts au sein des conseils d'administration des entreprises

	proches de la Confédération, à l'exemple du cas de la présidente du conseil d'administration des CFF, FF 2018 7833
Rapport sur la prévention de la corruption	Rapport du Conseil fédéral sur la prévention de la corruption (en réponse au postulat « Prévention de la corruption » de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 juin 1999), FF 2003 4648
Rapport sur le projet pantouflage	Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 3 mai 2013 sur les initiatives parlementaires « Anciens conseillers fédéraux. Pas de pantouflage avant un certain délai » et « Anciens conseillers fédéraux. Délai d'attente avant de pantoufler », FF 2013 4653
Rapport sur les occupations accessoires	Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 12 mars 1999, « Les occupations accessoires des fonctionnaires et les activités professionnelles d'anciens fonctionnaires, plus particulièrement sous l'angle des conflits d'intérêts », FF 1999 9056
Règlement compliance PUBLICA	Règlement concernant la compliance du 23 août 2012 de PUBLICA
Réponse CF au rapport sur les occupations accessoires	Réponses du Conseil fédéral du 12 janvier 2000 au rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 12 mars 1999, « Les occupations accessoires des fonctionnaires et les activités professionnelles d'anciens fonctionnaires, plus particulièrement sous l'angle des conflits d'intérêts », FF 2000 4563
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RPC/RPCT	Responsabile della prevenzione della corruzione / Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s

Statut fédéral	Loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux du 30 juin 1927, RS 172.221.10 (abrogé en 2008)
STE	Série des traités européens (Conseil de l'Europe)
Swissmedic	Institut suisse des produits thérapeutiques
TAF	Tribunal administratif fédéral suisse
TF	Tribunal fédéral suisse
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPF	Tribunal pénal fédéral suisse
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UNCAC	Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, RS 0.311.56
U.S.C.	Code of Laws of the United States of America
Vol.	Volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZV	Employés du secteur public suisse

Introduction générale

« [L]e fonctionnaire qui se vend, qui pour un avantage pécuniaire ou autre, pour un bout de ruban ou une décoration, pour un appât quelconque offert à sa vanité, à ses appétits de toute nature, abuse de sa mission, trahit le dépôt de l'autorité confiée à sa foi, vilipende le respect et le désintéressement qui doit être inhérent à toute fonction publique et inaliénable de celle-ci [...]. Je sais bien que l'on m'objectera que s'il n'y avait pas de corrupteurs il n'y aurait pas de fonctionnaires corrompus. Mais s'il n'y avait pas de fonctionnaires corruptibles il ne se trouverait pas de corrupteurs, car, en essayant de s'y attaquer ils se heurteraient à une résistance faite d'honneur, de dignité et qui puise sa fermeté dans la confiance dont l'Etat fait preuve envers eux en leur remettant ainsi une parcelle du pouvoir social. »³

I. La problématique

L'intégrité de l'administration publique est une thématique ancienne et pourtant constamment d'actualité. Les souverains d'époques très diverses ont cherché les meilleurs moyens de s'assurer de la fidélité des personnes à leur service et d'empêcher ces dernières de prendre en compte de manière indue des intérêts privés lors de l'accomplissement des tâches publiques.⁴ L'époque actuelle ne fait pas exception : la problématique de l'intégrité suscite depuis quelques années un grand intérêt tant au niveau international qu'au niveau national. Au niveau international, l'intégrité de l'administration publique a d'abord été abordée dans le contexte de la lutte pénale contre la corruption. On se focalisait alors sur la répression de la corruption, phénomène considéré comme l'un des obstacles majeurs au développement et à la croissance économiques et l'une des principales causes de la diminution de la confiance des citoyens à l'égard des institutions publiques.⁵ Peu à peu, une approche préventive basée sur le droit administratif s'est ajoutée à l'approche répressive : il s'agit aujourd'hui de prévenir les comportements corruptifs et de promouvoir l'intégrité.⁶

Le regain d'intérêt porté à l'intégrité de l'administration publique résulte notamment des réformes administratives des dernières décennies qui ont fondamentalement

³ GONSET AUGUSTE, De la corruption des fonctionnaires publics : étude de droit comparé, Neuchâtel 1897, p. 42.

⁴ Cf. ci-dessous N 58 ss.

⁵ La thèse selon laquelle la corruption comporte des avantages économiques notables, défendue par certains durant la seconde moitié du 20^e siècle, a désormais été abandonnée par la grande majorité des économistes, cf. BOERSMA, Corruption, p. 45, et DE BENEDETTO, Corruption, p. 480 ss. Au sujet de la confiance, cf. p. ex. DEMMKE ET AL., Conflicts, p. 14.

⁶ DE BENEDETTO, Corruption, p. 480 s. ; CERRILLO/PONCE, Présentation, p. vii.

transformé l'administration publique. Les privatisations et la décentralisation de l'administration publique, l'évolution de l'administration vers une administration de gestion ainsi que les diverses réformes intervenues dans le cadre du mouvement de la nouvelle gestion publique ont mené à une « managérialisation » progressive de l'administration publique. Les réformes au niveau de l'organisation de l'administration, les nouveaux modes d'action de l'administration publique ainsi que l'alignement du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail ont eu un impact sur l'intégrité de l'administration publique. Il a notamment été montré que l'enchevêtrement croissant des secteurs public et privé comporte des risques élevés pour l'intégrité.

- 3 En Suisse, le thème de l'intégrité de l'administration publique a été mis sur le devant de la scène notamment par la révélation de plusieurs cas de corruption ou d'irrégularités au sein des administrations fédérale et cantonales. A titre d'exemples, on peut citer l'affaire de corruption au SECO⁷, celle au sein de l'Office fédéral de l'environnement⁸ ou encore les irrégularités au sein de l'Administration fédérale des contributions (système informatique « INSIEME »). D'autres révélations ont provoqué des réactions similaires, en dépit du fait que les comportements concrets ne constituaient pas dans tous les cas une violation de la loi en vigueur ; ces comportements ont été néanmoins jugés non intègres. On peut citer l'affaire de l'ancien président de la Banque nationale suisse, Philippe Hildebrand, concernant l'achat de devises⁹, le passage hâtif de certains anciens membres du Conseil fédéral ou hauts fonctionnaires dans le secteur privé¹⁰, les activités accessoires des professeurs d'université ou de certains hauts fonctionnaires¹¹, ou encore le cas d'un membre du conseil d'administration de la FINMA qui siégeait au même temps dans un conseil d'administration d'une banque commerciale surveillée par la FINMA¹². Enfin, certaines affaires, comme par exemple celle du conseiller d'Etat genevois Pierre Maudet et de son voyage à Abu Dhabi¹³, sont actuellement en cours d'enquête.
- 4 En même temps, les organisations internationales, notamment le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe, ont exercé une pression considérable sur les autorités fédérales pour qu'elles adaptent la législation fédérale aux standards internationaux en matière de prévention de la corruption. En réponse aux scandales ainsi qu'à la pression internationale, le législateur fédéral, et dans une moindre mesure les législateurs cantonaux, ont ainsi introduit au cours des dernières décennies des mesures de promotion de l'intégrité de l'administration publique.
- 5 La problématique de l'intégrité de l'administration publique touche à plusieurs domaines du droit public. Elle concerne tout d'abord le droit de la fonction publique, et plus précisément les devoirs des agents publics. Ceux-ci sont en effet soumis à un certain nombre de règles de comportement qui peuvent restreindre leurs droits fonda-

⁷ Cf. ci-dessous N 48 et N 421.

⁸ Cf. notamment les arrêts du TF du 26 février 2018, 6B_988/2017 et 6B_986/2017.

⁹ Cf. ci-dessous N 467.

¹⁰ Cf. ci-dessous N 482 et N 503.

¹¹ Cf. notamment ci-dessous la note de bas de page 930 et FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence.

¹² Cf. ci-dessous N 344.

¹³ Cf. ci-dessous N 421.

mentaux, notamment la liberté d'expression, la liberté économique et le droit à la protection des données personnelles. L'intégrité de l'administration publique est ensuite étroitement liée aux domaines de la transparence administrative et des marchés publics. Elle soulève en outre des questions d'organisation de l'administration publique. Enfin, dans la mesure où les autorités publiques recourent souvent à des mesures de droit souple en matière d'intégrité, la problématique de l'intégrité de l'administration publique est également pertinente au regard de la mise en œuvre du droit administratif.

II. Les objectifs de l'étude

La présente étude poursuit deux objectifs principaux. Notre premier objectif est de présenter et d'analyser de manière critique la législation fédérale et les autres mesures prises par les autorités fédérales en matière d'intégrité. Ce faisant, nous tâcherons de relever les défis et les éventuelles lacunes de la réglementation actuelle, de mettre en lumière les intérêts à prendre en compte lors des pesées des intérêts, de démontrer les différentes possibilités de réglementer une certaine problématique et, enfin, d'émettre des propositions d'amélioration, conformes à l'exigence d'intégrité, de la réglementation actuelle. Nous visons ainsi à donner au lecteur une vue d'ensemble des mesures et règles applicables en matière d'intégrité.

Notre second objectif est de clarifier la nature juridique de l'intégrité dans l'ordre juridique suisse. Plus précisément, nous nous demanderons, d'abord, si l'intégrité représente un intérêt public reconnu dans le système juridique suisse. Puis, nous tenterons de répondre à la question de savoir si l'intégrité de l'administration publique constitue un principe constitutionnel.

III. L'état de la recherche

La prévention de la corruption a fait l'objet de plusieurs études en Suisse. Des auteurs se sont intéressés à certaines dimensions de l'intégrité de l'administration publique ou à des problématiques connexes telles que le devoir de récusation¹⁴, l'applicabilité des garanties de procédure dans les processus administratifs¹⁵, le rôle de l'éthique au sein de l'administration publique¹⁶, l'apport de la Cour des comptes de Genève dans la lutte contre la corruption¹⁷, la neutralité de l'administration publique¹⁸ ou encore l'utilité du code de bonne administration du Conseil de l'Europe pour la Suisse¹⁹. D'autres articles traitent du sujet de manière plus générale.²⁰ Enfin, une étude plus approfondie

¹⁴ SCHINDLER, Befangenheit.

¹⁵ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte.

¹⁶ SCHINDLER, Ethikförderung.

¹⁷ ZUIN, Corte.

¹⁸ UHLMANN, Neutralität.

¹⁹ TANQUEREL, Code.

²⁰ Cf. p. ex. SCHINDLER, Perspective, et DE ROSSA GISIMUNDO, Corruption.

sur les processus de corruption en Suisse a été publiée en 2000.²¹ Ses auteurs se sont penchés entre autres sur les instruments de prévention de la corruption relevant du droit public, sans cependant mettre l'accent sur ces derniers. Notre travail s'inscrit dans la continuité de cette étude, dans la mesure où nous nous intéresserons notamment aux mesures de droit administratif qu'elle propose. Précisons encore que la prévention de la corruption, les conflits d'intérêts et la promotion de l'intégrité ont également fait l'objet de nombreux ouvrages récents au niveau international²² et au niveau national dans d'autres pays.²³

IV. La structure de l'étude

- 9 L'étude est subdivisée en trois parties. La première partie est consacrée aux notions et au contexte général de la problématique. Nous définirons d'abord les notions les plus importantes – l'intégrité et l'administration publique –, délimiterons le sujet par rapport à d'autres thématiques connexes et préciserons quelles thématiques nous ne traiterons pas (§ 1). Nous précisons d'ores et déjà que nous n'examinerons pas en détail le domaine des marchés publics dans le présent travail.²⁴ Une brève partie historique nous montrera ensuite que l'intégrité de l'administration publique est une préoccupation ancienne (§ 2). Dans le troisième chapitre, nous traiterons du contexte administratif actuel en mettant en lumière les développements de l'administration publique intervenus au cours des dernières décennies et leur impact sur l'intégrité de l'administration publique (§ 3).
- 10 La deuxième partie est consacrée à l'intégrité de l'administration publique en droit suisse. Nous commencerons par retracer l'émergence du concept d'intégrité en droit international et en droit fédéral (§ 4). Le chapitre suivant sera dédié à l'intégrité des agents publics (§ 5). Nous montrerons que ces derniers sont soumis à un certain nombre de devoirs d'intégrité découlant du devoir de fidélité, notamment en matière d'activités accessoires, de pantouflage (l'emploi d'après-mandat), d'acceptation d'avantages, de déclarations d'intérêts, d'utilisation d'informations privilégiées et de récusation. Dans le sixième chapitre, nous examinerons les instruments de droit souple promouvant l'intégrité, notamment les codes de conduite, la formation éthique et le serment (§ 6). Nous décrirons et analyserons ensuite les nombreux liens entre la transparence et l'intégrité, en traitant notamment de l'alerte éthique (whistleblowing) (§ 7). Enfin, le huitième chapitre est dédié aux mesures organisationnelles et institutionnelles (§ 8) ; nous y traiterons entre autres des autorités et organes responsables en matière d'intégrité.

²¹ QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*. L'étude est issue d'un Programme national de recherche du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

²² Cf. notamment PETERS ANNE/HANDSCHIN LUKAS (édit.), *Conflict of interest in global, public and corporate governance*, Cambridge 2013, et AUBY JEAN-BERNARD/BREEN EMMANUEL/PERROUD THOMAS (édit.), *Corruption and conflicts of interest. A comparative law approach*, Cheltenham 2014.

²³ Cf. pour l'Italie p. ex. LUCIANO VANDELLI (édit.), *Etica pubblica e buona amministrazione*, Milan 2009 ; pour la France CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, et MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologie* ; et pour l'Allemagne FEHLING, *Unparteilichkeit*.

²⁴ Cf. ci-dessous N 48 ss.

La troisième partie est consacrée à l'analyse de la nature juridique de l'intégrité de l'administration publique. Nous démontrerons d'abord à l'aide de la législation et de la jurisprudence fédérales que l'intégrité constitue un intérêt public dans l'ordre juridique suisse (§ 9). Nous nous interrogerons ensuite sur l'éventuelle valeur de principe constitutionnel de l'exigence d'intégrité (§ 10). 11

V. Précisions quant au droit comparé et au langage inclusif

Dans plusieurs chapitres de la présente étude, nous nous référerons à des règles en vigueur dans des ordres juridiques étrangers, et cela en poursuivant principalement deux objectifs. Le droit comparé nous permettra d'abord de mieux comprendre et d'évaluer les règles en vigueur en Suisse. Il nous servira ensuite de source d'inspiration, dans la mesure où certaines règles ou mesures prises dans d'autres pays peuvent également être adéquates dans l'ordre juridique suisse. Nous avons opté avant tout pour les pays voisins de la Suisse, notamment l'Italie, la France et l'Allemagne. Nous ferons également référence à certaines réglementations ou à des exemples américains, dès lors que la législation en matière d'intégrité y est très développée. Enfin, dans un cas, nous nous référerons au droit finlandais ; cette référence se justifie notamment par le classement similaire de la Suisse et de la Finlande dans l'Indice de perception de la corruption, établi par l'organisation non-gouvernementale Transparency International. 12

Précisons encore que nous avons essayé d'utiliser dans ce travail un langage neutre. Nous avons employé autant que possible des termes dont on ne peut pas déduire le sexe des personnes concernées ; nous avons par exemple préféré parler de « membre du Conseil fédéral » plutôt que de « conseiller fédéral ». Toutefois, dans certains cas cela n'a pas été possible : soit la forme masculine est l'expression standard – le terme « Ombudsman » est par exemple employé seulement dans sa forme masculine –, soit l'ordre juridique utilise la forme masculine pour désigner une certaine fonction – il existe par exemple « le » référent déontologique et non « la » référente déontologique²⁵. Nous avons en outre veillé à ce que les deux sexes soient représentés de façon égale dans nos exemples fictifs. 13

Dans tous les cas, la référence à une fonction ou à une personne inclut à chaque fois les représentants des deux sexes, ainsi que toutes les personnes qui ne se reconnaissent dans aucune des deux catégories. 14

²⁵ Cf. ci-dessous N 904.

Première partie : Les notions et le contexte

§ 1 Les notions principales et la délimitation du sujet

« L'administration doit non seulement être, mais aussi paraître intègre. »²⁶

Dans ce chapitre, nous définirons les notions principales (I.) et délimiterons notre thématique par rapport à d'autres sujets connexes (II.). Nous traiterons ensuite brièvement de l'introduction du concept d'intégrité en droit (III.). 15

²⁶ MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, Droit administratif III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^e éd., Berne 2018, p. 611.

I. Les notions principales

1. Administration publique

- 16 Le sujet du présent travail est l'intégrité de l'« administration publique » (« Öffentliche Verwaltung » ; « pubblica amministrazione »). Précisons d'emblée qu'il porte sur l'administration publique *fédérale* ; nous ferons cependant quelques références aux réglementations cantonales.
- 17 L'administration publique désigne d'une part une fonction, celle qui est rattachée au pouvoir exécutif, et d'autre part une organisation, soit un ensemble de personnes et de moyens.²⁷ La *fonction* administrative peut être décrite de manière positive, en énumérant les diverses activités administratives, ou de manière négative, en la distinguant de la fonction législative et de la fonction judiciaire.²⁸ Ni l'une ni l'autre de ces définitions – ni d'ailleurs une définition « mixte »²⁹ – ne sont cependant entièrement satisfaisantes, pour des raisons amplement discutées en doctrine.³⁰ Nous nous contenterons ici de nous référer à la définition négative : la fonction administrative recouvre « les activités étatiques qui ne relèvent ni de la législation ni de la justice »³¹.

Cela signifie en particulier que nous prenons en compte tous les processus administratifs, et pas uniquement les procédures menant à une décision administrative.

- 18 Des difficultés de délimitation se posent également en ce qui concerne l'administration comme *organisation*, notamment quant à l'appartenance de certaines unités décentralisées à l'administration publique.³² Nous utiliserons dans la présente étude une notion large de l'administration : ainsi, appartiennent à l'administration publique toutes les autorités, tous les établissements et organes fédéraux qui sont chargés de l'exécution de tâches publiques et qui ne font pas partie d'un autre pouvoir (judiciaire ou législatif).³³ Leur forme ou leur nature juridique n'ont pas d'importance.³⁴ Précisons que cette notion large englobe également les privés délégués de tâches publiques.

Au sens de la législation sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, l'administration centrale se compose des départements et de la Chancellerie fédérale.³⁵ L'administration décentralisée comprend quatre catégories d'unités : les commissions extra-

²⁷ TANQUEREL, Manuel, N 2 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 2 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 1 N 3 s. ; TSCHANNEN, Systeme, p. 185 s.

²⁸ TANQUEREL, Manuel, N 4 ss ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 7 ss ; SCHINDLER, Befangenheit, p. 3 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 1 N 9 ss.

²⁹ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 12 ss. Cf. aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 1 N 12 ss, qui parlent de « Kurzformel ».

³⁰ TANQUEREL, Manuel, N 4 et 6 ss ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 8 et 10.

³¹ TANQUEREL, Manuel, N 5.

³² Cf. notamment MÜLLER, Art. 178, N 5 ss, et TANQUEREL, Manuel, N 114 ss.

³³ MÜLLER, Art. 178, N 16.

³⁴ MÜLLER, Art. 178, N 16.

³⁵ Cf. art. 2 al. 1 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010) et art. 6 de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1). La liste des unités appartenant à l'administration centrale se trouve à l'annexe 1 OLOGA.

parlementaires, les unités administratives sans personnalité juridique devenues autonomes sur le plan juridique, les corporations, fondations et établissements de droit public juridiquement autonomes et les sociétés anonymes dans lesquelles la Confédération détient la majorité du capital ou des voix.³⁶

En revanche, les organisations ou personnes extérieures à l'administration qui remplissent des tâches administratives et dont les prestations consistent essentiellement en prestations proposées sur le marché et celles qui reçoivent de la Confédération une aide financière ou une indemnité ou dans lesquelles la Confédération détient une participation minoritaire ne font pas partie de l'administration fédérale au sens de la législation sur l'organisation du gouvernement et de l'administration.³⁷

Une notion large de l'administration publique en tant qu'organisation s'impose à notre avis dans le domaine de l'intégrité. C'est également la voie suivie par le Conseil fédéral dans son rapport sur les conflits d'intérêts.³⁸ Mentionnons par ailleurs que le droit pénal de la corruption utilise également une notion large de l'administration publique. Ainsi, selon l'article 322^{decies} al. 2 du *Code pénal suisse*, « les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics »³⁹. 19

Notre étude portera également sur l'intégrité du gouvernement, c'est-à-dire au niveau fédéral le Conseil fédéral, bien que ce dernier ne fasse pas partie de l'administration publique.⁴⁰ Toutefois, dans le contexte suisse, le gouvernement ne se laisse que difficilement séparer de l'administration publique, dans la mesure où chacun des ministres est à la tête d'un département.⁴¹ Lors de notre analyse, il conviendra cependant de tenir compte des spécificités du statut des membres du Conseil fédéral par rapport aux autres agents publics. 20

En résumé, nous nous occuperons de l'intégrité de l'administration publique fédérale et du Conseil fédéral lors de l'accomplissement des activités étatiques qui ne relèvent ni de la législation ni de la justice. 21

Nous analyserons systématiquement les réglementations en matière d'intégrité applicables aux agents publics de l'administration centrale et aux membres du Conseil fédéral. En revanche, les nombreuses unités décentralisées disposent souvent de réglementations spécifiques dans ce domaine. Il dépasserait le cadre du présent travail de les analyser toutes de manière exhaustive. L'examen de quelques-unes d'entre elles nous permettra quand même d'arriver à des conclusions plus générales.

³⁶ Cf. art. 2 al. 3 LOGA et art. 7a OLOGA. Les corporations, fondations, établissements de droit public et les sociétés anonymes font partie de l'administration décentralisée pour autant que leurs prestations ne consistent pas essentiellement en prestations fournies sur le marché. La liste des unités décentralisées de l'administration fédérale se trouve aux annexes 1 et 2 OLOGA.

³⁷ Cf. l'art. 6 al. 3 OLOGA. L'exclusion de cette catégorie de l'administration publique est critiquée en doctrine, cf. notamment MÜLLER, Art. 178, N 5 ss.

³⁸ FF 2015 1200 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

³⁹ Cf. l'art. 322^{decies} al. 2 *Code pénal suisse* (CP ; RS 311.0). Cf. également la définition de fonctionnaire en droit pénal : art. 110 al. 3 CP et les ATF 135 IV 198, c. 3.3, et 141 IV 329, c. 1.3, et HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, N 2004.

⁴⁰ MÜLLER, Art. 178, N 20.

⁴¹ Cf. l'art. 178 al. 2 *Constitution fédérale de la Confédération suisse* (Cst. ; RS 101) et l'art. 35 LOGA.

2. Intégrité

a) Le terme « intégrité » : un choix pragmatique

- 22 La terminologie en matière d'« intégrité » (« Integrität » / « integrità ») est confuse, tant dans les textes juridiques ou officiels que dans la doctrine. Les termes « éthique » ou « éthique publique », « déontologie », « moralité », « probité », « désintéressement » et « intégrité » sont utilisés tantôt comme synonymes, tantôt avec des significations différentes.⁴² Tandis que le terme « éthique » a souvent été utilisé à la fin des années 1990 et au début du siècle, les publications récentes, notamment celles des organisations internationales et supranationales et d'auteurs anglophones⁴³, se basent plutôt sur le terme d'intégrité ou d'intégrité publique.⁴⁴ Les notions de déontologie, moralité et probité sont majoritairement utilisées en France.⁴⁵ Dans le présent travail, nous utiliserons le terme « intégrité », parce que cette terminologie correspond aux développements au niveau international et aux « styles modernes de gestion de l'intégrité »⁴⁶. Le choix est donc pragmatique. Nous utiliserons par ailleurs parfois le terme « éthique » comme synonyme.

Précisons qu'en dépit de l'utilisation du terme « éthique », nous ne traiterons pas du caractère éthique ou adéquat des résultats ou des décisions de l'administration publique. En d'autres termes, nous ne nous poserons pas la question de savoir si une décision est moralement juste ou pas.⁴⁷ Nous verrons que l'intégrité implique un certain comportement et non des résultats concrets. Cette distinction entre la procédure et le résultat peut être illustrée à l'aide de l'exemple suivant : la décision de faire la guerre ou de ne pas faire la guerre (résultat) peut être prise en se conformant aux normes et aux valeurs ou non (procédure).⁴⁸

- 23 Au niveau étymologique, le terme « intégrité », identique dans toutes les langues nationales suisses et en anglais (*Integrität* / *integrità* / *integritad* / *integrity*), dérive du substantif latin « integritas ». Le premier sens mentionné dans les dictionnaires est « l'état d'une chose qui est demeurée intacte »⁴⁹, soit la totalité, l'intégralité. Au sens figuré, intégrité désigne la « qualité d'une personne qui ne se laisse entamer par aucun

⁴² MAESSCHALCK, Intégrité, N 9.

⁴³ Cf. p. ex. les initiatives de l'Union européenne lancées par le gouvernement néerlandais (MUNGIU-PIPPIDI ET AL., *Public Integrity and Trust in Europe*, Berlin 2015) et les études de l'OCDE sur l'intégrité (cf. notamment la NBP 391). Cf. pour les auteurs anglophones p. ex. LAMBOO/VAN DOOREN//HEWYWOOD, *Witnesses*, p. 10, et HUBERTS, *Governance*, p. 39 ss.

⁴⁴ MAESSCHALCK, Intégrité, N 10 ; HUBERTS/HOEKSTRA, *Integrity*, p. 7.

⁴⁵ Cf. notamment CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, et MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologie*. Cf. aussi les initiatives récentes en France pour « moraliser » la vie publique. Pour la probité, cf. notamment les écrits de LASCOUMES qui traduit le terme anglais « integrity » par « probité » (LASCOUMES, *Démocratie*, p. 7 ss). Cf. cependant ROSANVALLON, *Gouvernement*, qui utilise la notion d'intégrité.

⁴⁶ MAESSCHALCK, Intégrité, N 10.

⁴⁷ HUBERTS, *Governance*, p. 51, parle à ce propos de « policy ethics ».

⁴⁸ HUBERTS, *Governance*, p. 19.

⁴⁹ LE PETIT ROBERT, p. 1349 ; voir pour les significations en latin : GAFFIOT, p. 836 ; en allemand : WAHRIG, p. 764 ; en italien : DEVOTO-OLI, p. 1442 ; en anglais : OXFORD ENGLISH DICTIONARY, p. 1066. C'est ce sens du mot qui est utilisé dans la notion « intégrité corporelle », utilisée notamment par le Code pénal suisse.

vice »⁵⁰ et est synonyme d'honnêteté, d'incorruptibilité et de probité.⁵¹ L'adjectif « intègre » est, de plus, utilisé comme synonyme d'équitable, d'impartial et de juste.⁵² L'antonyme d'intégrité est la corruption.⁵³

b) *A la recherche d'une définition*

Bien que le terme soit utilisé de plus en plus dans le domaine juridique, il n'existe pas de définition uniforme de la notion d'intégrité. En droit fédéral, le terme intégrité apparaît dans plusieurs textes légaux ; aucun d'eux ne contient cependant une définition.⁵⁴ De même, les actes de droit international applicables en Suisse utilisent la notion d'intégrité sans la définir.⁵⁵ Les instruments internationaux de droit souple contiennent quant à eux plusieurs approches. Certains décrivent l'intégrité de manière positive. Ainsi, dans un document des Nations Unies, l'impératif d'intégrité implique « les qualités telles que l'honnêteté, la bonne foi, l'impartialité et l'incorruptibilité »⁵⁶. L'Union européenne, quant à elle, érige l'intégrité en un des principes du service public qui guident les fonctionnaires de l'UE.⁵⁷ Il ressort de la description qu'un fonctionnaire intègre « [adopte] à tout moment un comportement adéquat qui résisterait à l'examen public le plus minutieux » et qu'« il ne suffit pas simplement d'observer la loi » « pour s'acquitter de cette obligation »⁵⁸. Enfin, l'OCDE connaît plusieurs définitions. Selon une définition de 2015, l'intégrité d'un organisme ferait référence « au fait que les moyens financiers, humains et matériels ainsi que les pouvoirs sont utilisés aux fins officiellement prévues et de façon éclairée, conformément à l'intérêt général et aux principes généraux de bonne gouvernance »⁵⁹. Dans une recommandation de 2017, l'OCDE définit l'intégrité publique comme « la conformité et l'adhésion sans faille à une communauté de valeurs, de principes et de normes éthiques aux fins de protéger l'intérêt général contre les intérêts privés et de lui accorder la priorité sur ces derniers au sein du secteur public »⁶⁰.

24

Il ressort notamment de la définition de l'UE qu'un comportement en soi conforme aux règles légales en vigueur peut être jugé non intègre et, par-là, contrevenir à l'exigence

⁵⁰ LITTRÉ, p. 3259.

⁵¹ Le Petit Robert, p. 1349.

⁵² Le Petit Robert, p. 1348.

⁵³ Le Petit Robert, p. 1349 ; Oxford English Dictionary, p. 1066.

⁵⁴ Cf. p. ex. l'art. 51b Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40), le nouvel art. 55 Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh ; RS 812.21 ; l'article entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2010) ou encore l'art. 27 Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.033.0).

⁵⁵ Cf. p. ex. la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 (RS 0.311.56) ou le Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales du 16 novembre 2009 (RS 0.102.1).

⁵⁶ Cf. les Normes de conduite de la fonction publique internationale de l'UNESCO, publiées en 2014.

⁵⁷ Cf. ci-dessous N 1092 pour les principes du service public de l'Union européenne.

⁵⁸ Principe n° 2 des *principes du service public pour les fonctionnaires de l'UE* du Médiateur européen, p. 8 s. Le concept d'intégrité adopté par l'Union européenne est par ailleurs similaire à la définition de l'intégrité utilisée dans le domaine des sciences sociales, cf. notamment HUBERTS, *Governance*, p. 44, et FIJNAUT/HUBERTS, *Introduction*, p. 4.

⁵⁹ *Recommandation de l'OCDE sur les marchés publics* 2015, C(2015)2 (sans date). Cf. ci-dessus N 130.

⁶⁰ *Recommandation de l'OCDE sur l'intégrité publique* 2017, C(2017)5 du 26 janvier 2017. Cf. ci-dessus N 130.

d'intégrité. L'affaire de l'ancien président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, en constitue un exemple. Selon la commission d'éthique *ad hoc* de la Commission européenne, José Manuel Barroso n'avait pas agi de manière intègre en acceptant un poste à la banque Goldman Sachs, même s'il avait respecté toutes les règles en vigueur dans l'Union européenne.⁶¹

- 25 D'autres décrivent l'intégrité de manière négative, en citant une série de violations de l'intégrité. L'intégrité est par ailleurs souvent décrite comme le contraire de la corruption : « Corruption and integrity are best conceptualized as opposite ends of a continuum »⁶².

L'OCDE a établi une liste de violations de l'intégrité : « la corruption, notamment les pots-de-vin, les commissions occultes, le népotisme, le copinage ou le clientélisme ; la fraude et le détournement de ressources, par exemple au moyen de la substitution de produits pendant la livraison entraînant la fourniture de matériaux de moindre qualité ; les conflits d'intérêts dans le service public et durant l'après-mandat public ; la collusion ; le détournement et la manipulation d'informations ; les discriminations dans le processus de passation des marchés publics ; ou encore le gaspillage et le détournement des ressources de l'administration. »⁶³

- 26 Lorsque l'intégrité est opposée à la corruption, il est fait référence à une conception large de la corruption qui inclut non seulement les infractions de corruption active ou passive au sens des art. 322^{ter} et 322^{quater} CP, mais aussi tout « abus d'un pouvoir public à des fins privées »⁶⁴. La corruption au sens large couvre toute sorte d'irrégularités⁶⁵, notamment, outre la corruption au sens étroit, des comportements tels que le clientélisme, le népotisme, le favoritisme, le trafic d'influence et la capture de régulation, qui ne constituent pas forcément des infractions pénales.⁶⁶ Alors qu'il se justifie d'adopter une notion restreinte de la corruption en droit pénal, une notion large s'impose lorsque le but est de prévenir les comportements corruptifs. Nous utiliserons dans la présente étude la notion large de corruption.

⁶¹ Cf. *l'Opinion of the Ad Hoc Ethical Committee* de la Commission européenne du 26 octobre 2016, disponible qu'en anglais sous ec.europa.eu > A propos de la Commission européenne > Principes et valeurs > Codes de conduite > Ethique et intégrité des commissaires européens > The independent ethical committee. Cf. également AMBRUS GAUTHIER, Le « pantouflage » de José Manuel Barroso vu par Aristote, *Le Temps* du 12 novembre 2016. Cette décision a été critiquée par la Médiatrice européenne, cf. ci-dessous N 482 et N 553.

⁶² MOLINA, *Ethics*, p. 162. Cf. également FIJNAUT/HUBERTS, Introduction, p. 4 ; OCDE, *Mode*, p. 7.

⁶³ *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics* de 2008 (remplacée par une recommandation de 2015, cf. N 130), C(2008)105, Annexe, II./4.

⁶⁴ C'est la définition retenue par la Banque mondiale et l'ONG Transparency International. Les Nations Unies ainsi que l'Union européenne optent pour une définition encore plus large de la corruption qui serait un « abus de pouvoir au profit d'un gain personnel » de manière à couvrir non seulement le secteur public, mais également le secteur privé, cf. COM(2003) 317 final, p. 6. Voir pour un résumé des différentes conceptions de la corruption notamment HEYWOOD/ROSE, *Challenge*, p. 103 ss, et CHICHE ET AL., *Favoritisme*, p. 79 ss.

⁶⁵ Notons que le terme « irrégularités » est de plus en plus souvent utilisé dans ce contexte, cf. notamment l'art. 22a LPers (ci-dessous N 847 ss) et le projet de modification du CO pour la protection des lanceurs d'alerte (cf. notamment le Message whistleblowing CO et Message additionnel sur la révision partielle du code des obligations [Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur], FF 2018 6163).

⁶⁶ PIETH, Art. 322^{ter} CP, N 7 ; QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 7. Voir également HUBERTS, *Governance*, p. 5.

Les terminologies allemande et anglaise prêtent moins à confusion : dans ces deux langues, l'infraction centrale, c'est-à-dire la corruption au sens étroit, s'intitule « Bestechung » / « bribery ». En revanche, on utilise les termes « Korruption » / « corruption » pour se référer à la corruption au sens large.

En conclusion, l'intégrité peut être définie de plusieurs manières différentes. Nous retiendrons ici que pour un agent public un comportement intègre implique notamment de ne pas prendre en compte de manière indue des intérêts privés lors de l'accomplissement de tâches publiques. En outre, une administration publique intègre est celle qui se compose d'agents publics intègres et qui veille à ce que son organisation et ses procédures soient conformes à cet objectif.⁶⁷

27

Les standards de ce qui constitue un intérêt « indu » sont, comme d'autres valeurs ou principes, sujets à évolution. Nous pouvons observer que les standards en matière d'intégrité sont devenus plus stricts en Suisse. Il était pendant longtemps considéré comme normal pour les membres des gouvernements fédéral et cantonaux ainsi que pour les agents publics de recevoir des cadeaux de la part d'entreprises privées ou d'individus. Dans les années 1980, les entreprises gérantes de la centrale nucléaire de Gösgen avaient par exemple organisé et payé un voyage de plaisance en Espagne à plusieurs conseillers d'Etat cantonaux, à un conseiller fédéral et à de nombreux cadres, tous avec leurs épouses, pour le dixième anniversaire de la centrale nucléaire. Le fait que la justice solexoise ait enquêté sur ce cas était une nouveauté en Suisse.⁶⁸ Aujourd'hui, un tel comportement serait considéré comme contraire à l'intégrité.⁶⁹

c) *L'intégrité et l'apparence d'intégrité*

Il ressort tant de la jurisprudence que de la doctrine que le concept d'intégrité englobe aussi l'apparence d'intégrité.⁷⁰ Il ne suffit donc pas d'être intègre, il convient également de paraître intègre. Dans un arrêt de 1957 déjà, le Tribunal fédéral a précisé que la réglementation du droit administratif sur l'acceptation d'avantages vise non seulement à sauvegarder les intérêts financiers directs de la Confédération, mais également la réputation de cette dernière ainsi que la confiance des citoyens dans l'intégrité des agents publics.⁷¹ Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a confirmé cette approche.⁷²

28

L'importance de l'apparence dans le domaine de l'intégrité a également été théorisée par la doctrine. Selon PIERRE MOOR, FRANÇOIS BELLANGER et THIERRY TANQUEREL,

29

⁶⁷ HUBERTS, *Governance*, p. 4 ; FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 242.

⁶⁸ Voir pour le tout GERNY DANIEL, *Als bezahlte Auslandsreisen zum guten Ton gehörten*, *NZZ* du 6 septembre 2018.

⁶⁹ Cf. ci-dessous la réglementation applicable en matière d'acceptation d'avantages, N 379 ss.

⁷⁰ Cf. p. ex. MORET-BAILLY, *Conflits*, p. 74 ss, CARLONI, *Codice*, p. 397 s., ou BUGE, *Politique*, p. 408. Le fait que l'apparence d'intégrité est importante est l'une des justifications pour établir des indices comme celui de perception de la corruption de l'organisation non-gouvernementale Transparency International, cf. ci-dessous N 51.

⁷¹ ATF 83 I 298, c. 5.

⁷² Arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.3.

« l'administration doit non seulement être, mais aussi paraître intègre »⁷³. De même, RUDOLF GERBER affirme que l'apparence de vénalité doit être évitée pour sauvegarder l'intégrité de l'administration : « Schon der Anschein von Käuflichkeit soll vermieden werden. [...] Rechtsgut ist somit die Integrität von Behörden und Beamten »⁷⁴.

- 30 Nous verrons que l'élément de l'apparence se retrouve dans plusieurs règles encadrant l'intégrité et dans la jurisprudence qui en découle. L'accent est mis en effet non seulement sur les comportements effectifs des agents publics, mais également sur l'image qu'une certaine conduite peut donner aux citoyens.⁷⁵

d) *L'intégrité par rapport à des notions connexes*

- 31 Il convient à présent de distinguer l'intégrité d'autres concepts et notions connexes, plus précisément de l'impartialité, l'indépendance, la neutralité et le conflit d'intérêts. A noter cependant que ces termes sont souvent utilisés de manière interchangeable.

i. *L'intégrité et l'impartialité*

- 32 *L'impartialité*⁷⁶ est l'absence de prévention et d'esprit partisan.⁷⁷ Une personne peut être prévenue dans son for intérieur (impartialité subjective) ou en raison de son statut ou de ses fonctions (impartialité objective).⁷⁸ Une partie de la doctrine soutient que l'impartialité est une expression plus traditionnelle de l'absence de tout conflit d'intérêts.⁷⁹ En d'autres termes, pour que l'administration publique et ses agents soient impartiaux, les agents publics doivent, entre autres, faire preuve d'intégrité.⁸⁰ Mais à notre avis, la relation entre ces deux notions est différente. L'impartialité comme notion juridique a été développée dans le contexte de l'impartialité du juge, et partant d'une personne tenue de régler un litige entre deux ou plusieurs parties.⁸¹ L'impartialité signifie donc que le juge ne doit pas *prendre parti* pour l'une ou l'autre partie. L'agent au service de l'administration publique n'œuvre toutefois pas en tant que juge. Certes, l'agent public est parfois également appelé à trancher des litiges ; dans ces situations, il doit respecter le même standard d'impartialité que le juge et l'impartialité est alors égale à l'intégrité.⁸² Dans beaucoup d'autres cas de son travail quotidien, l'agent public n'est pas confronté à des parties. Sa tâche est plutôt d'agir dans l'intérêt

⁷³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 611.

⁷⁴ GERBER, Geschenke, p. 244 s.

⁷⁵ CARLONI, Codice, p. 397 s.

⁷⁶ Traduit par « Unparteilichkeit » ou « Unbefangenheit » en allemand. Les deux notions sont souvent utilisées comme des synonymes, cf. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 528, et MAHON, Droit constitutionnel II, p. 311. Cf. SCHINDLER, Befangenheit, p. 6 ss, pour une définition de « Befangenheit ». Le terme italien est « imparzialità ».

⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 1249 ; HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 417 ; MAHON, Droit constitutionnel II, p. 311 s.

⁷⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 1249 ; HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 417.

⁷⁹ Pour la notion de conflit d'intérêts, cf. ci-dessous N 36 s.

⁸⁰ AUBY, Conflict, p. 151 ; PETERS, Lessons, p. 382 s.

⁸¹ Dans le même sens, PETERS, Lessons, p. 383.

⁸² Cf. pour le devoir de récusation ci-dessous N 605 ss. La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le devoir de récusation des juges diffère par ailleurs de celle concernant le devoir de récusation des autorités administratives, cf. ci-dessous notamment N 615 ss.

public, l'intérêt de l'Etat ; il est donc dans la nature des choses que l'agent public prenne parti pour l'Etat, pour la chose publique.⁸³ Dans ces situations, il n'agit plus de manière impartiale, mais doit continuer d'avoir un comportement intègre. L'impartialité et l'intégrité se recoupent donc parfois, mais pas toujours. L'impartialité peut être comprise comme un élément de l'intégrité.⁸⁴

ii. L'intégrité et l'indépendance

L'*indépendance* d'une autorité ou d'une personne signifie que ces dernières ne dépendent d'aucun autre pouvoir ou d'aucune autre autorité ; en d'autres termes, elles ne dépendent que d'elles-mêmes.⁸⁵ Il en découle qu'elles ne reçoivent aucune instruction ni directive d'autres entités ou personnes.⁸⁶ Vu l'absence d'indépendance institutionnelle de l'administration publique⁸⁷, cette notion ne nous semble pas opportune en l'espèce. En effet, un agent public, même sans être indépendant, est tenu d'observer un comportement intègre.

33

iii. L'intégrité et la neutralité

La *neutralité* signifie pour FELIX UHLMANN que l'administration se comporte de manière objective et en se basant sur une règle de droit.⁸⁸ Selon cette conception, l'agent public s'abstient de tout jugement de valeur, agit avec discrétion et ne s'ingère pas dans des affaires non-étatiques.⁸⁹ A notre avis, une telle discrétion ou non-ingérence dans les affaires non-étatiques est possible et souhaitable dans une administration publique qui est clairement séparée du secteur privé. Mais comme nous le verrons plus bas, cette conception ne correspond pas forcément à la réalité d'aujourd'hui où la frontière entre les secteurs public et privé est souvent peu claire. L'agent public n'aura donc souvent pas le choix de s'abstenir, de ne pas s'en mêler.⁹⁰ Il a toutefois la possibilité d'agir à tout moment de manière intègre. En outre, la notion de neutralité peut suggérer une certaine indifférence dans le comportement de l'agent public. A notre avis, l'agent public, plutôt que d'être indifférent, doit agir en tenant compte des valeurs publiques.

34

iv. L'intégrité et la bonne administration

Le concept de la bonne administration « tend à assurer la complémentarité de l'efficacité et de la régularité de l'action administrative »⁹¹. Il est ancré à la fois dans les principes classiques de l'Etat de droit et dans les théories managériales.⁹² La promotion d'une administration intègre a été reconnue comme un élément constitutif de la bonne

35

⁸³ Cf. THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 314.

⁸⁴ Cf. également HEYWOOD/ROSE, *Challenge*, p. 111.

⁸⁵ HÄNER, *Verwaltungsverfahren*, N 417.

⁸⁶ MAHON, *Droit constitutionnel II*, p. 311 s.

⁸⁷ THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 315.

⁸⁸ UHLMANN, *Neutralität*, p. 222.

⁸⁹ UHLMANN, *Neutralität*, p. 222.

⁹⁰ Cf. également SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 7 s.

⁹¹ CHEVALIER, *Administration*, p. 263.

⁹² CHEVALIER, *Administration*, p. 57 ss.

administration. Nous reviendrons plus loin sur la notion et le principe de bonne administration et le rapport de ceux-ci avec l'intégrité.⁹³

v. L'intégrité et le conflit d'intérêts

- 36 Enfin, il convient de distinguer l'intégrité du *conflit d'intérêts*. La notion du conflit d'intérêts est apparue récemment dans le domaine juridique⁹⁴ ; elle décrit pourtant un phénomène bien connu, à savoir le fait de devoir prendre une décision en présence de deux, voire de plusieurs intérêts divergents.⁹⁵ En droit public et selon l'OCDE, la notion du conflit d'intérêts effectif⁹⁶ implique « un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités »⁹⁷.

L'OCDE a également adopté une définition du conflit d'intérêts apparent – on peut considérer qu'il existe un tel conflit lorsque « les intérêts privés d'un agent public sont susceptibles d'influencer indûment l'exécution de ses obligations, mais *qu'en réalité ce n'est pas le cas* »⁹⁸ – et du conflit d'intérêts potentiel – lorsqu'« un agent public a des intérêts privés d'une nature telle qu'il y aurait conflit d'intérêts si l'agent public devait à l'avenir assumer certaines responsabilités officielles (incompatibles) »⁹⁹.

- 37 Le lien entre la notion de conflit d'intérêts et celle d'intégrité est une relation étroite : la gestion des conflits d'intérêts vise à maintenir l'intégrité de l'agent public et de l'organisme public en question.¹⁰⁰ En d'autres termes, « conflict-of-interest provisions act as the central tool of public integrity »¹⁰¹.

⁹³ Cf. ci-dessous N 1061 ss.

⁹⁴ Cf. p. ex. MORET-BAILLY, *Conflits*, p. 41 ss.

⁹⁵ PETERS, *Conflict*, p. 4. Il est dans ce contexte souvent fait référence au principe du principal-agent des sciences économiques. Voir GASH/TROST, *Introduction*, p. 3 ss, pour une vue d'ensemble de la littérature (surtout américaine) au sujet du conflit d'intérêts. La notion de conflit d'intérêts est utilisée dans plusieurs domaines du droit, cf. p. ex. MORET-BAILLY, *Conflits*, p. 16 ss.

⁹⁶ OCDE, *Lignes directrices*, p. 26. Dans son rapport sur les conflits d'intérêts, le Conseil fédéral parle de conflit d'intérêts *réel* à cet égard, FF 2015 1200 s. En revanche, l'OCDE désigne par conflit d'intérêts *réel* une situation dans laquelle il est avéré qu'un intérêt personnel a influencé le comportement de la personne. Cf., pour d'autres définitions, MORET-BAILLY, *Conflits*, p. 39 ss.

⁹⁷ OCDE, *Lignes directrices*, p. 26. Voir également la notion de conflit d'intérêts retenue à l'article 1^{er} de la *loi française no 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique* : « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». La notion est également utilisée dans d'autres domaines du droit, p. ex. en droit de l'avocat et en droit des sociétés.

⁹⁸ OCDE, *Lignes directrices*, p. 27.

⁹⁹ OCDE, *Lignes directrices*, p. 27.

¹⁰⁰ OCDE, *Mode*, p. 7 et 17.

¹⁰¹ HINE, *Conclusion*, p. 224. Cf. également JUNOD, *Conflits*, p. 93.

II. La délimitation du sujet

Pour présenter les notions fondamentales, nous avons décrit le sujet de notre étude selon une approche positive. Nous examinerons maintenant brièvement quelques domaines étroitement liés à l'intégrité de l'administration, mais dont nous ne traiterons plus par la suite ; nous suivrons donc ici une approche négative. Nous situerons le sujet de notre étude dans un contexte plus large – que l'on pourrait appeler l'intégrité de l'Etat – et démontrerons les liens qui existent entre les différentes thématiques. 38

1. L'indépendance du pouvoir judiciaire

L'intégrité du pouvoir judiciaire est communément traitée en lien avec l'indépendance des tribunaux. La Constitution fédérale contient une garantie expresse de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux aux articles 30 al. 1 et 191c Cst. La garantie comporte un volet institutionnel, qui vise à assurer l'indépendance des tribunaux des autres pouvoirs de l'Etat, et un volet personnel, qui vise à garantir l'indépendance et l'impartialité des juges.¹⁰² L'indépendance et l'impartialité des tribunaux ne font pas partie du champ d'analyse du présent travail. Il n'en demeure pas moins que ce domaine sert souvent de source d'inspiration pour le développement des règles en matière d'intégrité de l'administration publique, par exemple en ce qui concerne la récusation.¹⁰³ 39

2. Le lobbying et le financement des partis politiques

L'intégrité du pouvoir législatif est notamment abordée par l'analyse du lobbying¹⁰⁴ et du financement des partis et des campagnes politiques. Le lobbying peut être défini comme la « communication orale ou écrite avec un agent public en vue d'influencer la législation, les politiques ou les décisions administratives »¹⁰⁵. Alors que le terme lobbying désigne souvent l'exercice de pressions sur les membres d'un parlement, il peut également toucher le pouvoir exécutif. Des groupes de pression peuvent par exemple « influencer l'adoption de textes réglementaires ou la conception de projets et de contrats »¹⁰⁶. Nous ne traiterons des réglementations des activités de lobbying que dans la mesure où ces dernières touchent le pouvoir exécutif. 40

¹⁰² KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 52 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, p. 535 ss et 544 ss.

¹⁰³ Cf. ci-dessous N 615 s.

¹⁰⁴ Pour des études sur ce sujet, voir par exemple CHARI ET AL., *Regulating lobbying : a global comparison*, New York 2010, ou HOUILLOON GRÉGORY, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles 2012.

¹⁰⁵ Recommandation de l'OCDE sur les principes de transparence et intégrité dans le lobbying, ch. 3. Cf. également la définition contenue dans l'Annexe à la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les activités de lobbying de 2017. Cf. pour les deux recommandations ci-dessous N 134.

¹⁰⁶ Recommandation de l'OCDE sur les principes de transparence et intégrité dans le lobbying, ch. 3. De même, la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les activités de lobbying de 2017 vise tant le lobbying auprès du pouvoir législatif que le lobbying auprès du pouvoir exécutif.

- 41 Le financement des partis et des campagnes politiques est un sujet de grande actualité, particulièrement en Suisse où le domaine est peu réglementé.¹⁰⁷ Il est lié à notre thématique dans le sens où les dons d'entreprises importantes ou le financement d'une campagne politique peuvent avoir une influence sur des décisions prises par l'administration publique. Une étude réalisée dans le canton du Valais à la fin des années 1990 a par exemple montré que des entreprises soumissionnaires effectuaient des dons en faveur des partis communaux avant l'adjudication, et cela dans l'attente d'une contre-prestation.¹⁰⁸

3. L'intégrité de l'administration publique en droit pénal

- 42 Les règles de droit pénal encadrant l'intégrité de l'administration publique se trouvent principalement aux titres 18 et 19 du Code pénal suisse. Nombre de dispositions du titre 19, intitulé « Corruption », ont été adaptées, voire adoptées, à la suite de l'adhésion de la Suisse aux traités internationaux contre la corruption.¹⁰⁹ Le droit pénal suit une approche répressive, c'est-à-dire qu'il prévoit des sanctions pour punir les auteurs des infractions de corruption.
- 43 Outre la corruption active et passive d'agents publics suisses (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) ainsi que l'octroi et l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), le Code pénal prévoit également la corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP). De plus, en 2016, de nouvelles dispositions sur la corruption privée (art. 322^{octies} et 322^{novies} CP), appelées aussi « Lex FIFA », sont entrées en vigueur, à la suite de la pression exercée par le Groupe d'Etats contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO)¹¹⁰. L'article 322^{decies} CP contient pour sa part des précisions valant pour toutes les dispositions du titre 19. Selon son alinéa 1^{er}, les « avantages autorisés par le règlement de service ou convenus par contrat » (let. a) ainsi que les « avantages de faible importance qui sont conformes aux usages sociaux » (let. b) ne constituent pas des avantages indu. Quant à l'alinéa 2, il assimile les particuliers accomplissant des tâches publiques aux agents publics.¹¹¹ Enfin, d'autres dispositions du Code pénal sont également pertinentes en matière d'intégrité de l'administration publique, comme celles relatives à l'abus d'autorité (art. 312 CP), la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP) ou la violation du secret de fonction (art. 320 CP)¹¹².

Le droit pénal suisse n'incrimine pas le trafic d'influence, comme c'est notamment le cas en France.¹¹³ Le trafic d'influence consiste à « monnayer l'influence qu'un tiers prétend, à tort ou à raison, pouvoir exercer sur un agent public »¹¹⁴ pour obtenir un avantage.

¹⁰⁷ Pour des études sur ce sujet, voir notamment BALMELLI TIZIANO, *Le financement des partis politiques et des campagnes électorales : entre exigences démocratiques et corruption*, Fribourg 2001, et CARONI MARTINA, *Geld und Politik : die Finanzierung politischer Kampagnen im Spannungsfeld von Verfassung, Demokratie und politischem Willen*, Berne 2009.

¹⁰⁸ QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 148 et 189.

¹⁰⁹ Cf. ci-dessous N 163.

¹¹⁰ Cf., pour le GRECO, ci-dessous N 135 ss.

¹¹¹ Voir également ci-dessus N 19.

¹¹² Cf. pour le secret de fonction ci-dessous N 437 ss.

¹¹³ Voir les articles 432-11 et 433-1 du *Code pénal français*.

¹¹⁴ BERTOSSA, *Convention*, p. 44.

Dans un Message de 2004, le Conseil fédéral a estimé que « [l]es relations personnelles et sociales existent partout et rien ne permet d'exclure que les liens étroits entre la politique, l'économie et l'administration publique, tels que nous les connaissons en Suisse, puissent conduire à une pratique de "copinage", voire dans des cas particuliers, à un certain trafic d'influence »¹¹⁵. Selon le Conseil fédéral, ces liens d'amitié ou l'appartenance commune à des groupes d'intérêts « ne [doivent] pas faire l'objet d'une intervention du droit pénal »¹¹⁶. Il a en outre considéré que la législation existante, notamment les dispositions concernant la transparence, le contrôle judiciaire des décisions administratives, le contrôle interne et la fonction publique suffisaient.¹¹⁷ La non-incrimination du trafic d'influence a été critiquée par des auteurs de la doctrine¹¹⁸ et le GRECO¹¹⁹.

Selon des études en criminologie, les cas de corruption au sens étroit sont plutôt rares.¹²⁰ Les statistiques des condamnations pénales reflètent ces résultats : entre 2000 et 2010, en moyenne cinq à dix personnes ont été condamnées pour corruption active d'agents publics suisses.¹²¹ En revanche, les cas de corruption au sens large, comme le copinage ou le trafic d'influence, seraient beaucoup plus fréquents.¹²²

Un des obstacles majeurs de la lutte contre la corruption est le fait que cette infraction procure des avantages aussi bien au corrupteur qu'au corrompu. La victime, c'est-à-dire l'Etat pour la corruption d'agents publics, n'est souvent pas au courant des échanges de faveurs illicites. A défaut d'indices concrets, l'enquête se révèle très difficile, voire impossible pour les autorités de poursuite pénale.¹²³ Cette difficulté d'investigation est l'une des raisons pour lesquelles les mesures de prévention de la corruption sont particulièrement importantes.¹²⁴ Les mesures favorisant l'intégrité dans l'administration publique, qui sont du reste plus efficaces et moins coûteuses, en font partie.¹²⁵

Certains auteurs comparent la corruption à une maladie.¹²⁶ Les scandales de corruption rendus publics seraient les symptômes de la maladie (de l'Etat de droit) et les traités

¹¹⁵ FF 2004 6580 (Message Convention pénale).

¹¹⁶ FF 2004 6580 (Message Convention pénale).

¹¹⁷ FF 2004 6581 (Message Convention pénale).

¹¹⁸ Voir notamment BERTOSSA, *Convention*, p. 44 s. ; QUELOZ, *Problem*, p. 41 ; QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 9, 48, 374 ss.

¹¹⁹ GRECO, *Rapport d'Evaluation sur la Suisse du 21 octobre 2011. Incriminations (Thème I), Troisième Cycle d'Evaluation (Greco Eval III Rep (2011) 4F Thème I)*, N 93.

¹²⁰ PIETH, *avant Art. 322^{ter} CP*, N 3.

¹²¹ PIETH, *Art. 322^{ter} CP*, p. 2861.

¹²² PIETH, *avant Art. 322^{ter} CP*, N 3 ; DE ROSSA GISIMUNDO, *Corruption*, p. 4 ; QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 98 s.

¹²³ Une étude réalisée à la fin des années 1990 dans les cantons de Genève, Tessin et Valais a montré qu'une grande partie des dossiers ouverts pour corruption est classée en raison de difficultés dans l'apport de la preuve, cf. QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 98.

¹²⁴ SCHERLER, *Korruption*, p. 513 s.

¹²⁵ PETERS, *Lessons*, p. 405, citant Warren. Voir également QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 314 s.

¹²⁶ HEYWOOD/ROSE, *Challenge*, p. 107. Cf. également CHEVALIER, *Administration*, p. 151 : « comme la prévention est meilleure que le soin, la bonne administration est meilleure que les recours contre la mauvaise administration ».

internationaux et les lois pénales en la matière constitueraient le traitement des symptômes, les antidouleurs si l'on veut. Le processus de guérison passerait cependant par des mesures de prévention, favorisant l'intégrité de l'administration publique.

Précisons cependant que les sanctions prévues par le droit pénal ont un effet préventif général. Cela est également le cas d'autres types de sanctions¹²⁷ et de la législation sur la responsabilité. Nous ne traiterons cependant pas dans ce qui suit de cet effet préventif général.

- 46 On peut ajouter que les dispositions de droit pénal en matière de corruption servent à punir les cas les plus graves, la corruption au sens étroit. Toutefois, nous avons vu ci-dessus que la corruption au sens plus large englobe également des comportements jugés moins graves, tels que le népotisme, le clientélisme ou le trafic d'influence. Dans ces cas, le droit pénal n'est pas toujours l'instrument adéquat : c'est là qu'entrent en jeu les mesures du droit administratif favorisant l'intégrité de l'administration publique.

Un exemple américain illustre la question des limites du droit pénal dans le domaine du comportement intègre. En 2016, la Cour suprême des Etats-Unis avait à juger du cas de l'ancien gouverneur de l'Etat de Virginie, Bob McDonnell, et de son épouse qui avaient été condamnés à deux ans respectivement un an de prison pour corruption passive. Le couple McDonnell avait reçu des cadeaux, des prêts et d'autres avantages d'une valeur totale de \$ 175'000 de la part d'un homme d'affaires. Celui-ci espérait, en contrepartie, que le gouverneur l'aiderait à faire en sorte que les universités publiques de l'Etat de Virginie mènent des recherches scientifiques sur les produits de son entreprise. Dans l'arrêt *McDonnell v. United States*¹²⁸, la question controversée était celle de l'interprétation de la notion d'« official act » contenue dans la disposition incriminant les actes de corruption.¹²⁹ Alors que le gouvernement et la Cour de district avaient donné une interprétation très large de cette notion, incluant quasiment tout acte accompli par un agent public, la Cour suprême des Etats-Unis lui a donné une signification beaucoup plus restreinte, ce qui a finalement conduit à l'annulation de la condamnation du gouverneur et de sa femme. Bien que la Cour suprême ait admis que les faits à la base de l'arrêt ne représentaient en aucun cas une interaction politique normale entre un agent public et un électeur, elle a refusé de faire tomber tout acte accompli par un agent public sous la disposition pénale en question : « a statute in this field that can linguistically be interpreted to be either a meat axe or a scalpel should be reasonably be taken to be the latter »¹³⁰. Elle conclut en considérant que les dispositions incriminant les actes de corruption ne servent pas à sanctionner des comportements de mauvais goût : « there is no doubt that this case is distasteful ; it may be worse than that. But our concern is not with tawdry tales of Ferraris, Rolexes, and ball gowns. It is instead with the broader legal implications of the Government's boundless interpretation of the federal bribery statute »¹³¹.

¹²⁷ Cf. ci-dessous N 205.

¹²⁸ *McDonnell v. United States*, 579 U.S., décision du 26 juin 2016.

¹²⁹ 18 U.S.C. § 201(a)(3), « Bribery of public officials and witnesses ».

¹³⁰ *McDonnell v. United States*, 579 U.S., décision du 26 juin 2016, p. 23, section B.

¹³¹ *McDonnell v. United States*, 579 U.S., décision du 26 juin 2016, dernier paragraphe.

4. L'intégrité de l'administration publique en droit civil

L'intégrité de l'administration publique est traitée en droit civil notamment sous l'angle de la responsabilité civile.¹³² La *Convention civile sur la corruption*¹³³ du Conseil de l'Europe, conclue en 1999 et entrée en vigueur en 2003, est l'un des textes juridiques importants dans ce domaine. Elle demande principalement l'introduction dans le droit interne d'une action en vue d'obtenir la réparation de l'intégralité d'un préjudice résultant d'un acte de corruption. La Suisse n'a ni signé, ni ratifié cette convention.

47

5. Les marchés publics et l'intégrité

Le droit des marchés publics régit la passation de « contrats (de droit privé) [...] par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services »¹³⁴. Il a été développé afin d'améliorer la transparence des procédures de passation de marchés, de garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires, de favoriser une utilisation parcimonieuse des deniers publics et également de prévenir les risques de corruption et d'arrangements secrets entre l'administration publique et les privés.¹³⁵ En effet, le domaine des marchés publics est particulièrement vulnérable aux risques de corruption, car l'attribution d'un marché public est l'un des points de contact entre les secteurs public et privé.¹³⁶ Le fait que d'importantes sommes d'argent public sont en jeu dans le cadre des procédures des marchés publics accentue ces risques. En outre, lorsqu'un domaine présente un haut niveau de complexité technique, il est encore davantage exposé aux risques de corruption ; ainsi, les marchés publics dans les domaines de la construction ou des produits informatiques sont particulièrement délicats.¹³⁷ Maints exemples de cas d'irrégularités, voire de corruption, en Suisse témoignent de ce risque accru.

48

Au cours des dernières années, des affaires de corruption en lien avec les marchés publics ont été révélées au sein du SECO¹³⁸, de l'Administration fédérale des contributions (système informatique « INSIEME »), de la Centrale de compensation et de l'OFEV. En outre, un nombre important d'irrégularités ont été également révélées au niveau des administrations cantonales, par exemple aux SIG à Genève.

Ajoutons que ces risques existent non seulement dans le cadre d'un marché public au sens restreint, mais également lorsque l'administration attribue une concession¹³⁹, une

¹³² Voir également QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 270 ss.

¹³³ STE n° 174.

¹³⁴ TANQUEREL, *Manuel*, N 225.

¹³⁵ ATF 125 I 209, c. 6.b) ; TANQUEREL, *Manuel*, N 224 ; SCHERLER, *Korruption*, p. 497. Cf. également MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 498 ss, qui décrivent la situation avant l'intervention du législateur dans les années 1990. Le projet de la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics mentionne ce dernier but explicitement : « La présente loi vise [...] une concurrence efficace entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption », cf. l'art. 2 let. d du projet de loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, 1728.

¹³⁶ Cf. à propos de l'enchevêtrement et l'interaction croissants des secteurs public et privé, ci-dessous N 110 ss.

¹³⁷ SCHERLER, *Korruption*, p. 498.

¹³⁸ Voir à propos de cette affaire notamment le rapport de l'enquête administrative du 26 juillet 2014, rédigé par Urs Saxer, disponible sur internet.

¹³⁹ Cf. l'art. 9 du projet de loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, 1744 ss.

subvention¹⁴⁰ ou, plus généralement, une somme d'argent ou une prestation. L'élément décisif est le choix par l'administration publique d'une personne privée parmi plusieurs candidats ou concurrents, laquelle peut ensuite utiliser des fonds publics ou bénéficier d'une prestation.

- 49 Depuis l'intervention du législateur dans les années 1990, le droit des marchés publics a connu une croissance exponentielle, à tel point qu'il est devenu une branche importante et à part entière du droit administratif.¹⁴¹ De nombreuses dispositions internationales, fédérales, intercantionales, cantonales et même communales réglementent ce domaine. Au vu de l'ampleur de ce domaine du droit, il dépasserait le cadre de la présente étude d'analyser en détail le droit des marchés publics. Aussi renvoyons-nous à cet égard à la littérature pertinente.¹⁴²
- 50 Précisons cependant que les règles de comportement et autres devoirs que nous analyserons dans le présent travail s'appliquent aux agents publics chargés d'attribuer des marchés publics. Nous verrons que certaines d'entre elles s'appliquent même spécifiquement aux agents participant à un processus d'achat.¹⁴³

6. La diffusion effective de pratiques irrégulières au sein de l'administration publique

- 51 Enfin, il convient de préciser que nous ne nous prononcerons pas sur la diffusion effective de pratiques irrégulières ou corrompues au sein des administrations publiques. Outre le fait qu'il manque aux juristes les instruments nécessaires pour conduire de telles études, il est très difficile de se prononcer avec certitude sur cette question. C'est d'ailleurs également la raison pour laquelle l'organisation non-gouvernementale Transparency International établit chaque année l'Indice de *perception* de la corruption, qui évalue le degré de corruption *perçu* dans les Etats, sans se prononcer sur la diffusion effective de la corruption.¹⁴⁴

III. L'intégrité en droit : au-delà de l'approche positiviste

- 52 On distingue généralement deux approches permettant d'introduire le concept de l'intégrité en droit : l'approche positiviste fondée sur la conformité aux règles légales

¹⁴⁰ Contrairement aux marchés publics, l'octroi de subventions ne donne que rarement lieu à des décisions susceptibles de recours de la part de tiers, cf. TANQUEREL, Manuel, N 487.

¹⁴¹ Cf., pour un historique du domaine, MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 497 ss.

¹⁴² Cf. parmi les publications plus récentes p. ex. SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Vergaberecht in a nutshell, Zurich 2014 ; POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Berne 2014, ou encore GALLI PETER ET AL., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., Zurich 2013.

¹⁴³ Cf., en matière d'acceptation d'avantages, ci-dessous N 412, ou, en matière de formations éthiques, ci-dessous N 749 ss.

¹⁴⁴ DE BENEDETTO, Corruption, p. 479 s. L'Indice de perception de la corruption est souvent critiqué pour ce motif : celui-ci ne se prononce pas sur la diffusion effective de la corruption. En outre, les sondés sont souvent plus au courant des cas de « petite corruption », mais non des cas de « grande corruption », cf. à ce sujet p. ex. OLKEN BENJAMIN A., Corruption perceptions vs. corruption reality, *Journal of Public Economics* 7-8/2009, p. 950-964.

(« compliance-based ethics regime ») et l'approche éthique ou fondée sur l'intégrité (« integrity-based ethics regime »).¹⁴⁵ L'approche positiviste correspond à une vision normative de l'intégrité : des règles légales de tout niveau prescrivent quels types de comportement sont considérés comme intègres et prévoient des procédures à suivre pour être en conformité avec la loi.¹⁴⁶ L'application des règles peut être contrôlée et des sanctions sont prévues pour ceux qui y contreviennent.¹⁴⁷ La motivation à se comporter de manière intègre est extrinsèque dans ce modèle : en suivant les règles, l'agent public veut éviter de se voir infliger des sanctions.¹⁴⁸ En d'autres termes, « [il] n'est attendu et exigé qu'une seule chose : l'obéissance à la règle »¹⁴⁹.

En revanche, l'approche fondée sur l'intégrité englobe des stratégies qui tendent à identifier des valeurs communes et à développer une éthique publique.¹⁵⁰ Elles mettent à disposition des agents publics les outils nécessaires pour résoudre les dilemmes moraux, sans se baser sur des règles générales et abstraites, mais en faisant appel à la capacité de réflexion et à l'autonomie des agents publics.¹⁵¹ L'objectif visé est que les agents publics comprennent, acceptent et internalisent les valeurs définies et se comportent de manière intègre lorsqu'ils rencontrent un dilemme moral :¹⁵² la motivation à se comporter avec intégrité est donc ici intrinsèque.¹⁵³ L'approche éthique est mise en œuvre avant tout par la formation, l'information, des débats, l'exemplarité en matière d'intégrité des cadres ou encore les codes ou chartes de comportement non obligatoires.

Pendant longtemps, l'approche positiviste a été considérée comme pertinente et suffisante pour créer ou maintenir une administration intègre.¹⁵⁴ Les législateurs s'efforçaient d'identifier les situations délicates et de réglementer de manière détaillée les obligations à suivre par les agents publics, espérant ainsi « resserrer les mœurs » de ces derniers.¹⁵⁵ On recourait donc principalement au droit pour répondre aux errances éthiques des agents publics et pour rétablir une certaine éthique dans une société marquée par le pluralisme moral.¹⁵⁶

Cependant, comme dans d'autres domaines¹⁵⁷, on a réalisé que l'approche strictement positiviste ne suffisait pas pour atteindre le but de l'intégrité de l'administration.¹⁵⁸ En effet, cette dernière souffre de plusieurs défauts.¹⁵⁹ Tout d'abord, les agents publics

¹⁴⁵ Cf. p. ex. WYSER, *Ethique*, p. 552, ou HOEKSTRA/BELLING/VAN DER HEIDE, *Shift*, p. 149.

¹⁴⁶ HOEKSTRA/BELLING/VAN DER HEIDE, *Shift*, p. 148 ; MOLINA, *Ethics*, p. 166 ; DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 130.

¹⁴⁷ HOEKSTRA/BELLING/VAN DER HEIDE, *Shift*, p. 148 ; WYSER, *Ethique*, p. 552 ; MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 416 ; BERTÓK, *Integrity*, p. 12.

¹⁴⁸ HUBERTS, *Governance*, p. 177 ; MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 416 ; BÉGIN, *Légiférer*, p. 43.

¹⁴⁹ BÉGIN, *Légiférer*, p. 43.

¹⁵⁰ WYSER, *Ethique*, p. 553 ; MOLINA, *Ethics*, p. 166 ; DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 130 ; MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 416.

¹⁵¹ BÉGIN, *Légiférer*, p. 44.

¹⁵² MOLINA, *Ethics*, p. 166 ; HOEKSTRA/BELLING/VAN DER HEIDE, *Shift*, p. 148 ; MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 416.

¹⁵³ HUBERTS, *Governance*, p. 177 ; BERTÓK, *Integrity*, p. 12.

¹⁵⁴ Cf. HEYWOOD/ROSE, *Challenge*, p. 116.

¹⁵⁵ BÉGIN, *Légiférer*, p. 58 ; LACROIX, *Insuffisance*, p. 96.

¹⁵⁶ LALONDE, *Défi*, p. 121 ; LACROIX, *Insuffisance*, p. 96.

¹⁵⁷ Cf. FLÜCKIGER, *Instruments*, p. 299 ss.

¹⁵⁸ Cf. p. ex. SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 62.

¹⁵⁹ Cf. pour les avantages et désavantages de l'approche légaliste, DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 119.

peuvent respecter formellement une règle légale, tout en la contournant et en adoptant des comportements contraires aux valeurs qui la sous-tendent.¹⁶⁰ Ces comportements n'enfreignent pas directement les règles légales, mais donnent l'apparence d'une administration publique non intègre. L'approche légaliste mène en outre à une application mécanique des comportements considérés comme intègres ; elle n'apprend pas aux agents publics à se comporter avec intégrité à tout moment.¹⁶¹ Il en résulte que dans de nombreux pays, les règles légales adoptées dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique restent lettre morte : si les personnes concernées ne les comprennent pas, elles n'ont qu'une incidence très limitée.¹⁶² Enfin, le débat en matière d'éthique publique tourne souvent plus autour du respect des règles qu'autour du bon comportement à adopter ; on perd ainsi de vue l'objectif premier des règles légales, c'est-à-dire l'intégrité de l'administration publique.¹⁶³

Le Contrôle parlementaire de l'administration CPA est arrivé à une conclusion similaire dans son évaluation de 2015 concernant l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée. Selon son rapport, « le dispositif normatif constitue le fondement d'une « culture » de l'indépendance au sein d'une autorité et contribue à sa consolidation. Un code de conduite définissant des compétences claires en matière de contrôle ainsi qu'un système de comptes rendus renforcent aussi cette culture. Cependant, quelle que soit la densité normative des règles, il n'est pas possible de réglementer tous les aspects de l'indépendance »¹⁶⁴.

- 56 C'est pourquoi beaucoup de pays adoptent une approche globale combinant des éléments des deux approches.¹⁶⁵ Ainsi, il faut d'une part des règles légales donnant un cadre normatif à l'intégrité de l'administration publique. Ces règles tendent à garantir un seuil minimal de comportement intègre.¹⁶⁶ D'autre part, ce cadre normatif doit être accompagné par des mesures tendant à sensibiliser les agents publics à l'intégrité, notamment par des instruments de droit souple, poussant ces derniers à réfléchir de manière autonome et à se comporter correctement face à une situation délicate.¹⁶⁷
- 57 Nous nous sommes inspirée de l'approche globale pour notre étude. Nous avons recensé les diverses règles et mesures, de droit dur et de droit souple, qui visent à garantir l'intégrité de l'administration, tout en étant consciente du fait que le droit souple n'est pas obligatoire juridiquement. Le chapitre sur les devoirs d'intégrité sera le plus important (§ 5). Nous traiterons cependant également des mesures de droit souple dans le domaine de l'intégrité (§ 6), du rapport entre la transparence et l'intégrité (§ 7) et de certaines mesures organisationnelles et institutionnelles (§ 8).

¹⁶⁰ HEYWOOD/ROSE, *Challenge*, p. 110.

¹⁶¹ SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 74.

¹⁶² DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 110.

¹⁶³ GASH/TROST, *Introduction*, p. 7 s.

¹⁶⁴ FF 2016 1591 (Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée).

¹⁶⁵ DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 43 et 131 ; MOLINA, *Ethics*, p. 166 ; PETERS, *Lessons*, p. 405 ; HUBERTS, *Governance*, p. 193 ; WYSER, *Ethique*, p. 553.

¹⁶⁶ BERTÓK, *Integrity*, p. 12.

¹⁶⁷ BERTÓK, *Integrity*, p. 12.

§ 2 L'intégrité de l'administration publique : une problématique ancienne

« ...après la prostitution, la corruption est le second plus vieux métier au monde. »¹⁶⁸

« En un mot, les abus sont inévitables et leurs suites funestes, dans toute société, où l'intérêt public et les lois n'ont aucune force naturelle, et sont sans cesse attaqués par l'intérêt personnel et les passions du chef et des membres. »¹⁶⁹

Dans ce chapitre, nous exposerons, après des remarques introductives (I.), quelques exemples historiques de réglementations de l'intégrité de l'administration tirés de l'époque romaine (II.), du Moyen-Age (III.), de l'Ancienne Confédération (IV.) et des Temps modernes (V.).

58

¹⁶⁸ QUELOZ NICOLAS/BORCHI MARCO/CESONI MARIE LUISA, *Processus de corruption en Suisse*, Bâle/Genève 2000, p. 3.

¹⁶⁹ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Discours sur l'économie politique*, paru en 1755, p. 59.

I. Remarques introductives

- 59 Nous reviendrons dans ce chapitre sur quelques exemples historiques de réglementations de l'intégrité de l'administration. Sans prétendre à l'exhaustivité et sans entrer dans les détails des différentes réglementations, nous entendons mettre en évidence le fait que le souci de l'intégrité de l'administration publique n'est pas un phénomène récent. Au contraire, au cours de l'histoire les autorités politiques de pays divers et de régimes politiques différents se sont intéressées à cette problématique. Il semble en outre que celle-ci redevient d'actualité à intervalles réguliers. Nous verrons également que les instruments utilisés et les mesures introduites pour combattre les comportements contraires à l'intégrité n'ont pas radicalement changé au cours des siècles.
- 60 Il convient toutefois de noter que par rapport au contexte actuel, la pertinence des exemples tirés de ces différentes époques doit être relativisée à trois égards au moins. Premièrement, la séparation des pouvoirs telle que nous la connaissons aujourd'hui n'existait pas jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.¹⁷⁰ Ainsi, il n'y avait pas de séparation nette entre les pouvoirs judiciaire et exécutif : ceux qui gouvernaient assumaient souvent également des tâches judiciaires.¹⁷¹ Il s'ensuit que les réglementations mentionnées ci-après concernaient souvent des fonctionnaires ayant des tâches administratives et judiciaires. Deuxièmement, après l'époque romaine et jusqu'aux Temps modernes, il n'existait pas de véritable distinction entre les sphères publique et privée.¹⁷² Il s'ensuit que si l'on parle par exemple d'une activité accessoire « privée » ou du pantouflage entre les secteurs public et privé, ces termes ne revêtent pas le même sens selon l'époque concernée. Mentionnons par ailleurs que le droit administratif n'était pas une véritable discipline scientifique au Moyen-Âge.¹⁷³ Troisièmement, un changement de perspective est intervenu en ce qui concerne le but des normes sur l'intégrité de l'administration publique. Jusqu'à récemment, l'intégrité de l'administration publique était considérée comme un problème strictement interne au gouvernement : les agents publics devaient faire preuve de fidélité envers l'Etat. La désobéissance aux règles de comportement n'était donc pas considérée comme heurtant un éventuel droit subjectif des citoyens à une autorité administrative intègre, mais plutôt comme une preuve d'infidélité envers le souverain.¹⁷⁴ Ce n'est qu'au cours des 20^e et 21^e siècles qu'une deuxième perspective s'est superposée à la première : désormais, les citoyens possèdent, à certains égards, des droits subjectifs à une administration intègre.¹⁷⁵

¹⁷⁰ BRAUN, Ancien régime, p. 219 s. ; SCHINDLER, Befangenheit, p. 9 ; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Verwaltungsrechtspflegegesetz, p. 2 ; MORET-BAILLY/TRUCHET, Déontologies, p. 32.

¹⁷¹ SCHINDLER, Befangenheit, p. 9 ; voir BUCHER, Landvogteien, p. 76 ss, pour la Ville de Berne ; voir p. ex. BRAUN, Ancien régime, p. 252, pour les baillis bernois qui avaient des fonctions exécutives, judiciaires et législatives, et KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Verwaltungsrechtspflegegesetz, p. 2, pour les tâches des baillis zurichois.

¹⁷² HEROLD, Mittelalter, p. 157.

¹⁷³ Au moins en ce qui concerne la première moitié du Moyen-Âge, cf. HEROLD, Mittelalter, p. 158 et 173.

¹⁷⁴ SCHINDLER, Befangenheit, p. 9 et 22. Pour le droit romain, cf. GONSET, Corruption, p. 26. Cf. également ci-dessous N 381 ss.

¹⁷⁵ SCHINDLER, Befangenheit, p. 9. Cf. également ci-dessous N 1101 s.

II. La Rome antique

Dans la Rome antique, plusieurs mesures furent prises pour lutter contre les comportements contraires à l'intégrité dans l'administration.¹⁷⁶ Les lois romaines des premiers temps incriminant la corruption ne visaient d'abord que les juges. Plus tard, leur champ d'application fut étendu aux fonctionnaires qui « avaient recours à une foule d'abus et de vexations de tous genres pour extorquer l'argent des citoyens romains »¹⁷⁷. Il est intéressant de noter qu'à une exception près, les lois romaines punissaient seulement le corrompu et non le corrupteur.¹⁷⁸

61

Sous l'Empire romain, deux mesures intéressantes ont été introduites. D'une part, Théodose le Grand (379-395) a institué le serment. A leur entrée en fonction, les nouveaux administrateurs devaient désormais jurer « qu'ils n'avaient rien donné ou promis pour obtenir leur charge, qu'ils n'accepteraient rien en dehors de leur traitement fixe et cela aussi bien après leur démission que pendant la durée de leurs fonctions »¹⁷⁹. Justinien (527-565) a étendu l'obligation de prêter serment à tous les fonctionnaires.¹⁸⁰ D'autre part, les présents d'usage pour les fonctionnaires ont été complètement interdits. Jusque-là, les fonctionnaires avaient le droit d'accepter des cadeaux ne dépassant pas la valeur de cent deniers d'or par année.¹⁸¹

62

III. Les réglementations des rois de France au Moyen-Âge

En ce qui concerne le Moyen-Âge, nous pouvons citer plusieurs exemples de régle-
ments sur l'intégrité de l'administration publique des royaumes français. Première-
ment, Louis IX, roi de France entre 1226 et 1270, a institué en 1254 la grande ordon-
nance de réformation. Par cette ordonnance, il exigeait de ses officiers « qu'ils réfor-
ment tout abus moral et politique et demandait aux baillis d'agir avec désintéret et
indépendance »¹⁸².

63

Un demi-siècle plus tard, Philippe Le Bel, roi de France entre 1285 et 1314, a de nou-
veau réformé le royaume en adoptant l'ordonnance du « lundi après la mi-Carême
1302 »¹⁸³. Il s'agit là d'un véritable code de déontologie des fonctions publiques « pra-
tiquement utilisable de nos jours »¹⁸⁴. On y trouvait par exemple des règles sur l'inter-
diction de recevoir des cadeaux ou d'accepter des prêts pour soi-même et sa famille.
Cette interdiction ne concernait toutefois pas « les choses à manger ou à boire » que les

64

¹⁷⁶ Voir pour un résumé GONSET, Corruption, p. 23 ss.

¹⁷⁷ GONSET, Corruption, p. 24.

¹⁷⁸ GONSET, Corruption, p. 25 s.

¹⁷⁹ GONSET, Corruption, p. 27.

¹⁸⁰ Le serment que devaient prêter les fonctionnaires étaient le suivant : « Sed quemadmodum gratis magistratum accipi, ita quoque erga subditos piissimorum nostrorum dominorum integrum me geram contentus annonis ex fisco mihi constitutis », cf. GONSET, Corruption, p. 27.

¹⁸¹ GONSET, Corruption, p. 28.

¹⁸² SAUVÉ, Déontologie.

¹⁸³ VIGOUROUX, Déontologie, p. 1.

¹⁸⁴ VIGOUROUX, Déontologie, p. 1.

fonctionnaires pouvaient donc accepter. L'ordonnance prévoyait également l'obligation de se récuser si un parent ou un ami est concerné par l'affaire « de crainte [d'être] hors d'état de rendre des jugements justes »¹⁸⁵. Enfin, elle interdisait aux officiers d'avoir une activité privée à côté du service pour l'administration royale.¹⁸⁶

- 65 Près d'un siècle plus tard, Charles VI le « Bien-Aimé », roi de France, de 1380 à 1422, interdisait aux gouverneurs de passer des contrats avec les sujets de leurs provinces.

IV. Quelques exemples datant de l'Ancienne Confédération

- 66 Depuis 1291 et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la Confédération ne disposait pas d'une administration centrale proprement dite. En l'absence d'un gouvernement central, les « administrations » des Villes, Pays et Pays alliés nous renseignent sur la situation juridique pendant cette période de l'histoire suisse.¹⁸⁷ Les régimes politiques des différents lieux étaient cependant très divers : pendant que le pouvoir dans les « cantons-villes » était concentré dans les conseils¹⁸⁸, les « cantons-campagne » connaissaient le système de la *Landsgemeinde*.¹⁸⁹ Les pays ou territoires sujets à un ou plusieurs cantons étaient, quant à eux, gouvernés par des baillis.¹⁹⁰ Au vu de cette diversité, les exemples de règles juridiques, énoncés ci-après, peuvent donc nous donner tout au plus une idée des conditions locales, sans qu'il soit possible d'en tirer une règle générale. Nous traiterons brièvement de l'ordre juridique zurichois du 18^e siècle (1.), du droit d'action contre les baillis bernois également au 18^e siècle (2.), de la vénalité des offices (3.) ainsi que du système des pensions sous l'Ancienne Confédération (4.).

1. L'ordre juridique de la Ville de Zurich au 18^e siècle

- 67 L'ordre juridique de la Ville de Zurich au 18^e siècle nous fournit plusieurs exemples de règles régissant l'intégrité des personnes au service de l'Etat. Dans sa thèse, BENJAMIN SCHINDLER recense deux règlements qui furent adoptés spécifiquement afin de renforcer l'intégrité de la classe dirigeante. Le règlement « *zu Verhütung vieler Unordnungen* »¹⁹¹ de 1716 contenait par exemple une interdiction générale pour les représentants des autorités d'accepter des cadeaux.¹⁹² Une autre disposition du même règlement prévoyait dans quelle mesure les représentants de la classe dirigeante pouvaient accepter des repas ou des boissons de la part des sujets lors de l'accomplissement de

¹⁸⁵ VIGOUROUX, *Déontologie*, p. 1.

¹⁸⁶ RAMEL/HUMBERT, *Généralisation*, p. 53.

¹⁸⁷ PEYER, *Verfassungsgeschichte*, p. 116. Voir le même ouvrage (p. 107 ss) pour une description détaillée des situations locales.

¹⁸⁸ Voir par exemple les villes de Berne (Grosser Rat et Kleiner Rat ; cf. BUCHER, *Landvogteien*, p. 76 s.), Genève (Conseil des Deux Cents et Petit Conseil ; cf. BRAUN, *Ancien régime*, p. 264) ou Zurich (Grosser Rat et Kleiner Rat ; cf. BRAUN, *Ancien régime*, p. 212 ss).

¹⁸⁹ Par exemple à Glaris. Cf. BRAUN, *Ancien régime*, p. 215 ss et STADLER, *Landsgemeinde*, ch. 2.

¹⁹⁰ HOLENSTEIN, Pays sujets. « *Landvögte* » en allemand.

¹⁹¹ Règlement « de la prévention de nombre de désordres ».

¹⁹² SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 19.

leurs tâches (p.ex. lors d'une inspection).¹⁹³ Enfin, le règlement contenait une clause selon laquelle les baillis devaient se récuser dans les affaires qu'ils avaient déjà traitées auparavant. Cette règle avait une forte importance pratique dès lors que les baillis faisaient partie *ex officio* du « Petit Conseil »¹⁹⁴ de Zurich et décidaient, dans cette fonction d'autorité de recours, d'affaires traitées par eux-mêmes en première instance.¹⁹⁵

Le deuxième règlement, appelé « Erläuterte Ausstands-Ordnung der Stadt, wie selbige in Besetzung des Regiments, Geist- und Weltlicher Aemtern, auch Bürgerlichen Geschäften beobachtet werden soll »¹⁹⁶ et datant de 1729, s'appliquait à tout type de fonctionnaires et contenait des règles de récusation très développées.¹⁹⁷ Outre les motifs de récusation que l'on connaît également aujourd'hui comme par exemple les liens de parenté, le règlement contenait aussi des motifs de récusation plus spécifiques.¹⁹⁸ Ainsi, un fonctionnaire devait se récuser s'il appartenait à la même corporation ou s'il avait un lien tavernier-client avec la personne en question.¹⁹⁹ Le règlement contenait en outre des schémas et des graphiques pour illustrer les situations dans lesquelles il fallait se récuser.²⁰⁰

A ces deux règlements s'ajoutaient des dispositions sur les incompatibilités qui empêchaient d'une part que deux membres d'une même famille siègent en même temps au sein d'une autorité et qui interdisaient, d'autre part, l'exercice d'activités accessoires d'une certaine ampleur.²⁰¹ Enfin, le serment avait une importance primordiale à cette époque à Zurich. Ce rituel constituait en effet un moyen d'inciter les dirigeants à exercer leur fonction avec soin et diligence.²⁰²

2. L'omnipotence des baillis bernois

Une autre règle intéressante nous est fournie par l'ordre juridique bernois. Comme mentionné plus haut, les pays sujets étaient gouvernés par des baillis. La Ville de Berne avait recours à cette forme de gouvernement dès lors qu'elle était propriétaire de larges territoires à la campagne. Les baillis bernois, connus pour réunir en leurs mains des pouvoirs considérables, accomplissaient à la fois des tâches législatives, exécutives et

¹⁹³ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 19.

¹⁹⁴ Le « Petit Conseil » (Kleiner Rat) était à la fois la plus haute instance judiciaire et la plus haute instance administrative de Zurich, cf. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, *Verwaltungsrechtspflegegesetz*, p. 2 ; BRAUN, *Ancien régime*, p. 220.

¹⁹⁵ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 19.

¹⁹⁶ « Règlement de récusation commenté de la Ville, mais aussi pour ceux du régiment, des fonctions religieuses et laïques, et applicable aussi aux affaires civiles ».

¹⁹⁷ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 19.

¹⁹⁸ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 19.

¹⁹⁹ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 20.

²⁰⁰ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 19.

²⁰¹ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 20.

²⁰² SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 20. La ville d'Yverdon connaissait une réglementation de récusation et d'incompatibilités similaire, cf. CHOLLET/FONTAINE, *Expériences*, p. 152 (contribution de PATRICIA BRAND et CATHERINE GUANZINI).

judiciaires.²⁰³ En outre, l'office du bailli pouvait être, selon la région, très lucratif.²⁰⁴ Au vu de cette toute-puissance des baillis et conscients du risque de dérapage que cela représentait²⁰⁵, les gouverneurs de la Ville ont mis en place des mesures limitant le pouvoir des baillis, des « Schranken der Selbstherrlichkeit des Landvogts »²⁰⁶. La comptabilité des baillages fut par exemple soumise à un contrôle minutieux.²⁰⁷ La Ville de Berne adopta également des circulaires suggérant aux baillis de se montrer bons princes.²⁰⁸

- 71 En outre, Berne introduisit dans la « *Neue Bussen- und Emolumentenordnung* » de 1708 et 1711 la possibilité pour tout sujet de poursuivre en justice un bailli qui se serait comporté de manière injuste, notamment en exigeant des émoluments trop élevés ou, en d'autres termes, des pots-de-vin.²⁰⁹ Les sujets devaient introduire une action auprès du Petit Conseil de la Ville qui, par la suite, jugeait de l'affaire. Si le reproche de corruption s'avérait fondé, le Petit Conseil destituait immédiatement le bailli de toutes ses fonctions.²¹⁰ Plusieurs documents de cette période témoignent que les sujets ont effectivement utilisé ce moyen de droit.²¹¹

3. La vénalité des offices

- 72 Tant dans les cantons-villes que les cantons-campagne, la vénalité des offices (appelée « Praktizieren » ou « Trölen » en allemand) était répandue : dans certains cantons, elle était même institutionnalisée.²¹² Les personnes intéressées par une charge publique essayaient de gagner la faveur des électeurs par l'organisation de grandes fêtes, la conclusion de pactes électoraux ou par des promesses, mais également par des paiements directs et par l'abus et l'exploitation de dépendances économiques.²¹³ Les charges publiques lucratives étaient les plus prisées ; il n'est donc pas surprenant qu'elles soient souvent revenues aux familles les plus riches. Grâce aux charges publiques achetées,

²⁰³ BUCHER, Landvogteien, 79 ss et 87 ss. Pour les baillis zurichois, voir KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Verwaltungsrechtspflegegesetz, p. 2 ; SCHINDLER, Befangenheit, p. 21.

²⁰⁴ BRAUN, Ancien régime, p. 224 et 219. PEYER, Verfassungsgeschichte, p. 111. Parmi les baillages les plus lucratifs se trouvaient Lausanne et Romainmôtier. Un bailli dans ce dernier territoire gagnait à peu près CHF 17'750.- par an – une somme considérable pour cette époque, cf. BRAUN, Ancien régime, p. 224.

²⁰⁵ Plusieurs « affaires » de corruption impliquant des baillis bernois nous sont transmises. Voir p. ex. le cas des patriciens Hans von Erlach, Sebastian von Diesbach, Anton Spielman et Niklaus von Graffenried (SCHMITZ, Normenkonkurrenz, p. 65 ss) et le cas du bailli Samuel Tribolet (cf. NYFFENEGGER ALEXANDER, Samuel Tribolet. Der Bauernschinder von Trachselwald, Norderstedt 2010).

²⁰⁶ BUCHER, Landvogteien, p. 113 ss.

²⁰⁷ BUCHER, Landvogteien, p. 114.

²⁰⁸ Voir p. ex. la circulaire du 15 septembre 1723 qui suggérait à tous les baillis de gouverner de manière indulgente et clémente, cf. BRAUN, Ancien régime, p. 225. Cf. également BUCHER, Landvogteien, p. 115.

²⁰⁹ BUCHER, Landvogteien, p. 115 s.; BRAUN, Ancien régime, p. 225 et 253. Tout sujet, qui aurait été traité « wider Oberkeitliche Ordnungen, auch wider Recht und Bllichkeit von seinem Amptsmann » avait ce droit d'action.

²¹⁰ BUCHER, Landvogteien, p. 116.

²¹¹ BUCHER, Landvogteien, p. 116 ; BRAUN, Ancien régime, p. 253.

²¹² Glaris connaissait la vénalité des offices institutionnalisée, cf. BRAUN, Ancien régime, p. 216. Ces pratiques n'étaient pas forcément vues comme de la corruption, mais comme une forme de redistribution des ressources, cf. SCHLÄPPI, Riten, p. 307.

²¹³ PEYER, Verfassungsgeschichte, p. 111 ; BRAUN, Ancien régime, p. 216 et p. 241.

les notables pouvaient s'enrichir encore plus en encaissant des émoluments pour leurs actes officiels.²¹⁴

L'intensification de cette pratique au cours du 16^e siècle a également engendré une oligarchisation croissante dans les cantons. Afin de contrer ces développements jugés néfastes, plusieurs cantons et villes optèrent pour un nouveau système d'élection : le tirage au sort.²¹⁵ Au 19^e siècle, l'achat de charges publiques fut interdit par les codes pénaux cantonaux.²¹⁶ C'est notamment avec la professionnalisation du fonctionnariat que cette pratique perdit finalement de son importance.²¹⁷

73

4. Les pensions

Enfin, dès le début du 13^e siècle et jusqu'à la fin du 18^e siècle, la pratique du mercenariat était très répandue dans les lieux formant la Confédération.²¹⁸ Les mercenaires et plus tard les « soldats capitulés »²¹⁹ étaient des soldats « suisses » qui combattaient dans les armées d'une puissance étrangère. La pratique se révélait particulièrement lucrative pour les autorités cantonales. En effet, les souverains étrangers payaient à la classe dirigeante des lieux des sommes d'argent importantes – appelées « pensions » – pour influencer leurs décisions politiques et, par-là, s'assurer le droit de recruter des mercenaires suisses.²²⁰ Les pensions étaient soit officiellement versées aux caisses publiques soit versées secrètement à des notables qui distribuaient à leur tour une partie de l'argent à leur clientèle locale.²²¹ En termes plus contemporains, les autorités cantonales se laissaient corrompre par des souverains étrangers.

74

Le paiement des pensions fut cependant rapidement contesté ; la discussion autour des pensions joua d'ailleurs un rôle dans de nombreux conflits internes.²²² A la suite de la Réforme au début du 16^e siècle, plusieurs cantons réformés, notamment Berne et Zurich, interdirent les pensions ; dans les cantons catholiques, celles-ci continuèrent cependant à représenter une part importante du budget.²²³ L'interdiction générale

75

²¹⁴ PEYER, *Verfassungsgeschichte*, p. 111 s.

²¹⁵ Le tirage au sort a été introduit notamment à Glaris, Fribourg, Schaffhouse, Berne et Bâle. Pour le tirage au sort, cf. notamment les différentes contributions dans CHOLLET/FONTAINE, *Expériences*, 2017. Contrairement à aujourd'hui, le tirage au sort fut jadis interprété comme un jugement de Dieu. Cf. PEYER, *Verfassungsgeschichte*, p. 113 ; BRAUN, *Ancien régime*, p. 214 s. ; STEINER, *Vénalité*.

²¹⁶ STEINER, *Vénalité*.

²¹⁷ STEINER, *Vénalité*.

²¹⁸ HENRY, *Service étranger*, ch. 2 ss. Les « Suisses » avaient la réputation d'être de bons soldats, notamment auprès des rois de France. Leur cote est encore montée après les victoires des guerres de Bourgogne (1474-1477 à Neuss, Héricourt, Planta, Grandson, Morat et Nancy).

²¹⁹ Un « mercenaire » (*Reisläufer* en allemand) est une personne qui se place volontairement sous l'autorité d'un souverain étranger ; un « soldat capitulé » ou « avoué » (*Söldner* en allemand) est engagé avec l'aveu – l'accord – des autorités, cf. CZOUZ-TORNARE, *Mercenaires*.

²²⁰ Dans certains cantons à *Landsgemeinde*, ces sommes représentaient une part importante du budget, cf. HENRY, *Service étranger*, ch. 4, et GROEBNER, *Pensions*.

²²¹ GROEBNER, *Pensions*.

²²² GROEBNER, *Pensions*.

²²³ Cf. SCHMITZ, *Normenkonkurrenz*, p. 68 ss, et SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 23. A Berne la « *Ordnung und Satzung der Pensionen und reyssgelöuffen* » (« Règlement et charte des pensions et le mercenariat ») fut adoptée en 1529 ; les cadeaux entre dirigeants bernois étaient cependant toujours permis, cf. SCHMITZ, *Normenkonkurrenz*, p. 76.

d'accepter des pensions de souverains étrangers fut finalement introduite par la Constitution fédérale de 1848. Son article 12 interdisait aux « membres des autorités fédérales, [aux] fonctionnaires civils et militaires de la Confédération et [aux] représentants ou [aux] commissaires fédéraux » d'accepter d'un gouvernement étranger des pensions, traitements, titres, présents ou décorations.²²⁴ L'article a été repris dans la Constitution de 1874, mais plus dans celle de 1999. Selon le Conseil des Etats, la disposition « avait quelque chose d'anachronique » et n'avait plus « rang constitutionnel »²²⁵.

Au niveau international, la problématique de l'acceptation de pensions ou traitements d'un gouvernement étranger est redevenue d'actualité avec l'élection de Donald Trump à la présidence des Etats-Unis d'Amérique. La Constitution américaine contient une clause similaire à l'ancien art. 12 de la Constitution fédérale : la « Emoluments Clause »²²⁶. Cette dernière interdit à toute personne qui occupe une charge aux Etats-Unis, notamment celle de président, d'accepter des présents, émoluments, charges ou titres quelconques d'un Etat étranger.²²⁷ Après l'élection de Donald Trump, de nombreuses personnes, entre autres d'éminents spécialistes de droit constitutionnel, ont allégué qu'il violait l'« Emoluments Clause ». En effet, par le biais notamment de ses hôtels, de ses entreprises et de ses biens immobiliers, le président Trump reçoit des paiements de représentants officiels d'Etats étrangers.²²⁸ En janvier 2017, une organisation non-gouvernementale a introduit une action contre le président Trump pour constater une violation de l'« Emoluments Clause ».²²⁹ Le jugement n'a pas encore été rendu dans cette affaire.

V. Les Temps modernes

- 76 C'est avec la naissance de l'Etat moderne et notamment la consécration du principe de l'intérêt public que le concept de corruption a acquis le sens qu'on lui donne aujourd'hui.²³⁰ En raison de la différenciation plus poussée entre les sphères publique et privée, la conception de la charge publique comme propriété privée a disparu : les agents au service de l'Etat sont désormais tenus d'exercer leurs fonctions dans le seul intérêt public.²³¹ Une conséquence de ce développement fut l'introduction de nouvelles règles – notamment pénales – pour décourager les agents d'agir dans leur propre intérêt. Le Code pénal de 1810, mis en place par Napoléon, est un exemple souvent cité

²²⁴ Cf. l'ATF 115 Ia 127 pour un exemple d'application de cet article et ci-dessous N 405.

²²⁵ BO CE 1998, p. 68. Cf. ci-dessous N 391. L'interdiction d'accepter des titres ou décorations octroyés par des autorités étrangères est aujourd'hui réglée notamment à l'art. 21 al. 4 LPers en ce qui concerne le personnel de la Confédération (cf. N 403 ss) et à l'art. 60 al. 3 LOGA pour les membres du Conseil fédéral et le chancelier (cf. N 409). Cf. également FF 1999 7164 s. (Message du Conseil fédéral concernant la mise en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale et les adaptations législatives consécutives du 11 août 1999).

²²⁶ Cf. Art. I, Section 9, de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

²²⁷ EISEN/PAINTER/TRIBE, Emoluments, p. 4 ss.

²²⁸ Cf. EISEN/PAINTER/TRIBE, Emoluments, p. 14 ss, pour une longue liste de situations de conflits d'intérêts du président Trump.

²²⁹ Cf. TEACHOUT ZEPHYR, Trump is getting payments from foreign governments. We have no idea what they are, *The Washington Post* du 26 janvier 2017.

²³⁰ TERRACINO, Framework, p. 30.

²³¹ TERRACINO, Framework, p. 30.

à cet égard ; les actes de corruption y étaient punis de lourdes peines.²³² La confusion de l'intérêt général et des intérêts privés était par ailleurs également sanctionnée par le juge administratif.²³³ Un autre exemple est l'introduction en 1829 d'un code de conduite par le Postmaster General des Etats-Unis, destiné à réduire les comportements non éthiques dans le secteur postal.²³⁴

Une des mesures les plus utilisées pour mettre un terme à la corruption dans maints Etats a consisté à organiser l'administration publique selon le modèle dit « wébérien ». ⁷⁷ ²³⁵ La séparation stricte du domaine politique de l'administration et les conditions attrayantes de la fonction publique devaient protéger les fonctionnaires de toute tentative d'influence extérieure. En effet, la garantie d'un salaire fixe et les pensions de retraite rendaient les fonctionnaires plus indépendants, si bien qu'ils étaient mieux à même de résister aux pots-de-vin.²³⁶ Nous étudierons au prochain chapitre dans quelle mesure ce nouveau mode d'organisation et les réformes intervenues depuis lors ont influencé les réglementations concernant l'intégrité de l'administration publique.

VI. Synthèse

Les considérations qui précèdent montrent qu'au cours de l'histoire, de nombreux ordres juridiques ont fixé des réglementations de l'intégrité de la classe dirigeante et de son administration. Malgré les différences des époques et la diversité des régimes juridiques et politiques, le contenu ces réglementations et les instruments utilisés pour combattre les comportements non éthiques se ressemblent. On retrouve par exemple souvent l'interdiction pour les agents publics d'exercer d'autres activités à côté de leur travail pour le souverain ou l'obligation de se récuser dans les affaires impliquant un membre de leur famille. De même, de nombreuses réglementations contenaient des règles sur l'acceptation de cadeaux et d'avantages. Enfin, le serment était un outil souvent utilisé par les souverains pour s'assurer de la fidélité des agents publics à leur égard. ⁷⁸

Il en découle une constatation importante : la question qu'il convient de se poser dans le contexte de l'intégrité de l'administration publique ou de la lutte contre la corruption n'est pas tant de savoir comment éliminer la corruption, mais plutôt comment *réglementer* ou *gérer* cette problématique. En effet, alors que les comportements fautifs des agents publics ont toujours existé et qu'ils existeront toujours, le contexte administratif évolue. Il convient donc avant tout d'adapter les réglementations en matière d'intégrité à la réalité administrative. ⁷⁹

²³² TERRACINO, Framework, p. 30 ; MORET-BAILLY/TRUCHET, Déontologies, p. 280 s.

²³³ MORET-BAILLY/TRUCHET, Déontologies, p. 281.

²³⁴ ROSE-ACKERMAN/PALIFKA, Corruption, p. 175.

²³⁵ Cf. ci-dessous N 81 ss.

²³⁶ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 51. Voir à ce propos pour les Etats-Unis notamment PARRILLO NICHOLAS R., Against the Profit Motive. The Salary Revolution in American Government, 1780-1940, New Haven 2013. Voir ci-dessous N 85 s.

§ 3 L'impact des transformations récentes de l'administration publique sur l'intégrité

« C'est précisément parce qu'il y a une situation précise, celle de la toute-puissance des affaires dans la société moderne, qu'il faut que la fonction de magistrat soit protégée, soit délimitée. »²³⁷

Nous traiterons dans ce chapitre des développements de l'administration publique au cours des 20^e et 21^e siècles et de leur impact sur l'intégrité de l'administration publique. Ce survol nous permettra de placer la problématique de l'intégrité dans le contexte politique et administratif des dernières décennies. Nous commencerons par présenter le modèle bureaucratique dit « wébérien » (I.). Nous traiterons ensuite des différentes réformes administratives, notamment de celles associées au mouvement de la nouvelle gestion publique (NGP), intervenues dès les années 1980 (II.). Ces dernières ont non seulement fondamentalement transformé le secteur public en y introduisant des valeurs et des structures inspirées du secteur privé, mais elles ont également eu un impact sur l'éthique dans le secteur public (III.). Enfin, en réponse à ces développements, plusieurs Etats, dont la Suisse, ont introduit des mesures de « promotion de l'éthique » (IV.).

80

²³⁷ Extrait d'une prise de parole du député Willy Donzé lors du débat au Grand Conseil genevois en 1962 sur l'initiative populaire visant à introduire une interdiction pour les conseillers d'Etat d'exercer des activités accessoires, cf. Mémorial du Grand Conseil genevois du 5 octobre 1962 (soir), p. 2248. Cf. ci-dessous N 371 s. à propos de cette initiative cantonale.

I. Le modèle bureaucratique wébérien et sa remise en cause

1. L'approche classique de l'administration publique : le modèle bureaucratique wébérien

- 81 L'approche classique de l'administration publique a été marquée par WOODROW WILSON et MAX WEBER. Alors que le premier s'est notamment prononcé sur les rapports entre l'administration publique et le pouvoir politique, le deuxième a conceptualisé une organisation de la bureaucratie rationnelle, l'idéal-type bureaucratique.
- 82 Dans son article « The Study of Administration » paru en 1887, l'américain WILSON, qui sera plus tard élu président des Etats-Unis, préconisait la séparation stricte entre l'administration et le politique : « [...] administration lies outside the proper sphere of politics. Administrative questions are not political questions »²³⁸. Selon lui, la tâche principale de l'administration publique était d'exécuter de manière précise et systématique le droit public, édicté par le pouvoir politique.²³⁹ WEBER, juriste, économiste et sociologue allemand, a abordé cette question de manière similaire. La dichotomie entre le pouvoir politique et l'administration servirait, selon lui, à empêcher un exercice arbitraire du pouvoir et à assurer l'impartialité dans la mise en œuvre des politiques publiques.²⁴⁰ En effet, dans le modèle bureaucratique, les fonctionnaires, des experts neutres, sont chargés de mettre en œuvre les lois et les décisions des gouvernants, qui, eux, sont élus et disposent donc d'une légitimité démocratique.²⁴¹ Ainsi, l'Etat démocratique ne se fonde plus sur l'arbitraire ou la tradition, mais sur « l'autorité rationnelle-légale, fondement de l'Etat de droit »²⁴².
- 83 Le modèle bureaucratique de WEBER va cependant plus loin, constituant ainsi une vision intégrée de l'administration publique. Cette vision comprend également une conception très spécifique du fonctionnariat : les fonctionnaires sont choisis sur la base de leurs compétences – souvent par concours – et sont nommés à vie.²⁴³ Ils occupent une fonction à plein-temps, « sans pouvoir s'adonner à d'autres occupations professionnelles »²⁴⁴. En outre, ils bénéficient d'une rémunération convenable qui progresse selon l'ancienneté, « pour éviter de céder aux tentatives de corruption »²⁴⁵. Enfin, ils sont soumis au pouvoir hiérarchique et évoluent selon une logique de plan de carrière.²⁴⁶ La mise en œuvre de ces conditions assurerait selon WEBER la neutralité et la permanence des agents publics et permettrait à ces derniers de suivre des principes éthiques connus de tous.²⁴⁷

²³⁸ WILSON, Administration, p. 210 ; cf. aussi SCHEDLER/EICHER, Rapports, p. 373.

²³⁹ WILSON, Administration, p. 212.

²⁴⁰ SCHEDLER/EICHER, Rapports, p. 373 ; EMERY, Introduction, p. 448 ; WYSER, Climats, p. 21.

²⁴¹ EMERY, Introduction, p. 446 ; WYSER, Ethique, p. 544.

²⁴² EMERY, Introduction, p. 448 ; cf. aussi SCHEDLER/EICHER, Rapports, p. 373.

²⁴³ WYSER, Climats, p. 20 ; EMERY, Introduction, p. 446.

²⁴⁴ EMERY, Introduction, p. 447 ; SCHEDLER/PROELLER, NPM, p. 17.

²⁴⁵ EMERY, Introduction, p. 447.

²⁴⁶ WYSER, Climats, p. 20 ; EMERY, Introduction, p. 447.

²⁴⁷ EMERY, Introduction, p. 447.

Les éléments caractérisant le fonctionnariat font partie d'une vision plus large. Les dimensions organisationnelle et institutionnelle influenceraient les comportements des agents publics autant que les conditions d'emploi.²⁴⁸ Inspiré par les sciences exactes, WEBER a développé une organisation cohérente de l'administration publique souvent comparée à une machine en raison de sa rationalité. Le cadre de cette structure est minutieusement orchestré : le fonctionnement est stable et prédictible, les mécanismes de contrôle rôdés, il existe une hiérarchie unique et les agents sont spécialisés par la division du travail.²⁴⁹ Nous verrons que cette stabilité – ou rigidité – du système fera l'objet de critiques. La bureaucratie wébérienne devait en outre véhiculer « un ensemble de valeurs fondant ses principes structurels et fonctionnels »²⁵⁰ appelé l'*ethos public*. Ces valeurs soi-disant traditionnelles du secteur public comprennent notamment l'honnêteté, l'intégrité, l'impartialité et l'objectivité, le sens de l'intérêt général, l'altruisme et le bien commun.²⁵¹

84

En séparant de manière stricte le domaine politique de l'administration, en organisant minutieusement l'administration publique et en développant une conception très détaillée du fonctionnariat, la bureaucratie idéal-typique visait également à mettre fin à la corruption et au népotisme très répandu au 19^e siècle.²⁵² L'organisation de l'administration préconisée par WEBER devait protéger les fonctionnaires de toute tentative d'influence de l'extérieur. Les conditions d'emploi, notamment les avantages financiers, devaient être tels que ces derniers puissent se concentrer entièrement sur leur seule tâche, la mise en œuvre fidèle de la loi. Dans l'organisation bureaucratique idéal-typique, les agents publics ne seraient pas confrontés à des situations de conflits d'intérêts, en raison par exemple d'activités accessoires ou d'un emploi précédent.

85

En garantissant plus de neutralité, plus d'impartialité, plus de droiture et plus d'objectivité, la bureaucratie idéal-typique a été considérée pendant longtemps comme le modèle le plus efficace pour l'organisation de l'administration publique et l'application fidèle de la loi.²⁵³ Ce modèle a été mis en œuvre de manière différente selon les pays.²⁵⁴ Le « Beamtentum » en Allemagne et la fonction publique française comptent parmi les exemples de mise en œuvre les plus proches du modèle wébérien théorique.²⁵⁵

86

En Suisse, l'organisation bureaucratique wébérienne était également largement répandue jusque dans les années 1980.²⁵⁶ Le modèle avait cependant été adapté au contexte

87

²⁴⁸ WYSER, *Climats*, p. 21.

²⁴⁹ WYSER, *Climats*, p. 22.

²⁵⁰ WYSER, *Climats*, p. 23.

²⁵¹ WYSER, *Climats*, p. 24.

²⁵² MARTINEZ/RICHARDSON, *Ethics*, p. 51 et 83 ; COOPER, *Emergence*, p. 5 ; WILSON, *Administration*, p. 201 ; SCHEDLER/PROELLER, *NPM*, p. 30 ; DEMMKE, *Ethik*, p. 138.

²⁵³ MARTINEZ/RICHARDSON, *Ethics*, p. 83 ; FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 178.

²⁵⁴ Cf. CHEVALIER, *Administration*, p. 95 s., pour les différents modèles de mise en œuvre.

²⁵⁵ WYSER, *Climats*, p. 21 ; EMERY, *Introduction*, p. 447. Pour l'Allemagne, cf. p. ex. HATTENHAUER HANS, *Geschichte des deutschen Beamtentums*, Cologne 1980, et FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 141 s. et les références citées. Pour la France, cf. RENAUT MARIE-HÉLÈNE, *Histoire de la fonction publique*, Paris 2003, et BODIGUEL, *Ethique*, N 5 ss et les références citées.

²⁵⁶ HABLÜTZEL, *Bureaucrates*, p. 85 ; EMERY, *Introduction*, p. 445.

et aux spécificités suisses.²⁵⁷ La fonction publique a par exemple toujours été plus ouverte que dans d'autres pays, notamment en raison de l'absence de concours d'entrée.²⁵⁸ Au niveau fédéral et dans les cantons suisses alémaniques, il n'y avait pas de nomination à vie, mais pour une période administrative, en générale de quatre ans.²⁵⁹ La réélection était cependant la « règle absolue »²⁶⁰.

2. La remise en cause du modèle bureaucratique wébérien

- 88 Ce n'est que dans la seconde moitié du 20^e siècle que des critiques sont apparues contre le modèle bureaucratique wébérien. Le terme « bureaucratie » a d'ailleurs aujourd'hui une connotation plutôt négative.²⁶¹ Le modèle bureaucratique s'est vu reprocher d'être un système fermé et autoréférentiel, dans la mesure où l'optimisation du fonctionnement interne serait devenu une finalité en soi, perdant ainsi de vue l'intérêt public.²⁶² En outre, dans un environnement changeant de plus en plus rapidement, la rigidité inhérente au système le rendrait incapable de se réformer.²⁶³ Enfin, le modèle bureaucratique a été dépeint comme un système inefficace et inefficace, produisant des fonctionnaires pléthoriques et improductifs qui évoluent dans un monde protégé.²⁶⁴ A ces critiques spécifiques du modèle bureaucratique se sont ajoutées des recherches démontrant que l'administration publique ne peut être séparée strictement du pouvoir politique.²⁶⁵ Ainsi, ces recherches ont montré que dans l'exercice de leurs fonctions, les agents publics ont une grande marge de manœuvre et qu'ils doivent prendre en permanence des décisions de type politique, notamment en préparant les politiques publiques.²⁶⁶
- 89 La remise en question du modèle bureaucratique peut être associée au mouvement de la nouvelle gestion publique (NGP), mais également à d'autres mouvements réformistes.²⁶⁷ Il n'en demeure pas moins que les critiques du modèle bureaucratique wébérien ont eu une forte résonance, de sorte que le secteur public s'est profondément transformé au cours des dernières décennies.

²⁵⁷ La mise en œuvre de la bureaucratie wébérienne en Suisse ressemble au modèle néerlandais, cf. CHEVALIER, *Administration*, p. 96.

²⁵⁸ EMERY, *Introduction*, p. 445 et 447 ; cf. ROSELLO, *Influences*, N 93 ss, pour une vue d'ensemble du « modèle traditionnel » de la fonction publique suisse. Cf., pour l'accès à la fonction au niveau fédéral aujourd'hui, ci-dessous N 225 ss.

²⁵⁹ TANQUEREL, *Manuel*, N 266 ; RICHLI, *NPM*, 23 ; ROSELLO, *Influences*, N 97. Cf., pour le système de la nomination pour une période administrative, MICHEL MATTHIAS, *Beamtenstatus im Wandel. Vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag*, Zurich 1998.

²⁶⁰ RICHLI, *NPM*, p. 24.

²⁶¹ Voir p. ex. l'initiative populaire « Stop à la bureaucratie » (lancé par le parti libéral-radical en 2010, mais n'ayant pas abouti faute d'un nombre suffisant de signatures), et les interventions parlementaires ayant comme objet de réduire la bureaucratie. Les fonctionnaires ou « gratte-papiers » font en outre l'objet de maintes œuvres artistiques, cf. WYSER, *Climats*, p. 35.

²⁶² WYSER, *Climats*, p. 31 ; EMERY, *Introduction*, p. 449 s.

²⁶³ WYSER, *Climats*, p. 31 ; EMERY, *Introduction*, p. 449 ; SCHEDLER/PROELLER, *NPM*, p. 18 ; HABLÜTZEL, *Bureaucrates*, p. 85 s.

²⁶⁴ WYSER, *Climats*, p. 31 ; EMERY, *Introduction*, p. 450 ; SCHEDLER/PROELLER, *NPM*, p. 18.

²⁶⁵ MARTINEZ/RICHARDSON, *Ethics*, p. 65 ; WYSER, *Climats*, p. 28.

²⁶⁶ SCHEDLER/EICHER, *Rapports*, p. 371 s. ; WYSER, *Climats*, p. 28 ; MARTINEZ/RICHARDSON, *Ethics*, p. 120 ; SCHEDLER/PROELLER, *NPM*, p. 25.

²⁶⁷ WYSER, *Climats*, p. 30 ; TANQUEREL, *Manuel*, N 16.

II. Les réformes administratives et leur impact sur l'éthique dans le secteur public

1. Les réformes administratives

Plusieurs réformes administratives sont intervenues au cours des dernières décennies. On peut notamment mentionner l'évolution de l'administration vers une administration de gestion (a), la décentralisation et la privatisation (b) ainsi que les diverses réformes intervenues dans le cadre du mouvement de la nouvelle gestion publique (c). Cette transformation a parfois été appelée « managérialisation »²⁶⁸, « Ökonomisierung »²⁶⁹ ou encore modernisation de l'administration publique.

90

a) De l'administration de police à l'administration de gestion

Les critiques du modèle bureaucratique peuvent être placées dans le contexte de l'évolution générale de l'administration publique. Au cours du 20^e siècle, l'administration de prestation s'est ajoutée à l'administration de police : l'administration publique avait depuis lors non seulement la tâche de protéger l'ordre public, mais également de fournir des prestations à la population.²⁷⁰ Pour pouvoir rendre ces services, l'Etat devait notamment créer de nouveaux offices et entités et augmenter l'effectif du personnel. L'administration publique s'est donc notablement agrandie et, de ce fait, également alourdie.

91

Depuis quelques années, l'administration publique est entrée dans une troisième phase : l'administration de gestion ou l'Etat propulsif.²⁷¹ En plus de protéger l'ordre public et de fournir des prestations, l'Etat doit désormais également « informer, prévoir, coordonner, arbitrer, réguler »²⁷². L'une des caractéristiques centrales de l'Etat propulsif est l'enchevêtrement des sphères privée et publique²⁷³ : la frontière entre le public et le privé devient plus poreuse.²⁷⁴ Cette nouvelle interdépendance des deux secteurs se manifeste de plusieurs manières. En matière de fourniture de prestations, par exemple, il n'y a plus d'un côté l'Etat qui fournit une prestation et de l'autre le citoyen qui la reçoit.²⁷⁵ Il existe aujourd'hui des processus complexes associant acteurs privés et publics à différents niveaux.²⁷⁶ En outre, les fonctionnaires ne restent plus agents publics à vie, l'Etat poursuit ses propres intérêts économiques dans certains

92

²⁶⁸ WYSER, Climats, et EMERY, Cadres.

²⁶⁹ MÜLLER, Ökonomisierung.

²⁷⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 24 ss.

²⁷¹ MORAND, Droit, p. 69 ss. Egalement appelé Etat réflexif ou Etat incitatif, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 27.

²⁷² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 28.

²⁷³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 25.

²⁷⁴ CHAMBON/GASPON, Déontologie, p. 71.

²⁷⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 26 ss ; VON MARAVIC, Korruptionsrisiken, p. 32.

²⁷⁶ AUBY, Conflict, p. 156.

domaines et des secteurs entiers de l'administration publique sont externalisés et soumis au droit privé.²⁷⁷

- 93 Cette récente évolution de l'administration publique a également des conséquences sur les modes d'action de l'Etat. Ce dernier n'agit plus forcément par décision unilatérale, mais cherche à collaborer avec le secteur privé et à coordonner les différents acteurs pour réaliser les tâches publiques. Parmi les nouveaux modes d'action, on peut mentionner les normes-programmes, les pesées d'intérêts complexes, les plans, les directives et les contrats de droit administratif ou de droit privé.²⁷⁸ L'Etat se sert donc aujourd'hui d'instruments plus souples, plus informels et plus différenciés, notamment pour pouvoir s'adapter à un monde complexe et soumis à des changements rapides.

b) La décentralisation et la privatisation

- 94 La décentralisation et les différentes formes de la privatisation visent à alléger l'administration centrale, voire à transférer des tâches entières au secteur privé ou à les abandonner.²⁷⁹ Elles visent à rendre l'administration publique plus souple, plus réactive et plus efficiente. Tant la décentralisation que la privatisation sont des outils associés au mouvement de la NGP.²⁸⁰
- 95 La décentralisation vise plus spécifiquement à transférer des tâches publiques à des entités en dehors de l'administration centrale qui, grâce à une certaine autonomie, peuvent exécuter ces tâches de manière plus efficiente. Elle a donc pour but d'« optimiser » l'administration centrale.²⁸¹ Les entités peuvent revêtir des formes très diverses, de droit privé ou de droit public, et disposent parfois de la personnalité juridique. Outre l'impact évident de la décentralisation sur l'organisation de l'administration, il convient de souligner que la décentralisation a également des conséquences en matière de personnel. En effet, l'autonomie attribuée aux entités décentralisées s'étend souvent au domaine des rapports de travail, ce qui conduit à une diversification de la réglementation des rapports de travail du personnel.²⁸² Dans une même administration publique, une multitude de réglementations différentes des rapports de travail peuvent donc coexister.²⁸³
- 96 La privatisation, quant à elle, tend à restituer au secteur privé des services étatisés dans le cadre de l'administration de prestation.²⁸⁴ Elle peut revêtir des formes et des degrés

²⁷⁷ OCDE, Lignes directrices, p. 69 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 28 ss.

²⁷⁸ TANQUEREL, Manuel, N 17.

²⁷⁹ Cf., pour toute la problématique de l'externalisation de l'exécution des tâches publiques, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 93 ss.

²⁸⁰ LIENHARD, NPM, p. 54 ss ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 116.

²⁸¹ LIENHARD, NPM, p. 54 s.

²⁸² TANQUEREL, Unité, p. 52.

²⁸³ Cf. ci-dessous N 180 ss.

²⁸⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 28.

différents.²⁸⁵ On parle de privatisation au sens propre quand un secteur étatisé est dé-monopolisé et ainsi entièrement restitué au secteur privé.²⁸⁶ L'Etat peut cependant toujours conserver une fonction de contrôle, que ce soit par un système de concessions ou par une réglementation encadrant le secteur concerné.²⁸⁷ L'*outsourcing* constitue une autre forme de privatisation où l'Etat charge des acteurs privés d'exécuter des tâches qu'il accomplissait antérieurement lui-même.²⁸⁸ Enfin, une privatisation improprement dite intervient lorsqu'une entité chargée d'une tâche publique passe d'un statut de droit public à un statut de droit privé, mais reste dominée par l'Etat.²⁸⁹ Les modes de gestion du secteur privé permettraient à la branche concernée de gérer ses affaires de manière plus flexible et efficiente. Au regard de l'intégrité de l'administration publique, ce sont avant tout les deux dernières formes de privatisation qui nous intéressent.

c) *La nouvelle gestion publique*

i. En général

Enfin, les réformes s'inscrivant dans le mouvement de la nouvelle gestion publique (NGP) ont transformé notablement l'administration publique ces dernières années. Le terme « nouvelle gestion publique »²⁹⁰ regroupe plusieurs courants qui visent tous l'insertion d'éléments de la gestion d'entreprise dans l'administration publique.²⁹¹ La NGP trouve son origine notamment dans la pensée néolibérale des années 1970.²⁹²

La caractéristique principale de la NGP est son approche orientée sur les produits, les résultats ou encore les *outputs*.²⁹³ Ainsi, la légitimation de l'administration publique ne se fonde plus exclusivement sur les principes de la démocratie et sur ceux de l'Etat de droit, mais elle dépend également des résultats atteints.²⁹⁴ En d'autres termes, un nouveau principe s'ajoute au principe de la légalité et aux autres principes de l'Etat de droit : le principe d'efficacité, selon lequel les mesures étatiques sont légitimes si elles sont efficientes.²⁹⁵

97

98

²⁸⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 28 ss ; TANQUEREL, Manuel, N 105 ss.

²⁸⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 28.

²⁸⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 28 s.

²⁸⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 29.

²⁸⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 106.

²⁹⁰ D'autres termes fréquemment utilisés sont : nouveau management public, neues Steuerunsmodell, wirkungsorientierte Verwaltungsführung ou Reinventing Government. Ce dernier terme est surtout utilisé aux Etats-Unis, cf. notamment OSBORNE DAVID/GAEBLER TED, Reinventing Government : How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector, Menlo Park 1992.

²⁹¹ RICHLI, NPM, p. 14. Pour les fondements théoriques, voir p. ex. SCHEDLER/PROELLER, NPM, p. 49 ss, LIENHARD, NPM, p. 20 s., ou CHEVALIER, Administration, p. 97 ss.

²⁹² WYSER, Climats, p. 32.

²⁹³ TANQUEREL, Manuel, N 101; LIENHARD, NPM, p. 27 s.

²⁹⁴ SCHEDLER/PROELLER, NPM, p. 9 ; TANQUEREL, Manuel, N 101 ; RICHLI, NPM, p. 20.

²⁹⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 31 s. Cf. ci-dessous N 1039 s.

- 99 La NGP vise à rendre l'administration publique plus efficiente notamment par l'introduction de concepts et de pratiques issus du management privé.²⁹⁶ Elle ne définit cependant ni le type d'instruments ou d'éléments de la gestion d'entreprise à introduire ni la manière de procéder. La description de la NGP, qui est donc plutôt une école de pensée qu'un modèle bien défini, varie selon les auteurs.²⁹⁷ On peut toutefois citer quelques éléments régulièrement mentionnés :
- Une orientation de l'activité de l'administration vers les clients et le public. Les administrés sont désormais vus comme des « clients ».²⁹⁸
 - Une incitation à la diminution des coûts et à l'efficience.²⁹⁹
 - L'introduction de structures administratives similaires à celles des groupes de société.³⁰⁰
 - Une orientation des activités sur la concurrence, tant à l'interne que vis-à-vis de l'extérieur.³⁰¹
 - Une évaluation globale des effets et de la conformité aux normes.³⁰²
 - L'encouragement du recours au salaire au mérite.³⁰³
- 100 Bien que le mouvement de la nouvelle gestion publique tende à réformer tout le secteur public, il met un accent particulier sur le droit de la fonction publique.³⁰⁴ Les réformes du droit du personnel inspirées par la NGP visent notamment à diminuer les coûts du personnel.³⁰⁵ Les défenseurs de la NGP demandent une fonction publique plus flexible et plus centrée sur la performance : on vise entre autres à aligner les conditions d'emploi du secteur public sur celles du secteur privé.³⁰⁶ Cet objectif a plusieurs conséquences. Premièrement, les agents publics ne sont plus nommés, mais employés par un contrat de droit public qui donne aux deux parties la possibilité de résilier le rapport de travail. Deuxièmement, les agents publics ne sont plus nommés à vie ou pour une période administrative.³⁰⁷ Le statut de fonctionnaire impliquant des privilèges spéciaux et un certain statut dans la société est abandonné.³⁰⁸ Troisièmement, la performance des agents publics est régulièrement évaluée et des objectifs personnels
-
- ²⁹⁶ TANQUEREL, Manuel, N 101 ; SCHEDLER/PROELLER, NPM, p. 21 ; WYSER, Climats, p. 32 ; FEHLING, Unparteilichkeit, p. 174.
- ²⁹⁷ Cf. p. ex. les différentes descriptions chez TANQUEREL, Manuel, N 102, SCHEDLER/PROELLER, NPM, p. 40 s., LIENHARD, NPM, p. 27 ss, et RICHLI, NPM, p. 14 ss.
- ²⁹⁸ TANQUEREL, Manuel, N 102 ; LIENHARD, NPM, p. 34 s ; RICHLI, NPM, p. 14. BODIGUEL, Ethique, N 32, critique cette nouvelle dénomination : « La "citoyenneté" solidarise, le "clientélisme" désolidarise ».
- ²⁹⁹ TANQUEREL, Manuel, N 102 ; LIENHARD, NPM, p. 37.
- ³⁰⁰ TANQUEREL, Manuel, N 102 ; LIENHARD, NPM, p. 29 ss.
- ³⁰¹ TANQUEREL, Manuel, N 102 ; LIENHARD, NPM, p. 38 s.
- ³⁰² TANQUEREL, Manuel, N 102.
- ³⁰³ TANQUEREL, Manuel, N 102.
- ³⁰⁴ Pour les effets des révisions du droit du personnel sur le devoir de fidélité, cf. SCHIBLI, Meinungsfreiheit, p. 127 ss.
- ³⁰⁵ RICHLI, NPM, p. 29 ; RICHLI, Personalrecht, p. 110.
- ³⁰⁶ WYSER, Ethique, p. 542 s. Cf. la représentation graphique chez RICHLI, NPM, p. 18, contenant tous les éléments de la NGP en ce qui concerne le droit de la fonction publique. Cf. aussi WYSER, Climats, p. 36 ss.
- ³⁰⁷ TANQUEREL, Manuel, N 267 ; RICHLI, NPM, p. 18.
- ³⁰⁸ WYSER, Climats, p. 38.

leur sont fixés.³⁰⁹ Cette gestion par objectifs les pousse à axer leur travail sur les résultats et, par conséquent, à accorder plus d'importance à l'efficience dans leur travail. Enfin, le salaire au mérite permet aux responsables d'adapter la rémunération en fonction de la performance au travail.³¹⁰ En bref, selon les défenseurs de la NGP, l'emploi auprès d'une administration publique ne devrait plus se distinguer d'un emploi dans le secteur privé.³¹¹

Mentionnons encore que depuis quelques années la NGP est de plus en plus remise en question. Une étude publiée au Royaume-Uni a par exemple montré que la NGP n'a pas mené à une administration « qui coûte moins et marche mieux », mais plutôt à des coûts plus élevés et à plus de plaintes de la part des citoyens.³¹² Parallèlement, l'intérêt porté au modèle bureaucratique augmente à nouveau.³¹³

101

ii. La nouvelle gestion publique en Suisse

La nouvelle gestion publique a marqué la culture administrative suisse au cours des dernières décennies. Les divers instruments décrits ci-dessus ont été largement introduits, aussi bien au niveau fédéral que cantonal.³¹⁴ Parmi ces mesures, on peut notamment citer les mandats de prestations, l'évaluation des performances et les budgets globaux.

102

Le droit de la fonction publique au niveau fédéral et dans les cantons a également été réformé sur la base de la NGP.³¹⁵ Comparé aux autres pays de l'Union européenne, la Suisse est même allée « très loin dans la transformation du statut des agents publics »³¹⁶. Au niveau fédéral, le droit de la fonction publique a été modernisé et adapté aux exigences de la NGP avec l'introduction de la *Loi sur le personnel de la Confédération* (LPers³¹⁷), entrée en vigueur en 2001.³¹⁸ Le but déclaré de cette révision totale était de rapprocher autant que possible le droit matériel de la fonction publique de celui du CO³¹⁹ et de le rendre ainsi plus flexible ; l'ancienne loi a été critiquée principalement pour sa rigidité empêchant un mode de travail efficace.³²⁰ Parmi les nouveautés prin-

103

³⁰⁹ RICHLI, NPM, p. 18 s.

³¹⁰ TANQUEREL, Manuel, N 104 ; WYSER, Climats, p. 37 ; EMERY, GRH, p. 493.

³¹¹ Cf. pour le système français, CHAMBON/GASPON, Déontologie, p. 160.

³¹² Voir HOOD CHRISTOPHER/DIXON RUTH, *A government that worked better and cost less? Evaluating three decades of reform and change in UK central government*, Oxford 2015. Cf. également MARTINEZ/RICHARDSON, Ethics, p. 48.

³¹³ Cf. notamment OLSEN, Bureaucracy, p. 1 ss.

³¹⁴ Le canton de Genève fait, du moins en partie, exception à ce développement, cf. TANQUEREL, Manuel, N 104. Voir pour une vue d'ensemble des mesures introduites LIENHARD, NPM, p. 62 ss, et LIENHARD, Entwicklung, p. 23 ss.

³¹⁵ TANQUEREL, Manuel, N 266 ss ; BELLANGER/ROY, Evolution, p. 462 ss ; ROSELLO, Influences, N 166 ss et N 191 ss ; PERRENOUD, Evolution, p. 196 ss. Pour le droit de la fonction publique au niveau cantonal, cf. notamment MAHON/ROSELLO, Réformes, p. 27 ss. Pour les obstacles à la privatisation complète de la fonction publique, cf. DÉFAGO GAUDIN, Obstacles, p. 259 ss.

³¹⁶ EMERY, GRH, p. 486.

³¹⁷ RS 172.220.1.

³¹⁸ La LPers a été révisée de manière substantielle en 2013, cf. MAHON/ROSELLO, Réformes, p. 13 ss, et ROSELLO, Influences, N 180 ss.

³¹⁹ FF 1999 II 1428 (Message LPers).

³²⁰ ROSELLO, Influences, N 163.

cipales, on peut relever la suppression du principe d'engagement par décision de nomination et l'instauration du contrat de droit public comme mode d'engagement usuel, le fait que le CO s'applique désormais par défaut si la LPers et d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, la mise en place d'un système de rémunération au mérite et l'abrogation du statut de fonctionnaire.³²¹ C'est notamment en raison de ce dernier élément que certains parlent de l'« après-fonctionariat » lorsqu'ils décrivent le droit de la fonction publique actuel.³²²

2. L'impact sur l'éthique dans le secteur public

104 Les réformes administratives que nous venons d'exposer ont fondamentalement transformé le secteur public au cours des dernières décennies. Plusieurs études démontrent qu'elles ont eu un fort impact sur les dimensions éthiques du secteur public. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous aborderons par la suite l'hybridation des valeurs traditionnelles du service public (a) et l'enchevêtrement croissant des sphères publique et privée (b).

a) *L'hybridation des valeurs traditionnelles du service public*

105 Il existe de nombreuses études relatives à l'impact des transformations sur l'éthique dans le secteur public. Certains auteurs affirment que les nouvelles formes de coopération entre le secteur privé et public, la transformation du droit de la fonction publique, la décentralisation des compétences et des responsabilités, la nouvelle culture organisationnelle, voire la commercialisation du secteur public, risquent d'encourager les agents publics à commettre des délits de fonction et à adopter un comportement éthiquement inapproprié.³²³ Ils postulent, en d'autres termes, que les réformes mènent à une augmentation de la corruption.³²⁴ D'autres soutiennent que l'utilisation des mécanismes du marché par les organisations publiques réduit le nombre d'actes de corruption.³²⁵ Si les conclusions divergent, les analyses se rejoignent tout de même sur un point : l'hybridation des valeurs traditionnelles découlant du modèle wébérien.³²⁶

106 Nous avons vu plus haut que dans le modèle de la bureaucratie wébérienne le critère éthique par excellence consistait en « l'application stricte des lois, des règles et des instructions données par la voie hiérarchique »³²⁷. On attendait des agents publics un engagement pour l'intérêt public, qui dépasse les intérêts égoïstes qu'ils pourraient avoir.³²⁸ L'accent était mis sur le respect des règles, créant ainsi « un cadre valoriel

³²¹ ROSELLO, *Influences*, N 176 ; MAHON/ROSELLO, *Réformes*, p. 12 s. ; PERRENOUD, *Evolution*, p. 197 s.

³²² ROSELLO, *Influences*, N 168. Pour les éléments caractéristiques de l'après-fonctionariat, voir le tableau chez EMERY, GRH, p. 496.

³²³ WYSER, *Ethique*, p. 544 ; RÖBER, *Managerialisierung*, p. 8 ; EMERY/WYSER, *Downsizing*, p. 106 ; BODIGUEL, *Ethique*, N 10. Cf. FF 1999 5049 (Message modification CP 1999).

³²⁴ WYSER, *Ethique*, p. 545.

³²⁵ WYSER, *Ethique*, p. 546.

³²⁶ WYSER, *Ethique*, p. 543. Cf. également MARTINEZ/RICHARDSON, *Ethics*, p. 126 ; GIAUQUE, *Motivations*, p. 533.

³²⁷ WYSER, *Ethique*, p. 544.

³²⁸ EMERY, *Introduction*, p. 448 s.

pourvoyeur de sens et d'identité professionnelle »³²⁹ pour les agents publics. En revanche, dans les modèles organisationnels basés sur des valeurs marchandes de l'économie privée, la soumission au cadre légal n'est plus qu'un critère parmi d'autres ; un accent fort est mis sur les résultats, que les agents doivent atteindre en se comportant comme des managers privés – une « culture du résultat »³³⁰ est promue.³³¹ A cette fin, ils disposent souvent d'une grande marge de manœuvre³³², mais sont également exposés à une concurrence accrue et soumis à une obligation de performance plus stricte.³³³ On peut donc constater qu'un nouveau référentiel de valeurs inspiré par l'économie privée s'est ajouté aux valeurs traditionnelles du modèle wébérien : l'éthique commune ou l'*ethos* du fonctionnaire a cédé la place à des éthiques diverses, multiples et individualisées.³³⁴

Cette hybridation des valeurs traditionnelles peut induire une perte de repères pour les agents publics.³³⁵ En l'absence d'une éthique commune bien définie, ceux-ci ne savent pas forcément toujours quelle est la bonne façon de se comporter.³³⁶ En termes juridiques, cela signifie qu'ils doivent souvent choisir entre le principe plus traditionnel de la légalité (mais risquer par-là d'être inefficaces) le principe d'efficacité (et éventuellement accepter ainsi une entorse à la légalité ou à d'autres principes).³³⁷ Les solutions apportées à un problème concret en suivant l'un ou l'autre de ces principes se contredisent souvent.³³⁸ La perte de repères et l'insécurité qui en résulte risquent d'entamer la motivation des agents publics et peut les encourager à transgresser des règles éthiques.³³⁹ CAROLE WYSER remarque à ce propos : « L'introduction de valeurs d'inspiration « privée » ou « économique » peut être très positive à condition que l'articulation avec les valeurs « civiques » de l'administration publique soit pensée et mise en pratique de manière convaincante, ce qui ne semble souvent pas être le cas à l'heure actuelle »³⁴⁰.

Le conflit entre les deux ensembles de valeurs a été au centre de l'affaire « Pauli » dans le canton de Zurich, en 2017. Le directeur de l'office du traitement des déchets du canton de Zurich, Urs Pauli, aurait géré pendant plusieurs années son office comme une entreprise privée, tout en justifiant des transgressions légales par l'économicité de son mode de gestion. La NZZ commente à ce sujet : « [E]s kann nicht sein, dass sich ein Direktor

³²⁹ EMERY, Introduction, p. 448 s. ; cf. également MATTARELLA, *Etica*, p. 529.

³³⁰ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 173.

³³¹ WYSER, *Ethique*, p. 544 ; GIAUQUE, *Motivations*, p. 535 ; BODIGUEL, *Ethique*, N 15 ; HABLÜTZEL, *Bureaucrates*, p. 90. Cf. aussi FF 1999 5049 (Message modification CP 1999).

³³² WYSER, *Ethique*, p. 544.

³³³ JANETT, *Ethique*, N 33.

³³⁴ GIAUQUE, *Motivations*, p. 536 ; DEMMKE, *Ethik*, p. 94 ; RÖBER, *Managerialisierung*, p. 7 s. ; VON MARAVIC, *Korruptionsrisiken*, p. 53 ; EMERY/WYSER, *Downsizing*, p. 114 s.

³³⁵ EMERY/WYSER, *Downsizing*, p. 108 ; WYSER, *Climats*, p. 39. Voir CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 97 ss, concernant l'utilisation du terme « valeur ».

³³⁶ DEMMKE, *Ethik*, p. 94. Cf. également GIAUQUE, *Motivations*, p. 534 ; SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 65 ; Cf. également EMERY, *Cadres*, p. 16, qui parle à ce propos de « crise identitaire ».

³³⁷ Cf. ci-dessous N 1039 s. Cf. p. ex. BODIGUEL, *Ethique*, N 33 ; CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 171.

³³⁸ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 171 s.

³³⁹ EMERY, *Cadres*, p. 10 ; GIAUQUE, *Motivations*, p. 533 s.

³⁴⁰ WYSER, *Climats*, p. 42.

einer städtischen Institution über Regelungen und Vorschriften hinwegsetzt und dies damit begründet, es sei in ihm der unternehmerische Gaul durchgebrannt »³⁴¹.

- 108 Plusieurs études empiriques menées en Suisse ont confirmé une perte de repères parmi les agents publics. Une étude de WYSER de 2008 portant sur les effets des modèles de gestion sur les comportements du personnel soignant démontre une augmentation des dilemmes éthiques rencontrés quotidiennement.³⁴² Dans sa thèse de doctorat de 2010, la même auteure a montré que depuis les transformations majeures de la gestion du secteur public, le personnel travaillant dans une organisation publique « managérialisée » a des attentes différenciées.³⁴³ L'introduction des modèles de gestion tend à augmenter les exigences envers les agents publics sans qu'il leur soit forcément donné de nouveaux référentiels clairs quant au comportement attendu. L'adjonction de nouvelles attentes aux anciennes a pour conséquence que les agents publics ne savent souvent pas quel poids attribuer aux diverses valeurs.³⁴⁴ WYSER conclut qu'il incombe aux organisations publiques de clarifier les attentes vis-à-vis des agents publics.³⁴⁵
- 109 En résumé, les réformes récentes de l'administration publique ont ajouté un nouveau référentiel de valeurs axées sur l'efficacité aux valeurs traditionnelles du service public. Cette hybridation des valeurs traditionnelles a induit une perte de repères, si bien que les agents publics ne savent pas toujours à quelles valeurs ils doivent donner la préférence. Cette insécurité comporte à son tour des risques de transgressions éthiques.

b) L'enchevêtrement des sphères publique et privée

- 110 Une autre conséquence de ces réformes administratives est l'enchevêtrement croissant des sphères publique et privée. Cette imbrication comporte des risques pour l'intégrité de l'administration publique.³⁴⁶ En effet, il a été démontré qu'il existe un lien entre la nouvelle proximité des secteurs public et privé, voire l'enchevêtrement des deux sphères, et l'augmentation des situations de conflits d'intérêts.
- 111 Dans l'administration de gestion, les agents publics deviennent de véritables managers publics : ils interagissent régulièrement avec le secteur privé, siègent dans des conseils d'administration d'entreprises semi-publiques ou publiques, gèrent des grands projets de construction, mènent des négociations contractuelles et concluent des contrats de droit privé, dirigent des campagnes de prévention ou d'information et contrôlent la mise en œuvre de tâches publiques par des privés. Dans leur travail quotidien, ils disposent d'une marge de manœuvre plus grande, notamment en raison des normes-programmes ou de normes contenant des notions juridiques indéterminées.³⁴⁷ Ces cir-

³⁴¹ SCHOOP FLORIAN, Urs Pauli hat sich vergaloppiert, *NZZ* du 23 mai 2017.

³⁴² WYSER, *Ethique*, p. 548.

³⁴³ WYSER, *Ethique*, p. 548 s.

³⁴⁴ WYSER, *Ethique*, p. 549 s.

³⁴⁵ WYSER, *Ethique*, p. 551. Cf. également JANETT, *Ethique*, N 33 ; GIAUQUE, *Motivations*, p. 536 s.

³⁴⁶ CHAMBRON/GASPON, *Déontologie*, p. 71 et 127 ; DEMMKE, *Ethik*, p. 128 ; WYSER, *Climats*, p. 60.

³⁴⁷ Cf. également ci-dessous N 1032 ss.

constances leur permettent de faire preuve d'une plus grande souplesse lors de l'application de la loi et peuvent augmenter l'efficacité de l'activité étatique. Une marge de manœuvre accrue augmente cependant également le risque d'une prise en compte d'intérêts privés.³⁴⁸ En outre, la proximité avec le secteur privé et les nouvelles formes de collaboration entre les secteurs public et privé favorisent l'importation de pratiques courantes dans le secteur privé, mais interdites ou fortement encadrées dans le secteur public, comme par exemple l'acceptation d'avantages ou d'invitations.³⁴⁹

Les mêmes risques sont également associés aux tendances de décentralisation et de privatisation.³⁵⁰ Dès lors que la distance entre les citoyens et l'administration devient moindre, l'indépendance entre le secteur privé et le secteur public diminue.³⁵¹ Cela permet certes d'améliorer le « service client », mais comporte également le risque d'une augmentation de situations de conflits d'intérêts et, par conséquent, le risque d'une orientation unilatérale de l'exercice des tâches publiques vers des administrés spécifiques.³⁵² La décentralisation de l'administration engendrerait donc en quelque sorte une décentralisation des risques de corruption.³⁵³ Il est en outre plus difficile de garder une vue d'ensemble au sein d'une administration « éclatée » en raison de sa forte décentralisation.³⁵⁴

En résumé, la nouvelle proximité entre les secteurs public et privé a pour conséquence que les agents publics se trouvent plus souvent dans des situations de conflits d'intérêts ; dès lors, le risque d'une prise en compte induite d'intérêts privés augmente.

III. Le retour de l'« éthique » dans le secteur public

L'introduction des valeurs matérialistes et la perte de repères croissante que cela induit ont amené certains à exiger le retour à un système plus traditionnel pour ainsi mettre un terme au déclin des valeurs.³⁵⁵ Cette revendication tend cependant à idéaliser le système traditionnel en se basant sur le stéréotype selon lequel tout était mieux dans le « bon vieux temps »³⁵⁶.

Au lieu de revenir au système wébérien, nombre de spécialistes préconisent l'adoption d'un système hybride qui mélange les logiques, les méthodes et les valeurs provenant des secteurs public et privé.³⁵⁷ Il s'agirait là d'une « combinaison nouvelle de principes qui ont marqué l'administration publique classique [...] et des principes issus d'autres modes de gouvernance, en particulier le marché et les réseaux »³⁵⁸. Les politologues

³⁴⁸ JANETT, *Ethique*, N 33 ; BODIGUEL, *Ethique*, N 31 ss ; SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 65 ; CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 127.

³⁴⁹ JANETT, *Ethique*, N 33.

³⁵⁰ Cf. ROSE-ACKERMAN/PALIFKA, *Corruption*, p. 117.

³⁵¹ PETERS, *Conflicts*, p. 34.

³⁵² FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 510 ; PETERS, *Conflicts*, p. 34.

³⁵³ VON MARAVIC, *Korruptionsrisiken*, p. 50.

³⁵⁴ JANETT, *Ethique*, N 33.

³⁵⁵ SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 64 s. ; DEMMKE, *Ethik*, p. 109.

³⁵⁶ DEMMKE, *Ethik*, p. 112.

³⁵⁷ EMERY, *Cadres*, p. 9 s. ; EMERY, *Introduction*, p. 451.

³⁵⁸ EMERY, *Cadres*, p. 10. Cf. également OLSEN, *Bureaucracy*, p. 18.

appellent ce nouveau modèle de l'administration publique « post-bureaucratie »³⁵⁹, « après-NGP »³⁶⁰ ou encore « renouveau du modèle bureaucratique »³⁶¹.

- 116 Cette logique intermédiaire comprend également ce que certains ont appelé la « promotion de l'éthique »³⁶² au sein de l'administration publique.³⁶³ Au lieu de retourner au système traditionnel et de réintroduire l'*ethos* wébérien, l'Etat introduit des mesures visant à clarifier les attentes vis-à-vis des agents publics pour les aider dans leurs choix au quotidien. Ces mesures tendent à contrebalancer le fait que les agents publics ont plus de marge de manœuvre au quotidien. Elles sont donc en quelque sorte « le reflet de la modernisation de la fonction publique »³⁶⁴ et permettent aux agents publics « de (re)trouver du sens à leur travail quotidien en rééquilibrant le rapport entre les moyens et les fins »³⁶⁵. Les mesures peuvent s'adresser directement aux agents publics, comme par exemple les codes de comportement, les séminaires d'informations et les offres de formation continue consacrée à l'éthique dans le service public, ou viser l'introduction de nouveaux mécanismes de contrôle, tels que la création d'une autorité spécialisée.³⁶⁶ Les mesures peuvent également être de nature organisationnelle afin de créer un cadre dans lequel les agents publics rencontrent moins de situations de conflit d'intérêts.

Un auteur allemand a décrit la nécessité de définir des nouveaux standards en matière d'intégrité de manière suivante : « Wenn Verwaltung und Verwaltungsrecht vermehrt in den Dienst der Investitionsförderung gestellt und nach ökonomischen Effizienzkriterien reorganisiert werden, wenn einseitig-hoheitliche Gesetzes- und Gemeinwohlkonkretisierung zunehmend durch kooperative Strukturen ersetzt wird, so zwingt dies auch dazu, den Standort der Verwaltung zwischen Unparteilichkeit, Gestaltungs- und Dienstleistungsaufgaben neu zu bestimmen »³⁶⁷.

- 117 La promotion de l'éthique ou de l'intégrité au sein du secteur public a pris son essor au niveau international au milieu des années 1990. De même, les autorités fédérales ont commencé à s'intéresser à ce sujet pendant cette période.³⁶⁸ Elles ont depuis lors introduit graduellement différentes mesures en matière d'intégrité ; nous les analysons en détail dans la suite du travail.

³⁵⁹ Cf. notamment WYSER, *Climats*, p. 59.

³⁶⁰ Cf. notamment EMERY, *Cadres*, p. 10.

³⁶¹ WYSER, *Climats*, p. 59.

³⁶² « Ethikförderung » en allemand. Cf. notamment SCHINDLER, *Ethikförderung*.

³⁶³ Cf. également les développements en France où la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a insisté sur la nécessité de « construire une nouvelle culture de la déontologie », cf. MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 286 s.

³⁶⁴ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 239.

³⁶⁵ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 100.

³⁶⁶ LIENHARD, *NPM*, p. 49 s.

³⁶⁷ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 505. Il est intéressant de comparer ce constat avec la prévision faite 30 ans auparavant par DAGTOGLOU selon laquelle le principe d'impartialité allait gagner en importance avec l'influence croissante de l'économie sur l'appareil étatique, cf. DAGTOGLOU, *Befangenheit*, p. 103.

³⁶⁸ Cf. ci-dessous N 158 ss.

IV. Synthèse

L'administration publique en Suisse a connu de grandes transformations au cours des dernières décennies. Jusqu'à dans les années 1980, l'administration publique était organisée dans une large mesure selon le modèle bureaucratique wébérien, qui se caractérise par sa stabilité et sa rationalité. Le modèle wébérien impliquait également une vision très détaillée du fonctionnariat. Critiqué notamment pour sa rigidité et son inefficacité, il a cependant été remis en cause à la fin du siècle dernier. C'est ainsi qu'ont été introduites plusieurs réformes majeures de l'administration publique, notamment la transformation de celle-ci en une administration de gestion, les privatisations et la décentralisation de l'administration ainsi que les diverses réformes liées au mouvement de la NGP. 118

Ces réformes administratives ont eu un fort impact sur l'intégrité dans le secteur public. L'hybridation des valeurs traditionnelles du secteur public ainsi que l'enchevêtrement des sphères publique et privée ont notamment mené à l'augmentation du nombre de situations de conflits d'intérêts et, selon certains auteurs, à plus de comportements illicites ou fautifs au sein de l'administration publique. 119

L'une des réponses à ce développement fut l'introduction de mesures de promotion de l'intégrité. Ces dernières visent à contrebalancer les réformes administratives en guidant les agents publics dans leurs choix au quotidien. Il est ainsi possible d'affirmer que plus l'administration publique s'organise selon les nouveaux modèles administratifs, plus elle doit également veiller à accompagner cette évolution par l'introduction de mesures promouvant l'intégrité en son sein. 120

Deuxième partie : L'intégrité de l'administration publique en droit suisse

§ 4 Le cadre juridique international et suisse

« Rien au contraire, quand on gouverne, n'est mieux fait pour gagner les cœurs de la multitude que le désintéressement et la modération. »³⁶⁹

Nous présenterons dans ce chapitre le cadre international et helvétique de l'intégrité de l'administration publique. Au niveau international, diverses organisations internationales ont adopté un grand nombre d'instruments juridiques et de droit souple dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique (I.). En Suisse, le cadre constitutionnel comprend plusieurs dispositions pertinentes desquelles découle une exigence d'intégrité (II.) Enfin, le cadre infra-constitutionnel fédéral s'est considérablement transformé au cours des dernières décennies (III.).

121

³⁶⁹ CICÉRON, Traité des devoirs (paru en 44 av. J.-C.), Livre second, N 78.

I. Le cadre international de l'intégrité de l'administration publique

1. Introduction : l'internationalisation et la globalisation du droit administratif

122 A l'instar d'autres branches du droit, le droit administratif est touché dans une mesure toujours plus importante par l'internationalisation, voire la globalisation du droit.³⁷⁰ Non seulement des traités internationaux régissent de nombreux domaines du droit administratif (internationalisation du droit), mais de plus en plus de règles administratives sont également produites en dehors de la sphère de pouvoir des États, par des acteurs non étatiques, paraétatiques ou hybrides (globalisation du droit).³⁷¹ Alors qu'au milieu du siècle passé un ouvrage de droit administratif ne contenait que peu de références au droit international, voire aucune, les développements au niveau international sont aujourd'hui primordiaux pour le droit administratif national.

123 En dépit de son caractère éminemment interne, le domaine de l'intégrité de l'administration publique n'échappe pas à ces tendances.³⁷² Nous montrerons que plusieurs traités internationaux ont été adoptés en matière de lutte contre la corruption et de promotion de l'intégrité. En outre, diverses organisations internationales ont adopté des résolutions et recommandations qui ont une influence considérable sur les ordres juridiques nationaux.³⁷³ Enfin, certains mécanismes de mise en œuvre des normes et standards internationaux auxquels les organisations internationales recourent, notamment l'évaluation par les pairs, peuvent exercer une pression supplémentaire sur les pays concernés.³⁷⁴

2. L'intégrité de l'administration publique en droit international : de la répression de la corruption à la promotion de l'intégrité

124 Pendant la majeure partie du 20^e siècle, la corruption et la lutte contre celle-ci étaient perçues comme une affaire purement interne des États ou des administrations publiques.³⁷⁵ On considérait que l'agent public lésait uniquement son employeur, l'État, lorsqu'il se laissait corrompre.³⁷⁶ Ce n'est qu'à la fin du siècle dernier, dans le contexte de la globalisation, que la conviction selon laquelle la corruption constitue l'un des plus grands obstacles au développement et à la croissance économique s'est imposée

³⁷⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 45 ss et 294 ss. Cf. à ce sujet p. ex. les ouvrages récents suivants : CASSESE SABINO (édit.), *Research handbook on global administrative law*, Cheltenham 2016 ; BORIES CLÉMENTINE (édit.), *Un droit administratif global ?*, Paris 2012 ; CHITI EDOARDO/MATTARELLA BERNARDO GIORGIO (édit.), *Global administrative law and EU administrative law*, Berlin 2011.

³⁷¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 45 ss et 294 ss.

³⁷² Voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 297, pour une liste de domaines du droit administratif fortement influencés par le droit international.

³⁷³ Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 301 ss.

³⁷⁴ Cf., au sujet de l'évaluation par les pairs en droit international, HÄNNI D., GRECO, ch. 1 ss, et DIMITROPOULOS, *Collegiality*, p. 275 ss.

³⁷⁵ CASSANI, *Lutte*, p. 35 ; BOERSMA, *Corruption*, p. 54.

³⁷⁶ Cf. à ce propos également ci-dessous N 381 ss.

sur le plan international.³⁷⁷ Les agents publics corrompus ne constituaient plus seulement un problème pour les Etats, mais également pour l'économie globale. Ce changement de perspective a eu pour conséquence qu'en l'espace de quelques années, plusieurs conventions internationales visant à lutter contre la corruption ont été adoptées.³⁷⁸ La majeure partie des dispositions de celles-ci mettent l'accent sur la lutte contre la corruption par les moyens du droit pénal ; elles obligent notamment les Etats parties à incriminer les divers comportements corruptifs et à instaurer un appareil répressif performant. Toutefois, le traité international le plus récent en la matière, la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (UNCAC)³⁷⁹ dont nous traiterons ci-dessous, contient également des mesures de prévention de la corruption ou en d'autres termes de promotion de l'intégrité.

Outre les conventions, qui sont des actes juridiquement obligatoires, les organisations internationales ont également adopté des actes de droit souple en matière de lutte contre la corruption. Contrairement aux conventions, ces derniers abordent la problématique de l'intégrité sous un angle quasi exclusivement préventif. Comme nous le verrons ci-dessous, les diverses recommandations et résolutions traitent du comportement éthique dans le service public, de l'adoption de codes de conduite, de la prévention des conflits d'intérêts ou encore plus généralement de la bonne administration. Ces actes de droit souple ont eu et continuent d'avoir une grande influence en matière d'intégrité de l'administration publique ; c'est la raison pour laquelle nous présenterons ci-dessous une vue d'ensemble des textes internationaux adoptés en matière d'intégrité qui couvrira tant les actes de droit dur que ceux du droit souple.

La lutte contre la corruption a également été abordée sous l'angle de la bonne administration, peu après le changement de perspective décrit ci-dessus. Cette approche, entièrement préventive, met l'accent sur les instruments promouvant une bonne administration, dont l'intégrité est un aspect.³⁸⁰ Il s'agit d'un développement ultérieur : on est passé de la répression de la corruption à la prévention de celle-ci, puis à la promotion de l'intégrité.

3. Une vue d'ensemble des instruments internationaux en matière d'intégrité

Nous présenterons dans ce qui suit une vue d'ensemble des conventions et recommandations adoptées par trois organisations internationales dont la Suisse fait partie, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et les Nations Unies.³⁸¹ La présentation sera relativement succincte dès lors qu'elle vise à donner au lecteur une idée des différents actes

³⁷⁷ EIGEN, *Jeu*, p. 1 s. ; PETERS, *Conflict*, p. 30. Voir TERRACINO, *Framework*, p. 39 ss, et BOERSMA, *Corruption*, p. 61 ss, pour une vue d'ensemble des motifs à l'origine de ce changement de perspective.

³⁷⁸ Cf., pour une vue d'ensemble des traités et efforts internationaux relatifs à la lutte internationale contre la corruption, TERRACINO, *Framework*, p. 27 ss.

³⁷⁹ RS 0.311.56.

³⁸⁰ Cf. ci-dessous N 1061 ss.

³⁸¹ D'autres organismes et organisations internationaux qui s'occupent de la lutte contre la corruption sont notamment le G20, l'International Center for Asset Recovery, l'International Anti-Corruption Conference, l'International Association of Anti-Corruption Authorities, l'International Anti-Corruption Academy, la Banque

existants. Nous reviendrons plus en détail sur les règles pertinentes dans les chapitres suivants.

a) L'OCDE

i. En général

128 L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a été fondée à Paris en 1960 en vue de réaliser et de contribuer à une expansion économique dans les Etats membres.³⁸² Elle réunit 34 Etats membres, dont la Suisse, qui est l'un des pays fondateurs. L'OCDE publie régulièrement des études, des analyses et des prévisions économiques. Elle peut également émettre des recommandations et prendre des décisions qui lient tous ses membres.³⁸³ Dans le domaine de la lutte contre la corruption au niveau international, l'OCDE occupe un rôle de pionnière avec l'adoption de la *Convention OCDE sur la lutte contre la corruption*.

ii. La Convention OCDE sur la lutte contre la corruption

129 La *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* (COCDE)³⁸⁴ a été conclue en 1997 à Paris. Elle est entrée en vigueur un peu plus d'un an plus tard, et pour la Suisse en 2000.³⁸⁵ La COCDE se focalise sur la corruption de grande envergure dans les transactions commerciales internationales, qui, selon ses rédacteurs, affecte le développement économique et fausse les conditions internationales de concurrence. Selon son article premier, les Etats parties s'engagent à constituer en infraction la corruption d'agents publics étrangers. Les autres dispositions traitent notamment des sanctions, de la mise en œuvre et de l'entraide judiciaire. La COCDE ne contient pas de dispositions relatives à des mesures préventives.

iii. Les recommandations pertinentes

130 Au cours des vingt dernières années, l'OCDE a adopté plusieurs recommandations dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique.³⁸⁶ Cinq d'entre elles sont particulièrement importantes :

- *Recommandation sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public* (1998) : La baisse de confiance dans les gouvernements et les institutions publiques

mondiale, le Fonds monétaire international ou encore l'Organisation mondiale du commerce. Nous ne traiterons pas de ces organismes. Sur l'engagement de la Suisse dans quelques-uns d'entre eux, cf. le rapport d'activité du GTID Corruption (2011-2013) du 8 octobre 2014 (Rapport GTID Corruption 2014) et le rapport d'activité du GTID Corruption (2014-2017) du 5 avril 2018 (Rapport GTID Corruption 2018), disponibles sous eda.admin.ch > Politique extérieure > Secteur financier et économie nationale > Corruption > Groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption.

³⁸² Art. 1 de la Convention relative à l'OCDE (RS 0.970.4).

³⁸³ Art. 5 de la Convention relative à l'OCDE (RS 0.970.4).

³⁸⁴ RS 0.311.21.

³⁸⁵ Fin 2018, 43 Etats étaient parties à la Convention, dont huit ne sont pas membres de l'OCDE, cf. oecd.org > Thèmes > Corruption > Convention sur la lutte contre la corruption > Date de ratification par pays.

³⁸⁶ Voir, pour une liste des recommandations OCDE dans ce domaine, TERRACINO, Framework, p. 64 ss.

combinée aux évolutions fondamentales de la gestion publique ont amené le Conseil de l'OCDE à adopter en 1998 la recommandation sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public.³⁸⁷ Il y est recommandé aux pays membres de développer et de réexaminer « périodiquement les politiques, les procédures, les pratiques et les institutions influençant le comportement éthique dans le service public »³⁸⁸. Ce faisant, les pays peuvent s'inspirer des principes propres à favoriser la gestion de l'éthique dans le service public qui figurent en annexe à la recommandation. Cette dernière a été mise à jour et remplacée par la recommandation sur l'intégrité publique en 2017, dont il sera question ci-après.

- *Recommandation sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public* (2003) : En 2003, le Conseil de l'OCDE a adopté la recommandation sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public³⁸⁹. Les lignes directrices annexées à la recommandation contiennent entre autres une définition du conflit d'intérêts, des principes fondamentaux de la gestion des conflits d'intérêts et des points clés pour élaborer le cadre d'une politique de gestion des conflits d'intérêts.
- *Recommandation sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics* (2008/2015) : La recommandation de 2008 sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics³⁹⁰, demande aux pays membres de mettre en œuvre un cadre adéquat destiné à renforcer l'intégrité dans le domaine des marchés publics, en prenant en compte notamment les principes de transparence et de la bonne gestion des deniers publics.³⁹¹ En 2015, elle a été remplacée par une nouvelle recommandation sur les marchés publics³⁹² qui énonce les principes applicables en la matière et qui se distingue de la précédente par des normes plus détaillées. Le Conseil de l'OCDE recommande aux pays membres de « mettre en place des outils d'ordre général visant à assurer l'intégrité au sein du secteur public et les adapter, au besoin, aux risques spécifiques du cycle de passation des marchés publics »³⁹³ et de « mettre en place des programmes de formation en matière d'intégrité à destination des agents publics et privés chargés de la passation de marchés »³⁹⁴.
- *Recommandation sur les Principes pour la transparence et l'intégrité des activités de lobbying* (2010) : En 2010, le Conseil de l'OCDE a adopté la recommandation sur les Principes pour la transparence et l'intégrité des activités de lobbying³⁹⁵ qui précé-

³⁸⁷ Recommandation OCDE C(98)/70 du 23 avril 1998.

³⁸⁸ Recommandation OCDE C(98)/70 du 23 avril 1998, ch. I.

³⁸⁹ Recommandation OCDE C(2003)207 du 28 mai 2003.

³⁹⁰ Recommandation OCDE C(2008)105 (sans date).

³⁹¹ L'OCDE a également édité plusieurs ouvrages relatifs à l'intégrité dans le domaine des marchés publics : « Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement » (2005 ; disponible seulement en anglais) ; « Corruption dans les marchés publics. Méthodes, acteurs et contre-mesures » (2007) et « L'intégrité dans les marchés publics. Les bonnes pratiques de A à Z » (2007).

³⁹² Recommandation OCDE C(2015)2 (sans date).

³⁹³ Recommandation OCDE C(2015)2 (sans date), ch. III.ii).

³⁹⁴ Recommandation OCDE C(2015)2 (sans date), ch. III./iii).

³⁹⁵ Recommandation OCDE C(2010)16 du 18 février 2010.

nise l'élaboration d'un « cadre efficace et équitable pour la transparence et la participation au processus de l'élaboration des politiques publiques »³⁹⁶. Un degré approprié de transparence doit être assuré « afin que les agents publics, les citoyens et les entreprises puissent obtenir des informations suffisantes sur les activités de lobbying »³⁹⁷. La divulgation de ces informations permettrait au public d'exercer un contrôle sur ce genre d'activités. Enfin, les pays « devraient favoriser une culture d'intégrité dans les organismes publics et dans la prise de décision publique en établissant des règles et lignes directrices claires régissant le comportement des agents publics »³⁹⁸. Dans ce contexte, les pays membres sont invités à instituer des principes, des règles et des procédures donnant aux agents publics « des orientations claires sur les relations qu'ils sont autorisés à entretenir avec les lobbyistes »³⁹⁹, notamment en imposant des délais de carence pour les ex-agents souhaitant exercer des activités de lobbying auprès de l'organisme auquel ils appartenaient auparavant.

- *Recommandation sur l'intégrité publique (2017)* : Enfin, en 2017, le Conseil de l'OCDE a adopté la recommandation sur l'intégrité publique qui met à jour et remplace la recommandation de 1998 sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public.⁴⁰⁰ La recommandation de 2017 propose une nouvelle approche stratégique cohérente et globale du domaine de l'intégrité qui s'applique à tout le secteur public. Selon le Conseil de l'OCDE, « l'intégrité est une pierre angulaire du système global de bonne gouvernance » et « essentielle au bien-être économique et social et à la prospérité des individus et des sociétés dans leur ensemble »⁴⁰¹. La recommandation met l'accent entre autres sur le développement d'une culture de l'intégrité publique.

b) Le Conseil de l'Europe

i. En général

- 131 Le Conseil de l'Europe a été créé en 1949 par le Traité de Londres⁴⁰² en vue de « réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social »⁴⁰³. Tout Etat européen qui « reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴⁰⁴ peut devenir membre.⁴⁰⁵ Le Conseil de l'Europe comptait originellement dix Etats membres contre

³⁹⁶ Recommandation OCDE C(2010)16 du 18 février 2010, ch. I.

³⁹⁷ Recommandation OCDE C(2010)16 du 18 février 2010, ch. II.

³⁹⁸ Recommandation OCDE C(2010)16 du 18 février 2010, ch. III.

³⁹⁹ Recommandation OCDE C(2010)16 du 18 février 2010, ch. III./7.

⁴⁰⁰ Recommandation OCDE C(2017)5 du 26 janvier 2017.

⁴⁰¹ Recommandation OCDE C(2017)5 du 26 janvier 2017, motifs introductifs.

⁴⁰² Statut du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030 ; STE n° 1)

⁴⁰³ Art. 1^{er} let. a du Statut du Conseil de l'Europe.

⁴⁰⁴ Art. 3 du Statut du Conseil de l'Europe.

⁴⁰⁵ Art. 4 du Statut du Conseil de l'Europe.

47 aujourd'hui. La Suisse y a adhéré en 1963. Le Conseil de l'Europe est doté de deux organes principaux, le Comité des Ministres, organe de décision qui peut notamment adopter des recommandations destinées aux Etats membres, et l'Assemblée parlementaire, organe délibérant de l'organisation. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe a institué la Cour européenne des droits de l'homme, une juridiction internationale en matière de droits humains qui fonctionne de manière indépendante.

A l'instar de l'OCDE, le Conseil de l'Europe s'est saisi de la problématique de la corruption, en instituant d'abord le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) en 1994.⁴⁰⁶ Un an plus tard, le GMC a élaboré le *Programme d'action contre la corruption*, adopté en 1996 par le Comité des Ministres.⁴⁰⁷ Par la suite, le Conseil de l'Europe a mis en œuvre ce programme, en élaborant les conventions pénale et civile sur la corruption, et en adoptant différentes résolutions et recommandations dans ce domaine.⁴⁰⁸ Il a en outre créé le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), chargé de la mise en œuvre de ces différents actes.⁴⁰⁹

132

Le problème de la corruption peut également toucher les organisations internationales elles-mêmes, comme le montre un exemple récent du Conseil de l'Europe. Au début de l'an 2017, les médias ont révélé que le député italien Luca Volontè était soupçonné d'avoir essayé de convaincre activement ses collègues à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) de rejeter un rapport sur la situation des prisonniers politiques en Azerbaïdjan de 2013. En contrepartie, il aurait reçu entre deux et dix millions d'euros de ses collègues azerbaïdjanais. D'autres parlementaires, notamment l'ancien président de l'APCE, l'espagnol Pedro Agramunt, seraient également impliqués.⁴¹⁰ En réaction à ces révélations, un groupe de parlementaires a exigé en janvier 2017 la conduite d'une enquête externe, indépendante et impartiale, sur cette affaire surnommée « Azerigate », « Caviargate » ou encore « Laundromat », notamment pour préserver l'intégrité de l'Assemblée.⁴¹¹

ii. La Convention pénale sur la corruption

La *Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe* (Convention pénale) a été conclue en 1999 et complétée en 2003 par un *Protocole additionnel*.⁴¹² Les deux instruments sont entrés en vigueur en Suisse en 2006.⁴¹³ La Convention pénale vise à créer une politique pénale commune des Etats membres aux fins de protéger la société

133

⁴⁰⁶ FF 2004 6556 (Message Convention pénale).

⁴⁰⁷ GMC(96)95.

⁴⁰⁸ Nous ne traiterons pas de la *Convention civile sur la corruption*. Entrée en vigueur pour les Etats parties en 2003, la Suisse n'a ni signé, ni ratifié cette convention.

⁴⁰⁹ Cf., à ce propos, ci-dessous N 135 ss.

⁴¹⁰ Cf. notamment VON SALZEN CLAUDIA, Korruptionsvorwürfe im Europarat. Die Spur des Geldes, *Der Tagesspiegel*/en ligne du 22 mars 2017.

⁴¹¹ Cf. la Déclaration écrite n° 624 « Intégrité de l'Assemblée parlementaire » du 25 janvier 2017, doc. 14245.

⁴¹² Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 (RS 0.311.55 ; STE n° 173) ; Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du 15 mai 2003 (0.311.551 ; STE n° 191).

⁴¹³ Le droit pénal suisse correspondait au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pénale déjà en grande partie aux exigences de cette dernière (FF 2004 6559, Message Convention pénale). Les lacunes en droit suisse concernaient avant tout la corruption dans le secteur privé, ainsi que la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires internationaux (*idem*). Cf. aussi ci-dessus N 163.

contre la corruption, qui constitue une menace pour l'Etat de droit, la démocratie et les droits humains.⁴¹⁴ Les articles 2 à 14 de la convention ainsi que les articles 2 à 6 du protocole additionnel obligent les Etats membres à ériger en infraction pénale certains comportements relevant de la corruption. Comparé à celui de la COCDE, le champ d'application de la Convention pénale est plus étendu principalement à deux égards : d'une part, la corruption passive doit être incriminée pour chaque type d'agent public et, d'autre part, la corruption dans le secteur privé doit être réprimée.⁴¹⁵ En revanche, la Convention pénale ne contient pas de disposition concernant d'éventuelles mesures administratives préventives.

iii. Les recommandations et résolutions pertinentes

134 Le Comité des Ministres et le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe ont adopté plusieurs résolutions et recommandations relatives à l'intégrité de l'administration publique. Ces actes n'ont pas force obligatoire, mais les Etats membres s'en inspirent fortement dans l'élaboration de leurs législations internes.⁴¹⁶ Les sept recommandations et résolutions suivantes nous paraissent les plus importantes en matière d'intégrité de l'administration publique.

- Résolution (97) 24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption : Cette résolution adoptée par le Comité des Ministres en 1997 est le premier document mettant en œuvre le Programme d'action contre la corruption mentionné ci-dessus.⁴¹⁷ Les vingt principes qu'elle contient sont classés sans ordre particulier, mettant ainsi en évidence le caractère transversal de la lutte contre la corruption. Les mesures de droit administratif incluent notamment la sensibilisation de l'opinion publique à la corruption (principe 1), l'indépendance et l'autonomie des autorités chargées de la prévention (principe 3), la spécialisation de personnes chargées de la lutte contre la corruption (principe 7), la transparence des processus décisionnels des administrations publiques (principe 9), l'élaboration de codes de conduite (principe 10), la vérification interne des comptes (principes 11 et 12) et la transparence dans les procédures relatives aux marchés publics (principe 14). Ces principes très généraux sont explicités et mis en œuvre dans les diverses recommandations adoptées par le Comité des Ministres et à l'aide de l'examen par les pairs effectué par le GRECO.
- *Résolution 79 (1999) sur l'intégrité politique des élus locaux et régionaux* : Estimant essentiel de promouvoir au niveau européen des normes éthiques communes à tous les élus locaux et régionaux, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe a adopté en 1999 un Code de conduite modèle relatif à l'intégrité politique des élus locaux et régionaux. Celui-ci contient à la fois des principes généraux et des normes de comportement plus détaillées et vise à diminuer les risques de corruption et à renforcer la confiance des citoyens dans les décideurs politiques locaux et régionaux.

⁴¹⁴ Préambule de la Convention pénale.

⁴¹⁵ FF 2004 6557 s. (Message Convention pénale) ; cf. également BERTOSSA, Convention, p. 36.

⁴¹⁶ NIEMIVUO, Administration, p. 546.

⁴¹⁷ Cf. ci-dessus N 133.

- *Recommandation (2000) 10 sur les codes de conduite pour les agents publics* : La recommandation sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le Comité des Ministres en 2000, met essentiellement en œuvre le principe 10 de la résolution de 1997. Le Comité des Ministres, persuadé « que la sensibilisation de l'opinion publique et la promotion de valeurs éthiques constituent des moyens importants pour prévenir la corruption »⁴¹⁸, recommande aux Etats parties d'adopter des codes de conduite pour les agents publics, en s'inspirant du *Code de conduite modèle pour les agents publics* annexé à la recommandation. Il charge en outre le GRECO d'assurer le suivi de la mise en œuvre de la recommandation. Le but du code de conduite modèle est « de préciser les règles en matière d'intégrité et de conduite que les agents publics doivent observer, de les aider à respecter ces normes et à informer le public de la conduite à laquelle il est en droit de s'attendre de la part des agents publics »⁴¹⁹. Le code est très détaillé : il contient tant des principes généraux que des dispositions de comportement concrètes. De manière générale, l'agent public doit s'acquitter de ses tâches dans le respect de la loi, en étant honnête, impartial et efficace et en prenant en compte l'intérêt public.⁴²⁰ Il doit en outre « éviter que ses intérêts privés entrent en conflit avec ses fonctions publiques », ne pas tirer un avantage indu de sa position officielle et « se conduire toujours de manière à préserver et à renforcer la confiance du public dans l'intégrité, l'impartialité et l'efficacité des pouvoirs publics »⁴²¹. Le code de conduite modèle traite ensuite plus en détail les situations de conflits d'intérêts, les cadeaux faits à un agent public, les éventuels abus de la position officielle, le secret de fonction et les informations confidentielles et, enfin, le pantouflage.
- *Recommandation (2002) 2 sur l'accès aux documents publics* : En 2002, le Comité des Ministres a adopté une recommandation sur l'accès aux documents publics, estimant entre autres qu'un large accès aux documents publics « favorise l'efficacité de l'administration et contribue à maintenir son intégrité, en évitant le risque de corruption »⁴²². Il renforcerait en outre la confiance du public dans les autorités publiques et permettrait à ce dernier de se former une opinion critique sur les autorités qui le gouvernement. Le Comité des Ministres recommande aux Etats membres de garantir à toute personne un droit d'accès aux documents détenus par des autorités publiques. La notion d'autorités publiques adoptée par la recommandation est large : elle inclut outre le gouvernement et l'administration toutes les personnes qui accomplissent des fonctions publiques. Enfin, en plus du droit d'accès aux documents (« information passive »), les autorités devraient rendre publics activement des informations et documents officiels (« information active »).⁴²³

⁴¹⁸ Introduction de la Recommandation (2000) 10 du Conseil de l'Europe.

⁴¹⁹ Art. 3 Code de conduite modèle, annexé à la Recommandation (2000) 10 du Conseil de l'Europe.

⁴²⁰ Art. 4 et 5 Code de conduite modèle, annexé à la Recommandation (2000) 10 du Conseil de l'Europe.

⁴²¹ Art. 8 al. 1 et 2 et art. 9 Code de conduite modèle, annexé à la Recommandation (2000) 10 du Conseil de l'Europe.

⁴²² Préambule de la Recommandation (2002) 2 du Conseil de l'Europe.

⁴²³ Cf. ci-dessus N 782 ss pour la distinction entre l'information active et l'information passive.

- *Recommandation (2007) 7 relative à une bonne administration* : Cette recommandation, adoptée par le Comité des Ministres en 2007, propose un Code de bonne administration qui rassemble un grand nombre de règles découlant du droit à une bonne administration.⁴²⁴ Alors qu'il ne consacre pas explicitement un droit à une bonne administration, ce code modèle concrétise les droits individuels d'une prétention générale à une bonne administration.⁴²⁵ Son contenu donne par ailleurs une « image représentative du niveau de protection que le droit administratif européen "commun" accorde aux individus »⁴²⁶.

Dans ses considérants, le Comité des Ministres estime notamment que la « bonne administration suppose [...] de trouver un juste équilibre entre, d'une part, les droits et les intérêts des personnes directement affectées par l'action de l'Etat et, d'autre part, la protection des intérêts de la collectivité dans son ensemble », que « la bonne administration est un aspect de la bonne gouvernance » et qu'elle « doit exclure toute forme de corruption »⁴²⁷. En outre, il est d'avis que « la bonne administration est étroitement liée aux qualités et à la formation appropriée des agents publics »⁴²⁸.

Le Code de bonne administration s'applique selon son article 1^{er} à toute entité de droit public exerçant des fonctions de service public ou d'intérêt public ainsi qu'à toute entité de droit privé dotée de prérogatives de puissance publique pour l'exercice de fonctions de service public ou d'intérêt public. Il est subdivisé en trois sections traitant respectivement des principes de bonne administration, du régime des actes administratifs et des recours. Si le Code ne mentionne pas un principe d'intégrité proprement dit, il contient notamment le principe d'impartialité, le principe de participation et le principe de transparence, qui sont des aspects importants de l'intégrité de l'administration publique.

- *Recommandation (2014) 7 sur la protection des lanceurs d'alerte* : Reconnaissant que les lanceurs d'alerte peuvent contribuer à renforcer la transparence, le Comité des Ministres a adopté en 2014 une recommandation entièrement dédiée à l'alerte éthique et à la protection des lanceurs d'alerte. Il est recommandé aux Etats membres de disposer « d'un cadre normatif, institutionnel et judiciaire pour protéger les personnes qui, dans le cadre de leurs relations de travail, font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général »⁴²⁹. La recommandation retient une notion large de l'alerte éthique ; elle englobe non seulement les dénonciations des actes de corruption, mais « tout signalement d'actions ou d'omissions constituant une menace ou un préjudice pour

⁴²⁴ Pour la phase d'élaboration de cette recommandation, cf. NIEMIVUO, *Administration*, p. 559 ss. Le Code modèle a été critiqué en doctrine, cf. notamment CHEVALIER, *Administration*, p. 138 ss, et TANQUEREL, *Code*, p. 205 ss.

⁴²⁵ TANQUEREL, *Code*, p. 208 ; TANQUEREL, *Administration*, p. 7. Cf., au sujet de la notion de bonne administration, ci-dessous N 1063 ss, et au sujet du droit à une bonne administration, ci-dessous N 1084 ss.

⁴²⁶ TANQUEREL, *Code*, p. 216.

⁴²⁷ Considérants de la Recommandation (2007) 7 du Conseil de l'Europe.

⁴²⁸ Considérants de la Recommandation (2007) 7 du Conseil de l'Europe.

⁴²⁹ Considérants de la Recommandation (2014) 7 du Conseil de l'Europe.

l'intérêt général, toute révélation d'informations sur de tels faits »⁴³⁰. Son annexe contient 29 principes destinés à guider les Etats dans la mise en œuvre.

- Recommandation (2017) 2 relative à la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique : Enfin, en 2017, le Comité des Ministres a adopté une recommandation sur les activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique, qui prévoit dans son annexe des principes directeurs pour l'élaboration de politiques au niveau national afin de réglementer les activités de lobbying. Ces principes s'appliquent tant au lobbying auprès du pouvoir législatif qu'au lobbying auprès du pouvoir exécutif.⁴³¹ Selon les principes 16 et 17, les Etats prennent des mesures appropriées afin d'éviter « tout risque d'atteinte à l'intégrité dans le secteur public qui pourrait résulter des activités de lobbying » ; ils introduisent par exemple des périodes de carence lorsqu'un agent public veut devenir lobbyiste après son mandat dans la fonction publique, de même que quand un lobbyiste veut rejoindre la fonction publique.

iv. Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)

Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) a été établi en 1999 par un accord entre dix-sept Etats membres du Conseil de l'Europe.⁴³² Ayant comme objectif « d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption »⁴³³, le GRECO est chargé du suivi de l'application des vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption⁴³⁴, ainsi que de la mise en œuvre des autres instruments juridiques adoptés en application du *Programme d'action contre la corruption*.⁴³⁵ Un Etat peut devenir membre du GRECO soit en adhérant au Statut de ce dernier, soit en ratifiant la *Convention pénale* ou la *Convention civile sur la corruption* du Conseil de l'Europe, ce qui lui confère automatiquement la qualité de membre.⁴³⁶ La Suisse est membre du GRECO depuis qu'elle a ratifié la *Convention pénale*, en 2006.

135

En adhérant à l'une des conventions sur la corruption du Conseil de l'Europe, un Etat accepte donc de se faire évaluer non seulement sur la mise en œuvre des conventions, mais également sur la mise en œuvre des recommandations, c'est-à-dire du droit souple. Le mécanisme d'évaluation et de contrôle est par ailleurs le même pour les deux catégories d'instruments juridiques et le GRECO n'indique pas toujours quelles sont, parmi les dispositions évaluées, celles qui proviennent d'une convention et celles qui découlent

⁴³⁰ Annexe à la Recommandation (2014) 7 du Conseil de l'Europe, Définitions, b).

⁴³¹ Définitions, Annexe à la Recommandation (2017) 2 du Conseil de l'Europe.

⁴³² Cf. la Résolution (98) 7 portant autorisation de créer l'accord partiel et élargi établissant le "Groupe d'Etats contre la Corruption – GRECO", adoptée par le Comité des Ministres le 5 mai 1998, et la Résolution (99) 5 instituant le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) du 1^{er} mai 1999 (« accord GRECO »), Greco (99) 1F. Il compte aujourd'hui 49 Etats membres.

⁴³³ Art. 1 accord GRECO.

⁴³⁴ Cf. ci-dessus N 134.

⁴³⁵ Art. 2 accord GRECO.

⁴³⁶ Art. 4 al. 1^{er} et 3 accord GRECO.

d'un instrument de droit souple ; ainsi, la frontière entre le droit dur et le droit souple s'estompe.⁴³⁷

136 Le GRECO recourt au mécanisme de l'évaluation par les pairs pour assurer la mise en œuvre des instruments juridiques.⁴³⁸ Il s'agit d'un processus à fonctions multiples : il est à la fois outil de mise en œuvre des instruments juridiques, outil de contrôle et peut également être considéré comme un processus de création de droit.⁴³⁹ L'efficacité de l'évaluation par les pairs tient à la pression exercée par ceux-ci. Idéalement, cette pression consiste en une persuasion en douceur d'un pays par les pairs ; elle peut cependant également revêtir la forme d'un processus de « naming and shaming », appelé aussi la technique de l'opprobre.⁴⁴⁰ En outre, lorsque l'examen par les pairs concerne une question sociétale d'actualité et qu'obtenir une bonne évaluation constitue un enjeu majeur pour les pays, ce mécanisme peut être soumis à des pressions indues et exposé aux risques de corruption.⁴⁴¹ Au vu de ces risques et de l'influence que peut avoir un processus d'évaluation par les pairs, il doit bénéficier d'une légitimité procédurale suffisante, notamment au regard des principes procéduraux globaux.⁴⁴²

137 Les évaluations du GRECO sont divisées en cycles consacrés à un ou plusieurs thèmes spécifiques.⁴⁴³ Ainsi, au cours de chaque cycle, les équipes d'évaluation examinent la mise en œuvre d'un certain nombre de dispositions des actes pertinents et préparent ensuite un rapport qui est discuté et adopté en séance plénière du GRECO.⁴⁴⁴ Les rapports contiennent une partie descriptive, une partie analytique ainsi que des recommandations adressées au pays concerné. Lors des évaluations, les experts ont une grande marge de manœuvre, étant donné que les instruments pertinents du Conseil de l'Europe au sujet de la prévention de la corruption ne contiennent guère d'obligations concrètes et qu'ils sont plutôt formulés de manière vague. Les rapports ont ainsi une fonction d'interprétation et de concrétisation des principes généraux contenus dans les instruments juridiques.

Depuis la création du GRECO, cinq cycles d'évaluation ont été initiés. Le premier cycle d'évaluation, consacré à l'indépendance et la spécialisation des organes nationaux de lutte contre la corruption, a eu lieu entre 2000 et 2002 ; le deuxième cycle, consacré à des aspects pénaux, fiscaux et administratifs de la corruption, a eu lieu entre 2003 et 2006. Le troisième cycle, consacré aux incriminations prévues par la Convention pénale et à la transparence du financement des partis politiques, a été lancé en 2006 ; un quatrième cycle d'évaluation, consacré à la prévention de la corruption des parlementaires, juges et procureurs, lancé en 2012, est encore en cours. Enfin, en 2017, le cinquième cycle d'évaluation a été lancé afin d'examiner la prévention de la corruption et la promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs.

⁴³⁷ HÄNNI D., GRECO, ch. 4.

⁴³⁸ Cf., à ce sujet, HÄNNI D., GRECO, ch. 1 ss et 4.1, et DIMITROPOULOS, *Collegiality*, p. 275 ss.

⁴³⁹ HÄNNI D., GRECO, ch. 2.5.

⁴⁴⁰ HÄNNI D., GRECO, ch. 2.4.

⁴⁴¹ HÄNNI D., GRECO, ch. 2.4.

⁴⁴² HÄNNI D., GRECO, ch. 3.

⁴⁴³ Art. 10 al. 1^{er} et 2 accord GRECO.

⁴⁴⁴ Art. 10, 12, 14 et 15 accord GRECO. Sur les différentes étapes de la procédure, cf. HÄNNI D., GRECO, ch. 4.1.

Certains aspects de l'examen par les pairs du GRECO ne sont à notre avis pas conformes aux principes procéduraux globaux, ce qui réduit la légitimité procédurale de cet examen. Ainsi, premièrement, les thèmes évalués lors des quatrième et cinquième cycles d'évaluation ne se rapportent pas à des principes directeurs ni aux dispositions des deux conventions sur la corruption. Deuxièmement, la procédure de conformité a été prolongée progressivement ces dernières années, sans que ce développement ait été inscrit dans le Statut du GRECO. Troisièmement, le choix des évaluateurs n'est que très peu encadré et il n'existe pas de mesures garantissant l'intégrité de ces derniers. Enfin, le GRECO ne prévoit pas non plus des mesures garantissant l'objectivité et l'intégrité de ses organes.⁴⁴⁵

En dépit de leur caractère juridiquement non obligatoire, les cycles d'évaluations et notamment les rapports qui en découlent constituent pour les pays évalués de fortes incitations politiques.⁴⁴⁶ La Suisse ne fait pas exception : nous verrons plus loin que les évaluations de l'ordre juridique et de la pratique suisses par le GRECO en matière de prévention de la corruption ont eu un impact considérable en Suisse.⁴⁴⁷ 138

En conclusion, on peut donc constater qu'au cours de ses vingt ans d'existence, le GRECO s'est progressivement établi comme l'autorité la plus importante en Europe en matière de lutte contre la corruption. Ses évaluations et ses recommandations contribuent dans une large mesure à l'évolution du domaine de l'intégrité de l'administration publique. 139

v. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Mentionnons enfin la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En matière d'intégrité de l'administration publique, cette jurisprudence est pertinente en ce qui concerne la protection des lanceurs d'alerte et le principe de transparence, découlant des deux de la liberté d'expression prévue à l'article 10 CEDH, ainsi que le devoir de récusation, qui résulte des garanties de procédure prévues à l'article 6 CEDH. Nous y reviendrons plus loin.⁴⁴⁸ 140

c) *Les Nations Unies*

i. En général

L'organisation des Nations Unies (ONU) a été fondée en 1945 dans le but de maintenir la paix et la sécurité internationales, de développer des relations amicales entre les nations et de réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire.⁴⁴⁹ Elle regroupe quasiment tous les pays du monde, dont la Suisse qui a rejoint cette organisation en 2002. 141

⁴⁴⁵ Cf. pour toutes les critiques HÄNNI D., GRECO, ch. 4.2.

⁴⁴⁶ HÄNNI D., GRECO, ch. 2 ; GNÄGI, GRECO, p. 498 ss.

⁴⁴⁷ Cf. ci-dessous N 165 s.

⁴⁴⁸ Pour la protection des lanceurs d'alerte, cf. ci-dessous N 821 ss ; pour le devoir de récusation, cf. ci-dessous N 598 ss.

⁴⁴⁹ Cf. notamment l'art. 1^{er} de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120).

L'ONU s'est saisie de la problématique de la corruption au milieu des années 1990 et a, depuis lors, adopté plusieurs instruments juridiques en la matière.⁴⁵⁰

ii. Le Code international de conduite des agents de la fonction publique

142 En 1996, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le *Code international de conduite des agents de la fonction publique*⁴⁵¹, en recommandant aux Etats membres de « s'en servir comme guide dans leur lutte contre la corruption »⁴⁵². Le Code contient des principes généraux, des règles sur les conflits d'intérêts et la disqualification⁴⁵³, sur la déclaration des biens, l'acceptation de dons ou d'autres faveurs et les informations confidentielles. Il prévoit notamment que les agents publics doivent déclarer tous leurs intérêts commerciaux et financiers. Il leur est, de plus, interdit de tirer indûment bénéfice des fonctions qu'ils occupaient au sein de l'administration publique après avoir quitté leur emploi. Notons que le Code international de conduite des agents publics n'est pas un texte juridiquement obligatoire et qu'il ne prévoit aucun mécanisme de mise en œuvre ou de contrôle. Il est cependant mentionné à l'article 8 de la Convention des Nations Unies contre la corruption comme modèle de code de conduite des agents publics.

iii. La Convention des Nations Unies contre la corruption

143 En 2003, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (UNCAC)⁴⁵⁴, qui est entrée en vigueur en 2005.⁴⁵⁵ L'UNCAC compte à ce jour 178 Etats parties.⁴⁵⁶ La Suisse a signé l'UNCAC en 2003 ; et celle-ci y est entrée en vigueur le 24 octobre 2009. L'UNCAC est la première convention en matière de corruption à vocation universelle et son adoption constitue ainsi une étape importante dans la lutte contre la corruption au niveau international.⁴⁵⁷ Elle est considérée comme la convention la plus importante.⁴⁵⁸ Toutefois, faute de consensus entre les Etats signataires, un nombre important de dispositions n'a pas de portée impérative.⁴⁵⁹ Enfin, le mécanisme de contrôle de la mise en œuvre de l'UNCAC a été critiqué pour son inefficacité.⁴⁶⁰

144 Les dispositions de l'UNCAC peuvent être classées en quatre grandes catégories : la prévention, l'incrimination, la coopération internationale et le recouvrement d'avoirs

⁴⁵⁰ Cf. notamment les déclarations et résolutions suivantes : UN Doc. A/RES/51/191 (16 décembre 1996) ; UN Doc. A/RES/52/87 (12 décembre 1997) ; UN Doc. A/RES/53/176 (15 décembre 1998) et UN Doc. A/RES/54/128 (17 décembre 1999).

⁴⁵¹ UN Doc. A/RES/51/59 (12 décembre 1996).

⁴⁵² UN Doc. A/RES/51/59, considérants introductifs.

⁴⁵³ En français, le terme « récusation » est communément utilisé à ce propos ; « disqualification » semble être une traduction littérale de l'anglais.

⁴⁵⁴ Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, RS 0.311.56.

⁴⁵⁵ Cf. pour la procédure d'élaboration notamment FF 2007 6938 et JAGGY, Convention, p. 47 ss.

⁴⁵⁶ Cf. pour la liste actuelle, treaties.un.org > Status of Treaties.

⁴⁵⁷ BOERSMA, Corruption, p. 93 ; CANDRIAN, UNO-Konvention, p. 19 ; CASSANI, Lutte, p. 38.

⁴⁵⁸ TERRACINO, Framework, p. 51.

⁴⁵⁹ BOERSMA, Corruption, p. 93. P. ex. les articles 21 s. sur la corruption dans le secteur privé.

⁴⁶⁰ Cf. à propos du mécanisme d'examen, JOUTSEN, UNCAC, p. 311 ss ; BOERSMA, Corruption, p. 97 ; TERRACINO, Framework, p. 309 ; Rapport GTID Corruption 2018, p. 12 s.

acquis illicitement. Dans le cadre du présent travail, nous nous intéressons aux mesures de prévention de la corruption qui se trouvent aux articles 5 à 14. De manière générale, l'UNCAC oblige les Etats parties à élaborer des « politiques de prévention de la corruption efficaces et coordonnées qui favorisent la participation de la société et reflètent les principes de l'Etat de droit, de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'intégrité, de transparence et de responsabilité »⁴⁶¹. Les Etats sont en outre tenus de créer un ou plusieurs organes de prévention de la corruption ou de charger un organe existant de cette tâche.⁴⁶² La Convention exige également un droit du personnel efficace, transparent et équitable et permettant aux agents publics de suivre des programmes d'éducation et de formation qui les sensibilisent aux risques de corruption. Selon l'art. 7 ch. 4 UNCAC, « chaque Etat Partie s'efforce [...] d'adopter, de maintenir et de renforcer des systèmes qui favorisent la transparence et préviennent les conflits d'intérêts ». De plus, l'article 8 ch. 1 UNCAC prévoit que « chaque Etat Partie encourage notamment l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité chez ses agents publics » et s'efforce d'appliquer des codes de conduite des agents publics. Enfin, les Etats parties sont également tenus de prendre les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics (art. 9), pour accroître la transparence de leurs administrations publiques (art. 10) et pour favoriser la participation active de personnes et de groupes appartenant à la société civile ou à des organisations non gouvernementales à la prévention de la corruption (art. 13).

4. Appréciation

Nous pouvons constater à ce stade que les instruments internationaux en matière d'intégrité de l'administration publique ne sont pas formulés de manière très précise. Les conventions et les recommandations ne contiennent en outre que peu de dispositions obligatoires pour les Etats parties. Ces actes fixent tout au plus un standard minimal. Cela est dû, entre autres, au fait qu'il n'y a pas de modèle idéal dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique ; les mesures à adopter dépendent de l'ordre juridique concerné.

145

L'absence d'obligations concrètes dans les recommandations et conventions ménage ainsi une marge de manœuvre étendue aux mécanismes de mise en œuvre des actes internationaux de droit dur et de droit souple, et, avant tout, aux évaluations individuelles des pays par le GRECO. Lors des cycles d'évaluations, les experts du GRECO chargés d'examiner la législation et la pratique d'un pays bénéficient souvent d'une grande liberté dans l'interprétation des dispositions pertinentes. Les évaluations et les rapports qui en ressortent concrétisent le standard minimal international. En tant que tels, ils ont une influence majeure - qui va au-delà de celle des instruments juridiques - sur les pays évalués, dont la Suisse.

146

Au vu de ce qui précède, il conviendrait à notre avis d'encadrer davantage les mécanismes de mise en œuvre et de contrôle instaurés par les différentes organisations in-

147

⁴⁶¹ Art. 5 ch. 1 UNCAC.

⁴⁶² Art. 6 UNCAC.

ternationales. Ces derniers devraient être conformes aux principes procéduraux globaux, notamment pour prévenir les risques de corruption et contribuer à la légitimité de ces processus.⁴⁶³ En effet, les risques concernant l'intégrité existent également sur le plan international.

II. Le cadre constitutionnel de l'intégrité de l'administration publique

148 Le concept d'intégrité tel que nous l'entendons dans le présent travail n'a pas de base constitutionnelle expresse au niveau fédéral. Toutefois, la Constitution fédérale contient plusieurs autres dispositions à ce sujet. Nous énumérerons d'abord les principes constitutionnels et droits fondamentaux importants (1.) et identifierons ensuite les autres dispositions constitutionnelles pertinentes dans ce domaine (2.). Enfin, avant de tirer une conclusion intermédiaire (4.), nous traiterons brièvement le cadre constitutionnel cantonal (3.).

1. Les principes constitutionnels et les droits fondamentaux pertinents

149 Parmi les principes constitutionnels et les droits fondamentaux pertinents s'agissant de l'intégrité de l'administration publique, il convient de mentionner tout d'abord les *principes de l'Etat de droit* prévus explicitement à l'article 5 Cst., à savoir le principe de la *légalité*, les principes de *l'intérêt public* et de la *proportionnalité*, le principe de *bonne foi* ainsi que le principe selon lequel la Confédération et les cantons respectent le droit international. Cette liste est complétée par le principe de *l'égalité de traitement*, prévu à l'article 8 Cst., et par le principe de *l'interdiction de l'arbitraire*, fixé à l'article 9 Cst. Enfin, il convient de mentionner deux principes non expressément consacrés par la Constitution fédérale, mais pertinents pour le domaine de l'intégrité de l'administration publique : le principe de la *séparation des pouvoirs* et le *principe démocratique*.

150 Parmi les droits fondamentaux, on peut mentionner notamment la *liberté d'expression* prévue à l'article 16 Cst., dont découlent entre autres la législation sur l'alerte éthique ainsi que celle sur la transparence de l'administration publique, et les *garanties générales de procédure* consacrées à l'article 29 Cst. L'alinéa premier de cet article garantit à toute personne un procès équitable dans les procédures administratives.

151 Enfin, il convient de mentionner l'article 35 Cst., qui dispose que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique et qui oblige quiconque assume une tâche de l'Etat à respecter les droits fondamentaux.

2. Les autres dispositions constitutionnelles

152 Parmi les autres dispositions constitutionnelles pertinentes en matière d'intégrité de l'administration publique, il convient de mentionner l'article 144 Cst., corollaire du

⁴⁶³ Cf. HÄNNI D., GRECO, ch. 3 ss.

principe de la séparation des pouvoirs, qui prévoit des *règles sur les incompatibilités* pour les membres du Conseil fédéral. Selon l'alinéa 3 de cette disposition, le législateur peut prévoir d'autres incompatibilités. L'article 144 Cst. est la seule disposition constitutionnelle directement applicable en matière d'intégrité de l'administration publique ; nous l'analyserons plus en détail ci-dessous.⁴⁶⁴

Il convient également de mentionner les dispositions constitutionnelles qui servent de fondement à la législation sur la fonction publique, l'organisation des autorités et la procédure devant celles-ci. Les compétences sont partagées entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Alors que l'Assemblée fédérale doit édicter les dispositions fondamentales relatives à *l'organisation et à la procédure devant les autorités fédérales* dans une loi au sens formel (art. 164 al. 1 let. g Cst.), le Conseil fédéral est chargé de leur mise en œuvre. La Constitution fédérale contient en outre plusieurs articles sur *le rôle, la composition et l'élection du Conseil fédéral*, autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération (art. 174 ss Cst.). Un seul article traite de l'administration fédérale : conformément à l'article 178 Cst., le Conseil fédéral est chargé de *diriger l'administration fédérale* et d'en assurer une *organisation rationnelle*.

153

Enfin, l'article 180 Cst. stipule que le Conseil fédéral mène une politique gouvernementale, tout en informant le public sur son activité. Il est également compétent pour veiller à *la mise en œuvre de la législation*, entre autres en édictant lui-même des règles de droit sous forme d'ordonnances (art. 182 Cst.), pour veiller à une *gestion financière correcte* (art. 183 Cst.), *surveiller l'administration* et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération (art. 187 al. 1 let. a Cst.) ainsi que procéder aux nominations et élections qui ne relèvent pas d'une autre autorité (art. 187 al. 1 let. c Cst.).

154

3. Le cadre constitutionnel au niveau cantonal

A l'instar de la Constitution fédérale, la plupart des constitutions cantonales contiennent les principes constitutionnels et les droits fondamentaux susmentionnés. De même, elles contiennent des dispositions quant à l'organisation du pouvoir exécutif et aux compétences en matière de fonction publique et d'organisation de l'administration. Nous verrons par ailleurs que les constitutions cantonales contiennent généralement plus de dispositions en matière d'intégrité que la Constitution fédérale, notamment en ce qui concerne les règles sur les incompatibilités, la réglementation des activités accessoires, les règles sur la déclaration d'intérêts ou encore le devoir de récusation.⁴⁶⁵

155

4. Conclusion intermédiaire : une exigence constitutionnelle d'intégrité

Nous retenons pour l'instant qu'il découle des dispositions pertinentes de la Constitution fédérale une exigence constitutionnelle d'intégrité pour l'administration pu-

156

⁴⁶⁴ Cf. ci-dessous N 297 ss.

⁴⁶⁵ Cf. les sections sur le droit cantonal dans les chapitres suivants.

blique. Nous nous référerons à cette exigence constitutionnelle dans les chapitres suivants et mettrons notamment en évidence les cas dans lesquels cette exigence n'est pas respectée. Nous nous pencherons dans la troisième partie de la présente étude sur la question de savoir si l'intégrité constitue non seulement une exigence constitutionnelle mais également un principe constitutionnel.⁴⁶⁶

III. Le cadre infra-constitutionnel de l'intégrité de l'administration publique

157 Dans ce qui suit, nous retracerons en premier lieu le développement de la législation fédérale en matière d'intégrité au cours des dernières décennies (1.). Nous proposons ensuite une vue d'ensemble des actes législatifs et réglementaires pertinents (2.).

1. Le développement de la réglementation en matière d'intégrité

158 En parallèle du développement de la réglementation internationale qui a débuté dans les années 1990, les autorités fédérales se sont également saisies de cette problématique.⁴⁶⁷ Elles se sont d'abord montrées réticentes à l'égard des mesures de promotion de l'intégrité, estimant notamment que ces dernières n'étaient pas nécessaires en Suisse ; au cours des dernières années, elles ont cependant introduit plusieurs nouveautés, tant au niveau légal que réglementaire. Le développement de la réglementation en matière d'intégrité peut être subdivisé en trois phases.

⁴⁶⁶ Cf. ci-dessous N 977 ss.

⁴⁶⁷ Le nombre d'interventions parlementaires déposées à ce sujet au cours des dernières décennies est également une preuve de l'intérêt porté à cette matière. Voici une liste non-exhaustive d'objets parlementaires : 96.3347 (Postulat, « Marchés publics et corruption. Action préventive ») ; 96.3457 (Motion, « Cas de corruption. Conséquences législatives ») ; 99.3388 (Postulat, « Prévention de la corruption ») ; 03.3212 (Motion, « Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption ») ; 03.3344 (Motion, « Mesures de protection des "whistleblowers" ») ; 05.3627 (Interpellation, « Section sida de l'OFSP. Soupçon de partialité ») ; 08.3488 (Interpellation, « Ethique dans l'administration fédérale ») ; 08.3647 (Motion, « Lutte contre la corruption. Interdire le pantouflage ») ; 08.3698 (Interpellation, « Sauvegarde des intérêts de l'employeur ») ; 09.3286 (Motion, « Whistleblowing. Création d'un service approprié pour le personnel de la Confédération ») ; 10.3896 (Motion, « Pas de pantouflage pour les anciens conseillers fédéraux ») ; 10.511 (Initiative parlementaire, « Anciens conseillers fédéraux. Pas de pantouflage avant un certain délai ») ; 10.517 (Initiative parlementaire, « Anciens conseillers fédéraux. Délai d'attente avant de pantoufler ») ; 12.3114 (Postulat, « Droit fédéral. Conflits d'intérêts et solution ») ; 13.4040 (Motion, « Egalité de traitement concernant la publication des liens d'intérêts ») ; 14.1110 (Question, « Directions des EPF et mandats accessoires ») ; 14.3208 (Postulat, « Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics ») ; 14.3621 (Motion, « Publication et contrôle obligatoire des activités et fonctions exercées à titre accessoire par les cadres des EPF et de leurs participations dans des entreprises ») ; 14.4102 (Interpellation, « Quelle indépendance pour l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire ? ») ; 14.5660 (Question, « Présidence de l'EPFL et du Conseil de surveillance du Novartis Venture Funds ») ; 16.3572 (Interpellation, « OFROU et route du col du Simplon ») ; 17.4127 (Motion, « Transparence dans l'administration ») ; 17.3304 (Interpellation, « Infiltration de la mafia dans les marchés publics. Comment la contrer ? ») ; 17.3455 (Motion, « Rendre publics les liens d'intérêts des juges et des procureurs ») ; 17.4154 (Interpellation, « Commandes passées à des entreprises liées à des parlementaires »), 18.3034 (Interpellation urgente, « Entreprises de service public. Absence de transparence, manque de distance et mauvaise gestion dus à des magouilles ? ») ; 18.3706 (Interpellation, « Faire la transparence sur les liens d'intérêt et appartenances à des associations des conseillers fédéraux et des candidats au Conseil fédéral »).

a) *La prise de conscience et l'adaptation du droit pénal (1995 – 2006)*

Les autorités fédérales ont commencé à s'intéresser à la problématique de la corruption au milieu des années 1990, à la suite de la révélation de plusieurs cas de corruption⁴⁶⁸, de la réalisation d'une enquête auprès des départements fédéraux⁴⁶⁹, ainsi qu'en réponse aux développements internationaux dans ce domaine. Des rapports du Contrôle fédéral des finances (CDF) de 1995⁴⁷⁰, d'un groupe de travail du Département fédéral de justice et police (DFJP) de 1996⁴⁷¹ ainsi que du Service de contrôle administratif du Conseil fédéral (CCF) de 1998⁴⁷² ont amené le Conseil fédéral à prendre différentes mesures de prévention de la corruption. Il a notamment adopté un code de comportement pour les agents publics fédéraux en 2000.

159

La Commission de gestion du Conseil national a mené, quant à elle, une étude sur le cadre légal des occupations accessoires des fonctionnaires et sur les activités professionnelles d'anciens fonctionnaires. Dans son rapport du 12 mars 1999, elle a adressé douze recommandations au Conseil fédéral, notamment sur la gestion des conflits d'intérêts et sur l'introduction de mesures favorisant des comportements éthiques au sein de l'administration fédérale.⁴⁷³

160

La Commission de gestion du Conseil national avait auparavant mandaté l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) en vue de la rédaction d'un rapport sur l'éthique dans le service public. Selon ce rapport, les mesures d'éthique viseraient « à empêcher des délits de fonction devenus de plus en plus nombreux »⁴⁷⁴ et à rétablir la confiance du public dans l'administration, car celle-ci était en recul.⁴⁷⁵

En 2003, en réponse à un postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil national⁴⁷⁶, le Conseil fédéral a publié un rapport sur la prévention de la corruption. Celui-ci traite des différentes mesures prises depuis les rapports des années 1990 concernant notamment l'acceptation d'avantages, les occupations accessoires des employés de la Confédération, les services de contrôle internes, les cours de formation continue, l'alerte éthique (whistleblowing) et l'adoption d'un code de comportement. Le Conseil fédéral conclut que les exigences du postulat sont remplies, tout en constatant que la

161

⁴⁶⁸ JANETT, *Ethique*, N 1.

⁴⁶⁹ Cf. la mention dans le Rapport sur les occupations accessoires, FF 1999 9060.

⁴⁷⁰ Rapport du 22 mars 1996 sur l'activité du Contrôle fédéral des finances en 1995, destiné à la Délégation des finances des Chambres fédérales et au Conseil fédéral, FF 1996 II 1215.

⁴⁷¹ Rapport final du groupe de travail « Contrôles de sécurité et corruption » du Département fédéral de justice et police, Berne, octobre 1996. Selon ce rapport, l'ampleur de la corruption au sein de l'Administration fédérale n'est pas alarmante ; le groupe de travail propose néanmoins l'introduction de mesures préventives, cf. FF 2000 41 (Rapport sur l'éthique).

⁴⁷² Rapport du CCF au Conseil fédéral du 26 mars 1998 intitulé « Risques de corruption et mesures de sécurité au sein de l'Administration fédérale ». Le rapport n'a pas été publié, mais est consultable sur requête auprès des Archives fédérales suisses. Dans le rapport, le CCF prévoit « plutôt une augmentation des risques de corruption au sein de l'administration » (FF 2000 42, Rapport sur l'éthique).

⁴⁷³ FF 1999 9056 ss (Rapport sur les occupations accessoires).

⁴⁷⁴ FF 2000 31 (Rapport sur l'éthique).

⁴⁷⁵ FF 2000 34 s. (Rapport sur l'éthique).

⁴⁷⁶ Postulat 99.3388 « Prévention de la corruption » de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 juin 1999.

politique de « la prévention de la corruption ne saurait prévenir totalement [la corruption] »⁴⁷⁷ et que des contrôles excessifs « pourraient compromettre l'efficacité de l'administration et nuire au climat de confiance »⁴⁷⁸.

162 En 2004, l'Assemblée fédérale a adopté une législation sur la transparence au sein de l'administration qui vise entre autres à renforcer le caractère démocratique des institutions publiques et la confiance des citoyens dans les autorités ainsi qu'à rendre le travail de l'administration plus efficace.⁴⁷⁹ Le but de la promotion de l'intégrité n'est pas explicitement mentionné ; c'est pourtant l'un des objectifs essentiels de la législation sur la transparence.⁴⁸⁰

163 En parallèle, voire en léger décalage avec la prise de conscience de la problématique de l'intégrité de l'administration publique, les dispositions pénales relatives à la corruption au sens large ont été révisées deux fois entre 2000 et 2006. Ces révisions du *Code pénal suisse* étaient en effet nécessaires en vue de l'adhésion de la Suisse aux conventions sur la corruption de l'OCDE et du Conseil de l'Europe.

La première révision, entrée en vigueur en mai 2000, a introduit notamment les articles 322^{quinquies} (octroi d'un avantage) et 322^{sexies} (acceptation d'un avantage) qui couvrent les infractions appelées « alimentation progressive » et « entretien du climat ».⁴⁸¹ C'est par ailleurs également à partir de ce moment-là qu'il a été interdit de déduire les pots-de-vin et les commissions occultes du revenu imposable.⁴⁸² Lors de la deuxième révision, entrée en vigueur en juillet 2006, la corruption passive dans le secteur privé ainsi que la corruption passive de fonctionnaires étrangers et internationaux ont été ajoutées au catalogue des infractions pénales.⁴⁸³

164 En conclusion, à partir du milieu des années 1990, les autorités fédérales ont pris conscience des enjeux liés à la problématique de l'intégrité de l'administration publique. On peut cependant constater que les autorités fédérales, et notamment le Conseil fédéral, étaient réticentes à introduire des mesures administratives trop incisives – à l'exception notamment de la législation sur la transparence ; selon l'opinion prédominante, les irrégularités au sein de l'administration publique fédérale constituaient des exceptions et ne pouvaient pas être mises en rapport avec la transformation du secteur public. En revanche, le droit pénal de la corruption a été adapté aux standards internationaux en matière de lutte contre la corruption.

⁴⁷⁷ FF 2003 4658 (Rapport sur la prévention de la corruption).

⁴⁷⁸ FF 2003 4658 (Rapport sur la prévention de la corruption).

⁴⁷⁹ FF 2003 1819 (Message LTrans).

⁴⁸⁰ Cf. FLÜCKIGER/MINETTO, Communication, p. 575, et FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 73.

⁴⁸¹ FF 2003 4650 s. (Rapport sur la prévention de la corruption).

⁴⁸² RO 2000 2147.

⁴⁸³ FF 2004 6549 (Message Convention pénale).

b) *La pression du GRECO (2008 – 2010)*

En adhérant à la *Convention pénale* du Conseil de l'Europe, la Suisse est également devenue membre du GRECO, en 2006.⁴⁸⁴ Les experts du GRECO ont évalué l'ordre juridique suisse pour la première fois en 2008, notamment au regard des organes nationaux chargés de prévenir et combattre la corruption et des mesures de prévention de la corruption au sein de l'administration publique. Dans son rapport sur les premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints du 4 avril 2008, le GRECO a reconnu que la Suisse avait fait des efforts en matière de prévention et de répression de la corruption depuis l'an 2000, mais il a constaté qu'il restait encore des lacunes dans le système suisse.⁴⁸⁵ Ainsi, il a invité la Confédération à renforcer l'offre de formation sur les thèmes de l'éthique, de la corruption et de la prévention, à améliorer la gestion des conflits d'intérêts et à réglementer le pantouflage, à préciser les règles en matière de dons et cadeaux pour tous les agents publics, à renforcer la sensibilisation aux codes d'éthique et leur importance en pratique, à adopter un cadre normatif destiné à obliger les agents publics à signaler les soupçons de corruption et à protéger efficacement les personnes qui signalent de tels soupçons.⁴⁸⁶ De plus, il a recommandé à la Confédération d'inviter les cantons à suivre ces mêmes recommandations au niveau cantonal et à envisager l'assujettissement des administrations cantonales et municipales à des organes d'audit ou de contrôle des finances suffisamment indépendants et pourvus de moyens adéquats.⁴⁸⁷

165

En réponse au rapport du GRECO, le Conseil fédéral a pris en septembre 2008 plusieurs mesures visant à mettre en œuvre les recommandations contenues dans le rapport. Il a tout d'abord décidé de donner au groupe consultatif sur la corruption le statut de groupe de travail interdépartemental (GTID Corruption) muni d'un mandat formel.⁴⁸⁸ Il a ensuite chargé le Département fédéral des finances (DFF) de sensibiliser le personnel de la Confédération à la prévention de la corruption et de préciser les règles concernant l'acceptation de cadeaux. En outre, il a révisé l'*Ordonnance sur le personnel de la Confédération* (OPers)⁴⁸⁹ pour adapter les dispositions sur les activités accessoires des fonctionnaires ainsi que pour introduire une disposition concernant le pantouflage.⁴⁹⁰ Enfin, il a mis en consultation un avant-projet de loi sur la protection des lanceurs d'alerte, qui a conduit, en 2010, à l'adoption par les Chambres fédérales du nouvel article 22a de la *Loi sur le personnel de la Confédération de 2000* (LPers)⁴⁹¹ ; cet article prévoit à la fois une obligation de dénoncer et des mesures de protection des lanceurs

166

⁴⁸⁴ Cf., pour le GRECO, ci-dessus N 135 ss.

⁴⁸⁵ Cf. GRECO, Rapport d'Évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'Évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 184 ss.

⁴⁸⁶ Cf. GRECO, Rapport d'Évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'Évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 184 ss.

⁴⁸⁷ Cf. GRECO, Rapport d'Évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'Évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 188.

⁴⁸⁸ Communiqué de presse du DFJP du 3 septembre 2008 (« Le GRECO recommande de nouvelles mesures de lutte contre la corruption »), disponible sous www.bj.admin.ch > Corruption.

⁴⁸⁹ RS 172.220.111.3.

⁴⁹⁰ RO 2009 6417. Les modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

⁴⁹¹ RS 172.220.1.

d'alerte. Dans son rapport de conformité de 2010, le GRECO s'est montré satisfait des efforts entrepris par la Confédération.⁴⁹²

Notons que la pression exercée par le GRECO sur la Suisse concerne également d'autres domaines. Dans le cadre du troisième cycle d'évaluation, le GRECO a notamment recommandé à la Suisse d'incriminer le trafic d'influence et la corruption privée.⁴⁹³ Il a en outre fortement critiqué l'absence, au niveau fédéral et dans la quasi-totalité des cantons, de règles relatives à la transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales.⁴⁹⁴ Dans le cadre du quatrième cycle d'évaluation, le GRECO a en outre recommandé à la Suisse d'introduire des règles de comportement pour les membres du parlement, les juges et les procureurs et de sensibiliser ces derniers à la problématique de l'intégrité.⁴⁹⁵

c) *Les développements ultérieurs (à partir de 2011)*

- 167 Depuis la mise en œuvre des recommandations du GRECO, les autorités fédérales ont introduit plusieurs autres mesures de prévention de la corruption. Citons en particulier la révision de la section sur les règles de comportement de l'OPers de 2012, entreprise par le Conseil fédéral à la suite de l'affaire de l'ancien président de la Banque nationale suisse révélée au début de l'année 2012.⁴⁹⁶ Cette révision a apporté des modifications à la quasi-totalité des règles de comportement applicables au personnel fédéral. En 2016, le Conseil fédéral a par ailleurs introduit des règles concernant le pantouflage. Enfin, d'autres nouveautés concernent l'alerte éthique, la formation éthique ou encore les déclarations d'intérêts pour certaines catégories du personnel.
- 168 La problématique de l'intégrité de l'administration publique a également été mentionnée dans plusieurs rapports officiels de ces dernières années. En 2014, en réponse à un postulat⁴⁹⁷, le Conseil fédéral a publié un rapport sur les possibilités de légiférer au niveau fédéral dans le domaine des conflits d'intérêts.⁴⁹⁸ Le Conseil fédéral y conclut que le niveau du droit fédéral en vigueur dans le domaine des conflits d'intérêts est satisfaisant et il précise qu'il entend poursuivre ses efforts sur la voie empruntée jusqu'alors, « à savoir compléter ponctuellement le droit existant et les instruments

⁴⁹² GRECO, Rapport de Conformité sur la Suisse du 26 mars 2010, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints (Greco RC-I/II (2009) 2F), N 46 ss.

⁴⁹³ GRECO, Rapport d'Evaluation sur la Suisse du 21 octobre 2011. Incriminations (Thème I), Troisième Cycle d'Evaluation (Greco Eval III Rep (2011) 4F Thème I). Lors de la ratification de la Convention pénale, la Suisse avait formulé une réserve concernant l'incrimination du trafic d'influence, réserve qu'elle a renouvelée en 2009, 2012 et 2015, chaque fois pour une période de trois ans, cf. coe.int/fr/web/conventions/home > Convention pénale sur la corruption > Réserves et déclarations.

⁴⁹⁴ GRECO, Rapport d'Evaluation sur la Suisse du 21 octobre 2011. Transparence du Financement des Partis Politiques (Thème II), Troisième Cycle d'Evaluation (Greco Eval III Rep (2011) 4F Thème II). Dans un rapport de conformité de 2013, le GRECO note que les recommandations relatives à la transparence du financement des partis n'ont pas été mises en œuvre. Voir à ce sujet GNÄGI, GRECO, p. 504 ss. Dans plusieurs rapports intérimaires de conformité, le GRECO a en outre réitéré les critiques concernant le financement des partis.

⁴⁹⁵ GRECO, Rapport d'Evaluation sur la Suisse du 2 décembre 2016. Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs. Quatrième cycle d'évaluation (GRECO Eval IV Rep (2016) 5).

⁴⁹⁶ Pour les détails de l'affaire Hildebrand, cf. ci-dessous N 467.

⁴⁹⁷ Postulat 12.3114 du 8 mars 2012, « Droit fédéral. Conflits d'intérêts et solutions », déposé par Luc Recordon.

⁴⁹⁸ FF 2015 1193 ss (Rapport conflits d'intérêts).

nécessaires à son exécution, là où cela apparaît nécessaire et judicieux »⁴⁹⁹. La problématique des conflits d'intérêts a également été abordée dans d'autres rapports, notamment dans ceux portant sur les mandats confiés à des experts privés⁵⁰⁰, sur les collaborateurs externes de l'administration fédérale⁵⁰¹ ou sur la garantie de l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée⁵⁰².

2. La législation fédérale pertinente en matière d'intégrité

Le droit fédéral pertinent en matière d'intégrité de l'administration publique peut être classé en quatre catégories : la législation sur la fonction publique, la législation en matière de transparence administrative, la législation sur l'organisation de l'administration et la législation sur l'organisation des diverses autorités ayant des compétences dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique.

La législation sur la fonction publique fédérale se compose de plusieurs textes. Il convient de mentionner tout d'abord les deux actes centraux, la *Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000* (LPers)⁵⁰³ et l'*Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001* (OPers)⁵⁰⁴. Des dispositions importantes sur la fonction publique figurent également dans la *Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997* (LOGA)⁵⁰⁵ et l'*Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998* (OLOGA)⁵⁰⁶. Quant aux règles sur le personnel des entités décentralisées de l'administration, elles se trouvent souvent dans la législation spéciale dédiée à celles-ci.⁵⁰⁷ Mentionnons également les dispositions concernant le droit privé du travail contenu dans le *Code des obligations du 30 mars 1911* (CO)⁵⁰⁸. Enfin, des règles importantes en matière d'intégrité de l'administration publique sont prévues

⁴⁹⁹ FF 2015 1251 (Rapport conflits d'intérêts).

⁵⁰⁰ Rapport du Conseil fédéral élaboré en réponse au postulat Häberli-Koller (09.4011) relatif aux mandats attribués par l'administration fédérale à des experts externes (« Faire la lumière sur les mandats d'étude ou de conseil confiés par la Confédération à des experts privés ») du 30 octobre 2013.

⁵⁰¹ Cf. le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats sur les collaborateurs externes de l'administration fédérales du 7 octobre 2014 (FF 2015 3311), le rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil des Etats (FF 2015 3329), l'avis du Conseil fédéral sur ce dernier rapport du 28 janvier 2015 (FF 2015 3381), l'avis de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 23 juin 2015 (FF 2015 3731) et la prise de position de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 10 novembre 2015 par rapport à l'avis du Conseil fédéral du 12 août 2015 (FF 2016 49).

⁵⁰² Cf. le rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil des Etats, « Evaluation concernant l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration », du 2 février 2015 (FF 2016 1561, Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée), le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats sur ce même sujet du 6 octobre 2015 (FF 2016 1549), l'avis du Conseil fédéral du 18 décembre 2015 sur ce dernier rapport (FF 2016 1603) ainsi que le deuxième rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (FF 2017 4213).

⁵⁰³ RS 172.220.1.

⁵⁰⁴ RS 172.220.111.3.

⁵⁰⁵ RS 172.010.

⁵⁰⁶ RS 172.010.1.

⁵⁰⁷ Les règles se trouvent souvent dans des ordonnances soit adoptées soit approuvées par le Conseil fédéral ou dans des codes de conduite adoptés par les entités décentralisées elles-mêmes. Cf. ci-dessous notamment N 188.

⁵⁰⁸ *Loi fédérale complétant le Code civil suisse* (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

dans de nombreux codes de comportement, notamment le *Code de comportement du personnel de l'administration fédérale visant à prévenir les conflits d'intérêts et l'utilisation abusive d'informations non rendues publiques du 15 août 2012* (Code de comportement de l'administration fédérale)⁵⁰⁹ et l'*Aide-mémoire à l'intention des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération du 5 novembre 2014* (Aide-mémoire CF)⁵¹⁰.

- 171 La législation en matière de transparence administrative est essentiellement contenue dans la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (LTrans)⁵¹¹ et l'Ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration du 24 mai 2006 (OTrans)⁵¹².
- 172 Les dispositions pertinentes sur l'organisation générale de l'administration fédérale ainsi que sur les éventuelles mesures d'organisation interne se trouvent dans la LOGA et l'OLOGA, citées ci-dessus.
- 173 Enfin, parmi les législations spéciales sur les autorités ayant des compétences de mise en œuvre dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique, citons notamment la *Loi fédérale sur le Contrôle fédéral des finances du 28 juin 1967* (LCF)⁵¹³ ainsi que la LTrans, citée ci-dessus.

IV. Synthèse

- 174 Nous avons montré dans ce chapitre que les organisations internationales, notamment l'OCDE, le Conseil de l'Europe et les Nations Unies, ont adopté un grand nombre de traités, de recommandations et de résolutions en matière d'intégrité de l'administration publique au cours des trois dernières décennies. La problématique a d'abord été traitée dans le cadre de la lutte internationale contre la corruption et est aujourd'hui également associée au mouvement de la bonne administration.
- 175 De même, les autorités fédérales ont introduit de nombreuses mesures de prévention de la corruption, en particulier au cours de la dernière décennie. Les modifications de la législation sont intervenues au niveau de la loi au sens formel ou de l'ordonnance. En revanche, le cadre constitutionnel n'a pas été modifié. Ce dernier contient cependant un certain nombre de principes, de droits fondamentaux et d'autres dispositions pertinentes pour l'intégrité de l'administration publique. Nous reviendrons sur le cadre constitutionnel et l'éventuelle reconnaissance d'un principe d'intégrité dans notre troisième partie.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ FF 2012 7307. Cf. ci-dessous N 718 ss pour la qualification juridique du Code de comportement de l'administration fédérale.

⁵¹⁰ Cf. la version actuelle du 1^{er} avril 2016 : Aide-mémoire à l'intention des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération du 5 novembre 2014 (Aide-mémoire CF), disponible sous admin.ch > Conseil fédéral > Election du Conseil fédéral > De l'élection au retrait. Cf. ci-dessous N 715 ss pour la qualification juridique de l'Aide-mémoire CF.

⁵¹¹ RS 152.3.

⁵¹² RS 152.31.

⁵¹³ RS 614.0.

⁵¹⁴ Cf. ci-dessous N 977 ss.

L'activité législative croissante tant au niveau international qu'au niveau national nous indique que l'intégrité de l'administration publique est devenue un sujet préoccupant pour les États au 21^e siècle.

176

§ 5 L'intégrité des agents publics

« The aim of every political Constitution is or ought to be first to obtain for rulers, men who possess most wisdom to discern, and most virtue to pursue the common good of the society ; and in the next place, to take the most effectual precautions for keeping them virtuous, whilst they continue to hold their public trust. »⁵¹⁵

Dans ce chapitre, nous analyserons les règles promouvant l'intégrité des agents publics, c'est-à-dire les personnes travaillant au sein des collèges gouvernementaux ou des administrations publiques. Dans la littérature, l'ensemble de ces règles est également connu sous la dénomination d'« éthique publique », de « discipline des conflits d'intérêts » ou encore de « déontologie administrative »⁵¹⁶. 177

Après quelques remarques introductives (I.), nous traiterons de la réglementation en matière d'incompatibilités personnelles (II.), des activités accessoires (III.), de l'acceptation d'avantages (IV.), de l'utilisation induite d'informations privilégiées (V.), du pantouflage (VI.), des déclarations d'intérêts (VII.), ainsi que du devoir de récusation (VIII.). Nous concluons par une synthèse et des perspectives (IX.). 178

⁵¹⁵ MADISON JAMES, Extrait du Federalist Paper n° 57.

⁵¹⁶ Ce terme est notamment utilisé par la doctrine française, cf. p. ex. CHAMBON/GASPON, Déontologie, et MORET-BAILLY/TRUCHET, Déontologies.

I. Remarques introductives : le droit de la fonction publique

179 Les remarques introductives suivantes ont un caractère général et s'appliquent à toutes les problématiques traitées par la suite ; elles constituent une clé de lecture. Nous présenterons d'abord brièvement la systématique du droit fédéral de la fonction publique (1.). Nous traiterons ensuite, d'une part, du devoir de fidélité et des obligations d'intégrité qui en découlent pour les agents publics (2.), et, d'autre part, des droits fondamentaux qui constituent les limites de ces obligations (3.). Nous présenterons ensuite brièvement les bases de l'accès à la fonction publique (4.), avant d'indiquer la méthode que nous suivrons pour l'analyse des problématiques (5.).

1. La systématique du droit fédéral de la fonction publique

180 La plupart des règles que nous présenterons relèvent du droit de la fonction publique. Au niveau fédéral, les personnes oeuvrant au service de la Confédération ou exécutant des tâches pour cette dernière⁵¹⁷ ne sont pas soumises à un statut unique, mais à de nombreux régimes différents. La systématique présentée dans ce qui suit est schématique et ne couvre pas l'entier du domaine du droit fédéral de la fonction publique.⁵¹⁸

a) *Les membres du Conseil fédéral et la chancellerie ou le chancelier de la Confédération : une catégorie à part*

181 Il convient d'opérer une première distinction entre les membres du Conseil fédéral et le chancelier de la Confédération⁵¹⁹, d'une part, et tous les autres agents publics au service de l'administration fédérale d'autre part.

182 En effet, les membres du Conseil fédéral sont soumis, à l'instar des autres magistrats au niveau fédéral, à un rapport de service *sui generis*.⁵²⁰ Les règles de comportement qu'ils doivent suivre ne relèvent pas du droit de la fonction publique *stricto sensu* ; il n'est donc pas surprenant que les dispositions pertinentes applicables aux membres du Conseil fédéral ne se trouvent pas dans la loi générale sur la fonction publique, mais dans la Constitution, dans la LOGA et l'OLOGA ainsi que dans l'Aide-mémoire CF.

b) *Les autres agents publics : la réglementation de base et les réglementations spéciales*

183 Pour les agents publics autres que les membres du Conseil fédéral, il existe plusieurs régimes juridiques différents. Nous présenterons la réglementation de base, puis quatre catégories de réglementations spéciales.

⁵¹⁷ Cf. ci-dessus N 16 ss pour la notion d'administration publique adoptée dans la présente étude.

⁵¹⁸ Nous ne traiterons p. ex. pas spécifiquement des personnes nommées pour une durée de fonction au sens de l'art. 14 LPers ou du personnel soumis à une convention collective de travail (notamment les employés des CFF).

⁵¹⁹ Dans la suite du texte, par souci de simplification, nous ne nous référerons plus qu'aux membres du Conseil fédéral ; les mêmes règles s'appliquent en principe au chancelier ou à la chancellerie de la Confédération.

⁵²⁰ HÄNNI, Personalrecht, N 39.

i. La réglementation de base

Les règles contenues dans la LPers et l'OPers constituent la réglementation de base. Elles s'appliquent au personnel des unités de l'administration fédérale centrale, au personnel de certaines unités de l'administration fédérale décentralisée, notamment si ces dernières ne disposent pas d'un statut de personnel spécial ou n'ont pas le statut d'employeur au sens de l'article 3 LPers, ainsi qu'à quelques autres catégories de personnel.⁵²¹ 184

La réglementation de base est parfois précisée ou explicitée par une directive d'un département ou d'une unité administrative. L'article 94d OPers confère en effet aux départements et aux unités administratives une telle compétence réglementaire. Il s'ensuit que les règles applicables aux fonctionnaires peuvent différer, même au sein du groupe des agents publics soumis à la réglementation de base ; ces différences sont cependant plutôt minimales. 185

ii. Les réglementations spéciales

Il existe plusieurs catégories de réglementations spéciales. Nous nous concentrerons sur les quatre suivantes : 186

Unités décentralisées I : Les employés des unités de l'administration qui ont le statut d'employeur sont soumis à la LPers, ainsi que, le cas échéant, à une ordonnance d'exécution spéciale. Les employeurs – mentionnés directement à l'article 3 al. 1 LPers ou désignés en tant que tels par le Conseil fédéral, au sens de l'article 3 al. 2 LPers – sont habilités à édicter des dispositions d'exécution, notamment en ce qui concerne les règles de comportement.⁵²² Les règlements d'exécution sont soumis à l'approbation du Conseil fédéral et doivent respecter l'*Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération*^{523, 524} Le Conseil fédéral a désigné comme « employeurs » notamment les unités administratives décentralisées suivantes : le Conseil des Ecoles polytechniques fédérales (Conseil des EPF)⁵²⁵, la Caisse fédérale de pensions (PUBLICA)⁵²⁶, le 187

⁵²¹ Cf. les articles 2 al. 1 LPers et 1 OPers.

⁵²² Art. 37 al. 1, 3 et 3^{bis} LPers. Cette faculté est cependant soumise à certaines restrictions. Ainsi, dans l'exécution de leur pouvoir de réglementation, les employeurs sont notamment tenus de respecter les dispositions que le Conseil fédéral a édicté en sa qualité d'organe gouvernemental (cf. art. 37 al. 3 LPers). Les règles de comportement aux articles 91 ss OPers ne font pas partie des dispositions à respecter. Au sujet des autorités considérées comme employeurs, cf. HÄNNI, Personalrecht, N 44 ss.

⁵²³ RS 172.220.11.

⁵²⁴ Cf. l'art. 37 al. 3^{bis} LPers.

⁵²⁵ Cf. notamment l'Ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales du 15 mars 2001, adoptée par le Conseil fédéral le 25 avril 2001 (RS 172.220.113 ; OPers-EPF).

⁵²⁶ Cf. le Règlement de la Commission de la caisse PUBLICA relatif au personnel de la Caisse fédérale de pensions PUBLICA du 6 novembre 2009, approuvé par le Conseil fédéral le 16 décembre 2009 (RS 172.220.115 ; OPers-PUBLICA).

Musée national suisse (MNS)⁵²⁷, l'Institut fédéral de métrologie (METAS)⁵²⁸ et l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP)⁵²⁹.

188 *Unités décentralisées II* : Certaines unités administratives décentralisées disposent de leur propre statut du personnel de droit public. Selon l'article 2 al. 1 let. e LPers, les lois spéciales instituant les unités administratives décentralisées peuvent soumettre le personnel de ces dernières à un régime spécial de la fonction publique. Les quatre unités décentralisées suivantes disposent d'un statut du personnel de droit public distinct :⁵³⁰ l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI)⁵³¹, l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic)⁵³², l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN)⁵³³ et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)⁵³⁴.

189 *Cadres et dirigeants des entreprises et établissements publics* : Une réglementation spéciale précisant certains aspects du contrat de travail des cadres, et prévoyant en particulier des règles de comportement, existe depuis 2004. Elle est contenue d'une part à l'article 6a LPers et d'autre part dans l'*Ordonnance sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération* (OSaC)⁵³⁵.

La réglementation sur les cadres et dirigeants des entreprises et établissements publics est entrée en vigueur à la suite d'un grand débat sur le montant des rémunérations des dirigeants des entreprises détenues par la Confédération.⁵³⁶ L'inaction législative du Conseil fédéral à cet égard a poussé la Commission des institutions politiques du Conseil national à proposer d'introduire l'article 6a LPers qui charge le Conseil fédéral d'édicter des principes en la matière.

Le champ d'application de l'OSaC s'est progressivement élargi. Celle-ci s'applique désormais aux membres de la direction, aux autres membres du personnel rémunérés de

⁵²⁷ Cf. le *Règlement concernant le personnel du Musée national suisse du 18 septembre 2015*, approuvé par le Conseil fédéral le 18 novembre 2015 (RS 432.303.2 ; OPers-MNS). Il est étrange que ce règlement ne soit pas publié au RO.

⁵²⁸ Cf. l'*Ordonnance de METAS relative à son personnel du 24 octobre 2012*, approuvée par le Conseil fédéral le 21 novembre 2012 (RS 941.273 ; OPers-METAS).

⁵²⁹ Cf. l'*Ordonnance du conseil de l'IFFP sur le personnel de l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle du 10 novembre 2015*, approuvée par le Conseil fédéral le 27 janvier 2016 (RS 412.106.141 ; OPers-IFFP).

⁵³⁰ Cf. FF 2011 6194 (Message modification LPers 2011).

⁵³¹ Cf. l'*Ordonnance sur le statut du personnel de l'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle du 30 septembre 1996* (Opers-IPI), RS 172.010.321.

⁵³² Cf. l'*Ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques sur son personnel du 4 mai 2018*, approuvée par le Conseil fédéral le 21 septembre 2018 (Opers-Swissmedic), RS 812.215.4.

⁵³³ Cf. le *Règlement du personnel de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire du 17 octobre 2008*, approuvé par le Conseil fédéral le 12 novembre 2008 (Opers-IFSN), RS 732.221.

⁵³⁴ Cf. l'*Ordonnance sur le personnel de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 11 août 2008*, approuvée par le Conseil fédéral le 27 août 2008 (Opers-FINMA), RS 956.121. RS 172.220.12.

⁵³⁶ En 2002, la Commission des institutions politiques du Conseil national parlait de « hausse massive des salaires » des membres de la direction des CFF. Ces derniers, la Poste et Swisscom auraient « perdu tout sens des réalités dans la fixation des salaires de leurs dirigeants », cf. FF 2002 6975 (Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 25 avril 2002 sur l'initiative parlementaire « Entreprises liées à la Confédération. Salaires des cadres et rémunérations des membres des conseils d'administration »).

manière comparable et aux membres des organes de direction responsables de la conduite stratégique et de la surveillance de l'entreprise des CFF et des autres entreprises et établissements de la Confédération soumis à la LPers en qualité d'unités administratives décentralisées, de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), de Swissmedic, de la Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (SUVA), de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN), de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), de Pro Helvetia et de la Poste Suisse et des entreprises qu'elle contrôle.

Code des obligations : Une partie des agents publics est soumise aux règles du droit privé du travail contenues dans le Code des obligations. Tant le Conseil fédéral que les unités ayant le statut d'employeur peuvent soumettre des employés au Code des obligations.⁵³⁷ De plus, le personnel des organisations et personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration fédérale auxquelles sont confiées des tâches administratives est également soumis aux règles du CO.⁵³⁸ On citera par exemple le personnel de Pro Helvetia, de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) et, depuis peu, celui de la Poste.⁵³⁹ On notera que les principes constitutionnels prévalant dans les rapports de travail de droit public s'appliquent également lorsque le contrat de travail est soumis au droit privé.⁵⁴⁰ 190

La réglementation contenue dans le Code des obligations n'est cependant pas forcément représentative, car les parties peuvent ajouter des clauses directement dans le contrat de travail ou faire référence à un ensemble de règles à respecter, par exemple un règlement interne d'intégrité. Il convient par ailleurs de mentionner les personnes qui exécutent des tâches publiques pour la Confédération sur la base d'autres types de contrats de droit privé, notamment le contrat de mandat ;⁵⁴¹ ces personnes sont également soumises au Code des obligations. 191

iii. Les autres subdivisions opérées dans les réglementations en matière d'intégrité

Nous verrons ci-dessous que le législateur fédéral a introduit, dans plusieurs domaines, d'autres subdivisions que les catégories de personnel que nous venons d'énumérer. Ainsi, certaines dispositions faisant partie de la réglementation de base ne s'appliquent qu'aux employés participant à un processus d'achat ou de décision⁵⁴² ou qu'aux cadres de l'administration publique centrale ou à d'autres employés ayant une influence déterminante ou accès à des informations essentielles⁵⁴³. En outre, dans le 192

⁵³⁷ Art. 6 al. 5 et 6 LPers. Ces employés seront cependant quand même soumis aux articles 1 à 7 LPers, cf. HELBLING, Art. 22, N 2.

⁵³⁸ A l'exception des CFF, cf. l'art. 2 al. 2 let. d LPers.

⁵³⁹ Cf. les articles 39 al. 1 Loi fédérale sur l'encouragement de la culture (LEC, RS 442.1), 33 al. 1 Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR ; RS 221.302) et 9 al. 1 Loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse (LOP, RS 783.1). Certains disent que ce dernier exemple confirme et accentue encore la « fuite vers le droit privé du travail », cf. MAHON/ROSELLO, Réformes, p. 14.

⁵⁴⁰ ROSELLO, Influences, N 437 s., et références citées.

⁵⁴¹ Cf. notamment le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats sur les collaborateurs externes de l'administration fédérale du 7 octobre 2014 (FF 2015 3311). Il a été constaté qu'à peu près 11% des effectifs des unités analysées était constitué de collaborateurs externes.

⁵⁴² Cf. ci-dessous N 412 ss.

⁵⁴³ Cf. ci-dessous N 521 ss.

domaine du pantouflage, le législateur a édicté des normes qui ne s'appliquent qu'aux membres des conseils d'administration des établissements de la Confédération *assumant des fonctions de surveillance ou de réglementation*⁵⁴⁴. D'autres règles s'appliquent uniquement aux membres de commissions extraparlimentaires.⁵⁴⁵

193 Ajoutons qu'il n'existe pas de réglementation spéciale pour chaque catégorie d'agents publics considérée par rapport à chaque problématique analysée. Si une matière est par exemple réglementée exhaustivement dans la LPers, nous n'analyserons pas les ordonnances d'exécution des unités administratives décentralisées ayant le statut d'employeur. De même, la réglementation de base qui s'applique à l'unité en question sera déterminante, s'il n'existe aucune réglementation spéciale visant les cadres dans un certain domaine. Enfin, pour certaines problématiques, le législateur a encore créé d'autres catégories. Par conséquent, les catégories présentées sont forcément schématiques.

Dans un rapport de 2015, le Conseil fédéral a constaté que les nombreuses réglementations spéciales « entraînent une dispersion du droit du personnel qui nuit à la sécurité du droit et qui sape progressivement la fonction de coordination de la LPers »⁵⁴⁶. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette opinion au vu de la systématique complexe que nous venons de présenter.

⁵⁴⁴ Cf. ci-dessous N 533 ss.

⁵⁴⁵ Cf. ci-dessous N 583 ss.

⁵⁴⁶ FF 2015 1240 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

Le schéma suivant résume les différentes catégories que nous avons identifiées ci-dessus :

194

Tableau 1 : Les catégories du personnel en droit fédéral de la fonction publique

Catégorie	Destinataires	Réglementations applicables	Remarques
Conseil fédéral	Membres du Conseil fédéral et chancelier ou chancelière de la Confédération	Constitution, LOGA, OLOGA, Aide-mémoire CF	
Réglementation de base	Personnel de l'administration centralisée et personnel de certaines unités décentralisées	LPers, OPers, éventuellement directives	Certaines règles ne valent que pour des catégories spéciales d'agents publics.
Unités décentralisées I	Personnel d'unités décentralisées avec statut d'employeur	LPers, ordonnances d'exécution spéciales	
Unités décentralisées II	Personnel d'unités décentralisées ayant son propre statut du personnel de droit public	Lois spéciales, codes de comportement spéciaux	
Certains cadres et dirigeants	Cadres et dirigeants des entreprises et établissements publics de la Confédération	Art. 6a LPers, OSaIC, OLOGA	Règles spéciales seulement pour certaines problématiques
Code des obligations	Personnel soumis au CO	CO, contrat, éventuellement d'autres règlements	

c) *Le droit cantonal de la fonction publique*

Le droit cantonal de la fonction publique présente souvent un niveau de complexité supérieur, en raison, notamment, de nombreuses catégories de personnel qui n'existent pas au niveau fédéral comme par exemple les employés des hôpitaux ou encore les enseignants de l'école obligatoire. Il dépasserait le cadre de la présente étude d'exposer la systématique du droit cantonal de la fonction publique, ne serait-ce que brièvement. Nous nous limiterons donc à présenter, pour chaque problématique, un survol des règles de comportement en vigueur au niveau cantonal. Parfois d'esprit très créatif, ces règles sont celles que nous avons trouvées dans les constitutions cantonales,

195

dans les lois sur l'organisation de l'administration ainsi que dans la législation de base du personnel des administrations cantonales.

2. Le devoir de fidélité et les obligations d'intégrité qui en découlent

196 Après une brève présentation générale du devoir de fidélité (a), nous traiterons plus spécifiquement des obligations qui en découlent en matière d'intégrité (b).

a) *Le devoir de fidélité*

i. Historique

197 Désigné comme le « premier » devoir des fonctionnaires, le devoir de fidélité figurait déjà dans la *Loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux* (Statut fédéral)⁵⁴⁷ de 1927. Selon le Message du Conseil fédéral de 1924, le devoir de fidélité implique « l'obligation de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de l'Etat et de s'abstenir de tout ce qui leur est contraire »⁵⁴⁸ ; « toute l'activité du fonctionnaire doit s'inspirer de cette règle »⁵⁴⁹. Le Conseil fédéral précisait en outre que « le rapport de subordination de droit public domine toute la personnalité du fonctionnaire et lui impose des devoirs que le contrat de droit privé ignore »⁵⁵⁰.

198 Lors de la révision du droit de la fonction publique, le Conseil fédéral et le Conseil national souhaitaient abandonner l'ancrage légal explicite du devoir de fidélité.⁵⁵¹ Il n'aurait pas été nécessaire de faire figurer ce principe dans la LPers, étant donné que la nouvelle loi contenait un renvoi général aux règles du CO et que ce dernier mentionnait déjà le devoir de fidélité. Le Conseil des Etats a cependant proposé de maintenir sa consécration dans la LPers et le Conseil national s'est rallié à cette proposition.⁵⁵² La possibilité de renoncer à la mention du devoir de fidélité a de nouveau été discutée et rejetée lors de la révision partielle de la LPers.⁵⁵³

ii. Les bases légales

199 Le devoir de fidélité des agents publics de la Confédération repose sur plusieurs fondements légaux. Il est prévu tout d'abord à l'article 20 al. 1^{er} LPers. L'agent public est ainsi tenu « d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur ».⁵⁵⁴ Le devoir de fidélité est ensuite contenu dans les législations spéciales des unités décentralisées dotées de leur propre

⁵⁴⁷ RS 172.221.10. Le Statut fédéral a été abrogé en 2008.

⁵⁴⁸ FF 1924 III 97 (Message Statut fédéral).

⁵⁴⁹ FF 1924 III 97 (Message Statut fédéral).

⁵⁵⁰ FF 1924 III 97 (Message Statut fédéral).

⁵⁵¹ HELBLING, Art. 20, N 1 ss ; SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 55.

⁵⁵² Cf. SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 55 ss, et, pour les raisons du maintien, ci-dessous N 207.

⁵⁵³ L'abandon de la disposition ancrant le devoir de fidélité a été critiqué lors de la procédure de consultation, cf. FF 2011 6177 s. (Message modification LPers 2011).

⁵⁵⁴ Cf. SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 55 s., pour l'interprétation de l'art. 20 al. 1 LPers.

statut du personnel.⁵⁵⁵ Le devoir de fidélité est également prévu en droit privé du travail, à l'article 321a CO. Enfin, il est consacré par toutes les lois cantonales sur la fonction publique.⁵⁵⁶ Ajoutons encore que le devoir de fidélité est réputé exister même en l'absence d'une base légale expresse.⁵⁵⁷

La notion de devoir de fidélité est parfois remplacée par celle du devoir de sauvegarder les intérêts légitimes, dès lors que l'adverbe « fidèlement » n'est plus utilisé à l'article 20 al. 1^{er} LPers.⁵⁵⁸ Ce terme apparaît cependant toujours à l'article 20 al. 2 LPers, et cela dans toutes les langues. Le concept est le même, si bien que nous utiliserons l'expression « devoir de fidélité ».

200

iii. La notion, le but et le contenu

Le devoir de fidélité désigne au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral « l'ensemble des devoirs qui incombent à un fonctionnaire dans l'exercice de ses activités professionnelles et extra-professionnelles »⁵⁵⁹. Une partie de la doctrine décrit le devoir de fidélité de manière analogue, et donc comme une clause générale pour toutes les obligations de l'agent public envers l'Etat, comme l'« obligation générale de sauvegarde des intérêts »⁵⁶⁰. D'autres auteurs définissent la notion de devoir de fidélité comme une sous-catégorie du devoir général de sauvegarde des intérêts ; ils distinguent le devoir de gestion du devoir de fidélité et classent les diverses obligations qui en résultent dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.⁵⁶¹

201

⁵⁵⁵ Cf. les articles 43 OPers-Swissmedic, 39 OPers-IFSN, 38 OPers-FINMA et 26 OPers-IPI. Dans son rapport sur le gouvernement d'entreprise de 2006 (FF 2006 7799, 7835) le Conseil fédéral avait souligné l'importance d'inscrire dans ces lois le devoir de fidélité, cf. également le rapport sur les conflits d'intérêts, FF 2015 1239.

⁵⁵⁶ Cf. les bases légales des cantons de Zurich (§ 49 *Personalgesetz* ; RS/ZH 177.10), Berne (art. 55 *Loi sur le personnel*, RS/BE 153.01), Lucerne (§ 50 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/LU 51), Uri (art. 26 *Personalverordnung*, RS/UR 2.4211), Schwyz (§ 30 *Personal- und Besoldungsgesetz*, RS/SZ 145.110), Obwald (art. 33 *Staatsverwaltungsgesetz*, RS/OW 130.1), Nidwald (art. 26 *Gesetz über die kantonalen und kommunalen Behörden*, RS/NW 161.1 ; art. 42 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/NW 165.1), Glaris (art. 25 *Gesetz über das Personalwesen*, RS/GL II A/6/1), Zoug (§ 28 *Personalgesetz*, RS/ZG 154.21), Fribourg (art. 56 *Loi sur le personnel de l'Etat* ; RS/FR 122.70.1), Soleure (§ 35 *Gesetz über das Staatspersonal*, RS/SO 126.1), Bâle-Ville (§ 12 *Personalgesetz*, RS/BS 162.100), Bâle-Campagne (§ 36 *Personalgesetz*, RS/BL 150), Schaffhouse (art. 30 *Personalgesetz*, RS/SH 180.100), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 59 *Personalgesetz*, RS/AR 142.21), Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 18 *Personalverordnung*, RS/AI 172.310), Saint-Gall (art. 61 *Personalgesetz*, RS/SG 143.1), Grisons (art. 48 *Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden*, RS/GR 170.400), Argovie (§ 22 *Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts*, RS/AG 165.100), Thurgovie (§ 61 *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112), Tessin (art. 22 s. *Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti*, RS/TI 173.100), Vaud (art. 50 *Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud*, RS/VD 172.31), Valais (art. 20 *Loi sur le personnel de l'Etat du Valais* ; RS/VS 172.2), Neuchâtel (art. 15 s. *Loi sur le statut de la fonction publique*, RS/NE 152.510), Genève (art. 20 s. *Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux*, RS/GE B 5 05.01), Jura (art. 21 s. *Loi sur le personnel de l'Etat*, RS/JU 173.11).

⁵⁵⁷ HÄNNI, *Personalrecht*, N 246.

⁵⁵⁸ L'art. 22 Statut fédéral employait l'adverbe « fidèlement ». Cf., à propos de la nouvelle appellation, notamment SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 86.

⁵⁵⁹ ATF 101 Ia 172, c. 6, phrase reprise de la traduction au JdT 1977 I 162.

⁵⁶⁰ Cf. VERNIORY/WAELTI, *Réserve*, p. 811 et les références, citant notamment Tobias Jaag. Cf. aussi BELLANGER/ROY, *Evolution*, p. 468 ; HELBLING, Art. 20, N 15 ; HÄNNI, *Personalrecht*, N 246.

⁵⁶¹ RICHLI, *NPM*, p. 25 s. ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 591.

Nous nous concentrons ici sur les devoirs d'intégrité, qui peuvent être classés, selon la méthode adoptée, dans la catégorie du devoir de fidélité ou du devoir de gestion. Il n'est pour la présente étude pas nécessaire d'adhérer à l'un ou l'autre avis doctrinal. Précisons cependant que la seconde manière de présenter les choses est influencée notamment par la systématique du Statut fédéral qui distinguait entre le devoir de gestion et le devoir de fidélité. La LPers ne contient plus qu'un seul article, qui, lui, traite de la défense des intérêts légitimes.

- 202 Le but du devoir de fidélité consiste, au sens de la jurisprudence, non seulement à prévenir les comportements fautifs des agents publics, mais également à protéger la réputation de l'Etat et la confiance que portent les citoyens à l'administration publique.⁵⁶² On retrouve ici l'élément de l'apparence, essentielle pour l'intégrité de l'administration publique.⁵⁶³ Ainsi, les comportements des agents publics qui, sans effectivement léser les intérêts de la Confédération, mettent ces derniers en danger, constituent déjà une violation du devoir de fidélité.⁵⁶⁴
- 203 Le contenu du devoir de fidélité, c'est-à-dire les différentes obligations qui en découlent, ne ressort pas directement des bases légales qui le consacrent. Certaines obligations sont inscrites expressément dans d'autres dispositions légales – par exemple les articles 21, 22, 22a et 23 LPers –, alors que d'autres ne se trouvent que dans des lois au sens matériel, ou sont simplement concrétisées par la jurisprudence.⁵⁶⁵ Nous nous contenterons ici d'analyser les obligations découlant du devoir de fidélité qui font partie du devoir d'intégrité.⁵⁶⁶
- 204 L'étendue du devoir de fidélité n'est pas la même pour tous les agents publics ; elle doit être déterminée pour chaque personne et chaque rapport de travail.⁵⁶⁷ Elle dépend de la place de l'agent public dans son service ainsi que des fonctions que ce dernier est tenu d'exercer.⁵⁶⁸ Ainsi, si l'employé en question est un cadre, l'étendue de son devoir de fidélité sera plus grande que s'il s'agit d'un agent subordonné.⁵⁶⁹ Cette gradation vaut également lorsque certains aspects du devoir de fidélité ont été concrétisés par une loi s'appliquant tant aux cadres qu'aux agents subordonnés ; il conviendra, le cas échéant, d'interpréter la règle de manière plus stricte dans les cas concernant les cadres.⁵⁷⁰

⁵⁶² Cf. notamment l'ATF 83 I 298, c. 5, et les arrêts du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 5.2 ; du 11 novembre 2014, A-969/2014, c. 5.2.2 ; et du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.3.

⁵⁶³ Cf. ci-dessus N 28 ss.

⁵⁶⁴ Arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.3.

⁵⁶⁵ Pour une énumération des différentes obligations, cf. p. ex. VERNIORY/WAELTI, Réserve, p. 812 ss. Pour une classification de ces obligations dans des obligations de faire et des obligations de ne pas faire, cf. HELBLING, Art. 20, N 22 ss.

⁵⁶⁶ Cf. ci-dessous N 210.

⁵⁶⁷ Arrêt du TF du 26 juin 2014, 8C_146/2014, c. 5.5.

⁵⁶⁸ Cf. p. ex. les arrêts du TAF du 11 décembre 2015, A-5420/2015, c. 3.3.2 ; du 11 novembre 2014, A-969/2014, c. 5.2.2, et du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 5.2. Selon une partie de la doctrine, le devoir de fidélité serait également plus important si la relation personnelle entre l'employé et l'employeur est plus intense, cf. HELBLING, Art. 20, N 21.

⁵⁶⁹ Cf. les arrêts du TAF du 11 décembre 2015, A-5420/2015, c. 3.3.2, et du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 5.2.

⁵⁷⁰ HÄNNI, Personalrecht, N 254. La réglementation sur le secret de fonction, où l'obligation de garder le secret est plus réduite pour les autorités supérieures, constitue notamment une exception à cette règle, cf. TANQUEREL, Secret, p. 53.

L'agent public qui commet une violation du devoir de fidélité est, selon les circonstances, passible de sanctions disciplinaires, pénales ou civiles.⁵⁷¹ Le domaine des sanctions, notamment disciplinaires, est sans doute un sujet primordial du droit de la fonction publique. Hormis quelques références isolées, nous ne traiterons ici pas des sanctions en cas de manquement au devoir de fidélité ou des devoirs d'intégrité. 205

Enfin, le devoir de fidélité prend en général fin au terme des rapports de travail. Dans certains cas, il peut cependant subsister au-delà de ces derniers, notamment en ce qui concerne le secret de fonction ou le pantouflage.⁵⁷² 206

iv. Une double obligation de loyauté pour toutes les personnes œuvrant au service la collectivité publique ?

Nous avons relevé plus haut que l'abandon de l'ancrage exprès du devoir de fidélité dans la LPers a été discuté lors des révisions du droit de la fonction publique au niveau fédéral.⁵⁷³ L'argument principal avancé en faveur de son maintien dans la LPers était que l'étendue du devoir de fidélité pour les agents publics serait plus importante que celle prévalant pour les employés du secteur privé. Etant donné que la LPers garantit aux agents publics une protection supérieure à plusieurs égards, le devoir de fidélité devait à son tour être supérieur à celui du droit privé.⁵⁷⁴ Cette vision d'un devoir de fidélité plus intense pour les agents publics transparait dans le concept de la « double loyauté » ; selon ce concept, le devoir de fidélité oblige les agents publics à sauvegarder non seulement les intérêts de leur employeur (devoir de confiance particulier), mais également – en leur qualité de citoyens – ceux de l'Etat (devoir de confiance général).⁵⁷⁵ 207

Cette double obligation de loyauté vaut incontestablement pour les agents publics soumis à la LPers.⁵⁷⁶ Le Tribunal administratif fédéral l'a confirmé pour un agent de l'Office fédéral de la police (fedpol) et un employé des Chemins de fer fédéraux.⁵⁷⁷ Mais qu'en est-il des employés des entités dotées de leur propre statut du personnel de droit public ? Qu'en est-il ensuite des agents publics soumis au droit privé du travail ? Et, pour mener encore plus loin cette réflexion, qu'en est-il des employés d'organismes de droit privé contrôlés par l'Etat (par une participation majoritaire ou autre) ou des employés d'organismes fortement subventionnés par l'Etat ? En d'autres termes : qui, parmi les personnes œuvrant pour la collectivité publique au sens large, doit respecter cette double obligation de loyauté ? 208

Pour répondre à cette question, certains auteurs ont plaidé en faveur d'une application par analogie de la théorie des « Tendenzbetriebe », issue du droit privé du travail.⁵⁷⁸ 209

⁵⁷¹ HELBLING, Art. 20, N 57 ss.

⁵⁷² Cf. ci-dessous N 452 s. pour le secret de fonction, et N 496 pour le pantouflage.

⁵⁷³ Cf. ci-dessus N 198.

⁵⁷⁴ HELBLING, Art. 20, N 3.

⁵⁷⁵ Cf. p. ex. les arrêts du TAF du 11 décembre 2015, A-5420/2015, c. 3.3.2, du 2 mai 2016, A-6805/2015, c. 4.2.1, du 28 juin 2017, A-1055/2017, c. 4.3.3, du 17 octobre 2017, A-2578/2016, c. 6.2.2, et HELBLING, Art. 20, N 50 s.

⁵⁷⁶ HELBLING, Art. 20, N 50 s.

⁵⁷⁷ Cf. les arrêts du TAF du 11 décembre 2015, A-5420/2015, et du 2 mai 2016, A-6805/2015.

⁵⁷⁸ Cf. SCHIBLI, Meinungsfreiheit, p. 57 ss et les références citées.

Selon cette théorie, la personne qui travaille pour un organisme à but essentiellement idéal est soumise à un devoir de loyauté plus étendu que celle qui travaille pour une entreprise à but exclusivement lucratif.⁵⁷⁹ Plus concrètement, une personne qui travaille pour une association de protection des animaux viole son devoir de loyauté en maltraitant ses animaux de compagnie, alors qu'une personne qui est employée d'assurance, par exemple, ne le violerait pas en agissant de la même façon. Dans la mesure où la collectivité publique a un but essentiellement idéal, tout employé de l'Etat devrait respecter un devoir de loyauté plus étendu. L'application par analogie de la théorie des « Tendenzbetriebe » est cependant contestée en doctrine.⁵⁸⁰ Nous laissons cette question ouverte, dans la mesure où nous proposerons la reconnaissance d'un principe d'intégrité, s'appliquant à toutes les personnes exécutant des tâches publiques ; ces personnes seraient donc toutes soumises à la double obligation de loyauté, du moins sous l'aspect de l'intégrité.⁵⁸¹

b) *Les obligations d'intégrité découlant du devoir de fidélité : le devoir d'intégrité*

210 Plusieurs obligations découlant du devoir de fidélité se rapportent à l'intégrité des agents publics. On peut donc dire que l'agent public a un *devoir d'intégrité* : il doit se comporter de manière intègre.⁵⁸² L'agent public doit « agir avec honnêteté et respecter la loi », en particulier « ne pas transgresser la loi pénale »⁵⁸³. Il doit en outre « sauvegarder l'autorité et l'intégrité de l'administration et, à cette fin, préserver son indépendance, son impartialité et son objectivité »⁵⁸⁴. Enfin, « il ne doit pas, par ses actes, faire preuve d'indignité et jeter le discrédit sur l'ensemble des fonctionnaires »⁵⁸⁵. En d'autres termes, les agents publics doivent se comporter de manière à ce que la population puisse avoir confiance dans l'administration publique⁵⁸⁶, en témoignant « d'une moralité et d'une intégrité particulières »⁵⁸⁷.

211 Il résulte de cette description générale du devoir d'intégrité que l'*apparence* joue un rôle important. En effet, « l'administration doit non seulement être, mais aussi paraître intègre »⁵⁸⁸. Un comportement « intègre » implique donc non seulement de ne pas transgresser des règles légales, mais également de se comporter d'une manière qui ne donne pas l'apparence d'une administration corrompue.⁵⁸⁹ Il convient, en d'autres termes, de ne pas agir en favorisant ses propres intérêts et, par ailleurs, d'éviter toute situation de conflit d'intérêts – situation qui, en elle-même, peut déjà donner une mauvaise image

⁵⁷⁹ SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 58.

⁵⁸⁰ SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 58 s.

⁵⁸¹ Cf. ci-dessous N 977 ss.

⁵⁸² Cf. p. ex. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 600 s., et VERNIORY/WAELTI, *Réserve*, p. 812. En France, on trouve le même devoir sous le nom d'« obligation d'impartialité » ou encore la « prohibition des conflits d'intérêts », cf. MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 299 s.

⁵⁸³ VERNIORY/WAELTI, *Réserve*, p. 812.

⁵⁸⁴ MODOIANU, *Intérêts*, p. 431. Cf. également HÄNNI, *Personalrecht*, N 254.

⁵⁸⁵ Arrêt du TF du 26 juin 2014, 8C_146/2014, c. 5.5, et MODOIANU, *Intérêts*, p. 431.

⁵⁸⁶ Arrêt du TF du 26 juin 2014, 8C_146/2014, c. 5.5.

⁵⁸⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 572.

⁵⁸⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 611.

⁵⁸⁹ Il importe en outre peu de savoir si un comportement inadéquat est révélé ou connu par le grand public ou non, cf. l'arrêt du TF du 26 juin 2014, 8C_146/2014, c. 5.5.

de l'administration. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a vu une violation du devoir de fidélité dans le seul fait qu'un cadre entretenait des relations très étroites avec des entreprises privées. En raison des conflits d'intérêts que de telles relations impliquent, ce comportement donnait en effet l'impression au grand public que le cadre ne se comportait pas de manière intègre.⁵⁹⁰ Notons encore que comme dans le cas du devoir de fidélité, l'étendue du devoir d'intégrité varie selon la position hiérarchique de l'agent concerné et selon ses fonctions.⁵⁹¹

Concrètement, plusieurs obligations découlant du devoir de fidélité – certaines sont anciennes, d'autres plus récentes – peuvent à notre avis être regroupées sous l'expression « devoir d'intégrité ». Il s'agit notamment de la réglementation des problématiques liées aux activités accessoires⁵⁹², au pantouflage, à l'acceptation d'avantages⁵⁹³, à la déclaration et des registres d'intérêts, à l'utilisation d'informations privilégiées ou encore au devoir de récusation hors procédure administrative⁵⁹⁴. Nous ajoutons à cette liste les incompatibilités personnelles, qui découlent toutefois plutôt du principe de la séparation des pouvoirs.⁵⁹⁵

Cette énumération des obligations d'intégrité découlant du devoir de fidélité n'est ni exhaustive ni immuable.⁵⁹⁶ En effet, les comportements considérés comme contraires à l'intégrité peuvent changer au fil du temps.⁵⁹⁷ C'est ce que démontre le fait que certaines des réglementations que nous analyserons sont très récentes. Il apparaît cependant que les obligations d'intégrité énumérées dans le paragraphe précédent couvrent une partie importante du devoir d'intégrité, raison pour laquelle nous nous concentrons sur leur analyse.⁵⁹⁸

L'actualité récente, tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal⁵⁹⁹, suggère par exemple que la problématique des remboursements de frais pourrait donner lieu à de nouvelles réglementations légales ou internes à l'administration. Ainsi, seules les dépenses professionnelles d'un agent public peuvent être remboursées. Un agent public n'agit pas de manière intègre s'il demande le remboursement de frais privés.

Nous ne traiterons pas en détail du *devoir d'informer son supérieur de tout conflit d'intérêts potentiel*. Ce devoir est implicite à toutes les obligations d'intégrité énumérées ci-dessus. Il s'agit d'une obligation de base qui est expressément prévue par plusieurs textes

⁵⁹⁰ Arrêt du TAF du 11 novembre 2014, A-969/2014, c. 5.2.3.

⁵⁹¹ Arrêt du TAF du 11 novembre 2014, A-969/2014, c. 5.2.3.

⁵⁹² Arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.4.

⁵⁹³ Arrêt du TAF du 9 juillet 2010, A-7764/2009, c. 6.1.

⁵⁹⁴ Cf. l'arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.2.

⁵⁹⁵ Nous aurions pu traiter les incompatibilités personnelles également dans le chapitre 8, dès lors qu'elles ne constituent pas un devoir pour les agents publics à proprement parler.

⁵⁹⁶ Voir, pour une autre énumération de problématiques, p. ex. DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 30.

⁵⁹⁷ Cf. ci-dessus N 27 et CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 95.

⁵⁹⁸ On pourrait également inclure l'obligation des agents publics de dénoncer les irrégularités dans l'administration publique, cf. p. ex. VERNIORY/WAELTI, *Intérêts*, p. 813 (qui soutiennent que cette obligation découle du devoir de fidélité). Nous avons cependant choisi de traiter de cette problématique dans la section dédiée à la transparence, cf. ci-dessus N 829 et N 847 s.

⁵⁹⁹ Cf. notamment le rapport n° 142 de la Cour des comptes genevoise sur les frais professionnels des membres du conseil administratif de la Ville de Genève de novembre 2018.

légaux ainsi que par le code de comportement de l'administration fédérale.⁶⁰⁰ Alors que son importance est relative pour les problématiques déjà identifiées et soumises à une réglementation expresse, elle est primordiale pour toutes les situations de conflits d'intérêts non encore identifiées ou non réglementées. Comme son nom l'indique, cette obligation signifie que l'agent public doit informer son supérieur de tout conflit d'intérêts potentiel. A noter par ailleurs que nous nous pencherons sur l'obligation de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office lorsque nous parlerons de l'alerte éthique.⁶⁰¹

Tableau 2 : Les devoirs d'intégrité

<i>Avant le service pour l'Etat</i>	<i>Pendant le service pour l'Etat</i>	<i>Après le service pour l'Etat</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Pantouflage • Incompatibilités, notamment personnelles • Devoir d'informer son supérieur de tout conflit d'intérêts potentiel 	<ul style="list-style-type: none"> • Activités accessoires • Utilisation d'informations privilégiées • Obligation de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office • Acceptation d'avantages • Déclaration d'intérêts • Devoir de récusation • Devoir d'informer son supérieur de tout conflit d'intérêts potentiel • Droit de dénoncer des irrégularités (alerte éthique) 	<ul style="list-style-type: none"> • Pantouflage • Utilisation d'informations privilégiées

Avant le service pour l'Etat, l'agent public doit vérifier s'il se trouve dans une situation d'incompatibilité ou s'il doit respecter un délai de carence (pantouflage). Il a également déjà le devoir d'informer son futur supérieur de tout conflit d'intérêts. *Pendant* le service pour l'Etat, l'agent public doit respecter les réglementations concernant les divers devoirs d'intégrité. *Après* le service pour l'Etat, l'agent public doit éventuellement respecter un délai de carence et reste soumis au secret de fonction.

3. Les limites du devoir de fidélité : les droits fondamentaux

215 Deux approches sont envisageables pour analyser le devoir de fidélité. L'une consiste à énumérer les différentes obligations que ce devoir confère aux agents publics ; c'est ce que nous avons fait ci-dessus. Une autre approche consiste à analyser dans quelle mesure le devoir de fidélité justifie une restriction des droits fondamentaux des agents publics. Les droits fondamentaux constituent alors les limites des obligations décou-

⁶⁰⁰ Cf. les articles 94a al. 3 OPers ; 15 al. 2 OPers-METAS ; 39 al. 2 OPers-IFSN ; 34 al. 2 et 48 al. 2 OPers-Swissmedic, 44 al. 2 OPers-PUBLICA, 38 al. 2 OPers-FINMA et ch. 3 du code de comportement de l'administration fédérale. Cf. à propos de ce code ci-dessous N 718 ss.

⁶⁰¹ Cf. ci-dessous N 829 et 847.

lant du devoir de fidélité. Nous suivrons ici cette deuxième approche, en traitant brièvement des conditions de restrictions des droits fondamentaux des agents publics (a), puis des droits fondamentaux touchés par les obligations d'intégrité (b).

a) *Les conditions de restriction des droits fondamentaux des agents publics*

Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé (art. 36 Cst.). Ces conditions doivent également être remplies en cas de restriction d'un droit fondamental d'un agent public, car celui-ci jouit des droits fondamentaux comme toute autre personne physique.⁶⁰² Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les exigences relatives à la base légale sont moindres dans un tel cas, en raison du rapport de droit spécial⁶⁰³ qui lie l'agent public à l'Etat:⁶⁰⁴ « [...] im öffentlichen Dienstrecht [werden] herkömmlicherweise nicht gleich hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gestellt wie ausserhalb von besonderen Rechtsverhältnissen »⁶⁰⁵.

D'une part, les exigences relatives au niveau normatif de la base légale sont moindres. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il est usuel et conforme à la Constitution de concrétiser les droits et devoirs des fonctionnaires à un niveau infralégal.⁶⁰⁶ Cet assouplissement du principe de la légalité ne concerne cependant que les atteintes légères aux droits fondamentaux ; les atteintes graves doivent être prévues dans une loi formelle.⁶⁰⁷

D'autre part, les exigences sont moindres en ce qui concerne la densité normative. Le Tribunal fédéral l'a confirmé : les obligations des employés de l'Etat « n'ont pas à être énumérées de façon précise et exhaustive, la loi se contentant en général de formulations vagues »⁶⁰⁸. Il poursuit en affirmant que « l'obligation de fidélité peut ainsi justifier certaines atteintes aux libertés des collaborateurs de l'Etat, sans que cela ne nécessite une base légale plus précise »⁶⁰⁹. Selon cette jurisprudence, une restriction d'un droit fondamental d'un agent public peut donc se fonder directement sur le devoir de fidélité.⁶¹⁰

Le Tribunal fédéral admet cependant qu'en cas de réglementation moins détaillée, l'examen de la proportionnalité de la mesure acquiert plus d'importance.⁶¹¹ En

⁶⁰² Cf. p. ex. l'ATF 121 I 326, c. 2.a. Voir à ce sujet HÄNER, Grundrechte, p. 395 ss et 407 ss, et VERNIORY/WAELTI, Réserve, p. 814.

⁶⁰³ Cf., à propos du rapport de droit spécial, p. ex. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 719 ss.

⁶⁰⁴ Cf. p. ex. l'arrêt du TF du 10 mai 2004, 2P.262/2003, c. 4.3. Cf. aussi TANQUEREL, Manuel, N 488 ; HÄNER, Grundrechte, p. 408, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 572 s., et HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 2041.

⁶⁰⁵ Arrêt du TF du 10 mai 2004, 2P.262/2003, c. 4.3.

⁶⁰⁶ Arrêt du TF du 10 mai 2004, 2P.262/2003, c. 4.3.

⁶⁰⁷ Cf. l'arrêt du TF du 10 mai 2004, 2P.262/2003, c. 4.3, et VERNIORY/WAELTI, Réserve, p. 815.

⁶⁰⁸ Arrêt du TF du 27 janvier 2015, 1C_251/2014, c. 2.6.

⁶⁰⁹ Arrêt du TF du 27 janvier 2015, 1C_251/2014, c. 2.6.

⁶¹⁰ HÄNNI, Personalrecht, N 246 ; MODOIANU, Intérêts, p. 430 ; BUFFAT, Incompatibilités, p. 199 et 205 ; ANNOVAZZI, Incompatibilità, N 15. Le Tribunal administratif du canton de Zurich a cependant jugé dans un arrêt récent que ni le devoir de fidélité, ni les dispositions sur les activités accessoires ou le secret de fonction suffisent en tant que base légale pour imposer à un ancien agent public une interdiction de concurrence postérieurement au service pour l'Etat, cf. l'arrêt VB.2016.00044 du 29 juin 2016 et ci-dessous N 498.

⁶¹¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel II, N 204.

d'autres termes, moins la densité normative est élevée, plus les intérêts des agents publics doivent être pris en compte lors de l'examen de la proportionnalité. Certains auteurs en déduisent que la distinction fondée sur le rapport de droit spécial en matière de restriction des droits fondamentaux doit être abandonnée.⁶¹²

b) *Les droits fondamentaux potentiellement touchés par les obligations d'intégrité*

- 220 Divers droits fondamentaux des agents publics peuvent être touchés dans le cadre du rapport de travail qui unit ces derniers avec l'Etat. Le poids accordé à ces droits diffère selon les périodes de l'histoire. Ainsi, au cours de la seconde moitié du siècle dernier, la préoccupation majeure était de protéger de la liberté d'association et la liberté d'opinion. Dans le contexte de la Guerre froide, la doctrine se penchait par exemple sur l'appartenance des agents publics à des groupements « hostiles à l'Etat » ou sur le droit de grève.⁶¹³ Aujourd'hui, le contexte a changé : désormais la liberté économique, la protection des données personnelles ainsi que la liberté religieuse comptent parmi les plus grandes préoccupations.
- 221 La perspective de l'analyse a également changé. On place aujourd'hui souvent les obligations des agents publics au premier plan, alors qu'autrefois on mettait l'accent sur les droits des agents publics. Ce développement peut être mis en relation avec les grandes transformations de l'administration publique des dernières décennies. Dans une administration publique inspirée par le modèle wébérien, les fonctionnaires se sentaient à l'étroit et soumis à un ethos public fixé par les supérieurs. L'accent devait dès lors être mis sur la protection de leurs libertés. En revanche, dans l'administration publique « libéralisée » d'aujourd'hui, les agents publics bénéficient de presque toutes les libertés des employés du secteur privé.⁶¹⁴ Désormais, l'accent est mis sur leurs obligations.
- 222 Nous nous limiterons ici à commenter brièvement les droits fondamentaux qui sont potentiellement les plus touchés par des obligations d'intégrité ; nous y reviendrons par la suite, en examinant chaque problématique de manière approfondie. Ainsi, nous relèverons tout d'abord que la *liberté économique* (art. 27 Cst.) des agents publics peut être touchée par la réglementation sur les activités accessoires, car celle-ci les empêche le cas échéant de choisir librement leurs activités accessoires.⁶¹⁵ De même, certaines règles sur le pantouflage restreignent la liberté économique des agents publics en les soumettant par exemple à des devoirs d'information ou en leur imposant des délais de carence.⁶¹⁶

Le Tribunal fédéral a longtemps jugé que les fonctionnaires ne pouvaient pas se prévaloir de la liberté économique pour l'exercice d'une activité accessoire. Il arguait qu'en acceptant sa nomination, le fonctionnaire se soumettait automatiquement à toutes les règles étatiques encadrant le rapport de service de droit public. Puisque les conditions

⁶¹² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 204 ; VERNIORY/WAELTI, Réserve, p. 815.

⁶¹³ P. ex. NEUENSCHWANDER ANNE, Les libertés des fonctionnaires en droit suisse, Zurich 1984, et HÄNNI, Treuepflicht ; cf. aussi MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 603 ss.

⁶¹⁴ Cf. SCHIBLI, Meinungsfreiheit, p. 88.

⁶¹⁵ Cf. ci-dessous N 293 ss.

⁶¹⁶ Cf. ci-dessous N 495 ss.

de l'exercice d'une activité accessoire faisaient partie de ces règles, il ne pouvait pas non plus se plaindre de celles-ci en invoquant la liberté économique : « So wenig der Beamte auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses, in dem er zum Staate steht, ein Recht auf private Berufsausübung geltend machen kann, so wenig kann er nach Erteilung der Erlaubnis Anspruch auf unbeschränkte Privattätigkeit in zeitlicher, räumlicher und auch finanzieller Hinsicht erheben »⁶¹⁷. Le Tribunal fédéral a modifié cette jurisprudence en 1995 ; depuis lors, les agents publics peuvent se prévaloir de la liberté économique lorsque l'exercice d'une activité accessoire est en jeu.⁶¹⁸

Les obligations d'intégrité touchent ensuite au *droit à la protection des données personnelles* (art. 13 Cst. / art. 8 CEDH), plus particulièrement lorsque les agents publics sont tenus d'annoncer et de publier leurs liens d'intérêts.⁶¹⁹ Ce droit est également touché lorsque les citoyens demandent accès à des documents officiels contenant des données personnelles d'agents publics, comme par exemple une liste mentionnant toutes les activités accessoires des agents publics d'un service.⁶²⁰ 223

Enfin, plusieurs autres droits fondamentaux peuvent être limités par les obligations d'intégrité. La *liberté d'expression* (art. 16 Cst. / art. 10 CEDH) est touchée avant tout par l'obligation des agents publics de tenir le secret de fonction.⁶²¹ Certaines réglementations sur les activités accessoires restreignent en outre la *garantie de la propriété* (art. 26 Cst.), dans la mesure où elles prévoient une obligation de remettre à l'employeur une part du revenu provenant d'une activité accessoire. La garantie de la propriété et la *liberté d'association* (art. 23 Cst. / art. 11 CEDH) peuvent également être touchées dans la mesure où la détention d'actions d'une société est incompatible avec une certaine fonction. Enfin, les *droits politiques* (art. 34 Cst.) des agents publics sont restreints lorsqu'une règle sur les incompatibilités empêche ces agents de siéger dans une autorité collégiale. 224

4. L'accès à la fonction publique

Nous traiterons ici brièvement de l'accès à la fonction publique, en mettant l'accent sur les éléments visant la prévention de la corruption. Nous aborderons la mise au concours publique (a), les règles sur les incompatibilités (b), ainsi que le contrôle préventif des candidats (c). 225

Il convient d'ajouter que les employeurs publics⁶²² au niveau fédéral sont en principe libres d'organiser eux-mêmes le processus de sélection. Contrairement à ce qui se fait dans d'autres pays européens, par exemple en France ou en Italie, il est rare qu'un 226

⁶¹⁷ ATF 100 Ia 312, c. 3.b).

⁶¹⁸ ATF 121 I 326. Cf., pour un arrêt récent, l'ATAF 2014/33, c. 3. Cf. aussi VERNIORY/WAELTI, Réserve, p. 829 s.

⁶¹⁹ Cf., au sujet du conflit entre la protection des données et plus de transparence, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 30 s., FLÜCKIGER/MINETTO, Communication, p. 558 ss, et ci-dessous N 567 ss.

⁶²⁰ Cf. l'arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, et ci-dessous N 819.

⁶²¹ Cf. ci-dessous N 437 et 460 s.

⁶²² Cf. HÄNNI, Personalrecht, N 44 ss, pour une liste des employeurs publics.

employeur fédéral organise un véritable concours national avec examen écrit ou oral.⁶²³

a) *La mise au concours des postes*

- 227 L'article 7 LPers pose le principe selon lequel les postes vacants font l'objet d'une mise au concours publique. La mise au concours est une invitation aux personnes intéressées à présenter leur candidature.⁶²⁴ Ce principe vaut pour tous les postes de l'administration centrale ainsi que pour les postes auprès des unités décentralisées ayant le statut d'employeur.⁶²⁵
- 228 La mise au concours publique vise à rendre les postes accessibles au public et à augmenter le nombre de candidats, ce qui devrait permettre à l'employeur de trouver l'employé idéal pour le poste à pourvoir, tout en veillant à la représentation adéquate des sexes⁶²⁶, des régions linguistiques⁶²⁷ ainsi que des personnes handicapées⁶²⁸.⁶²⁹ La mise au concours entend également créer une certaine transparence en ce qui concerne les postes à pourvoir au sein de l'administration publique.⁶³⁰ Enfin, elle a pour objectif d'éviter que les postes soient pourvus en sous-main, selon des critères peu adéquats comme les liens de sang ou les rapports d'amitié.⁶³¹ En ce sens, la mise au concours des postes est une mesure de prévention de la corruption au sens large.
- 229 La mise au concours des postes doit être publique. Le critère de la publicité est en règle générale satisfait si une annonce est publiée au moins sur un portail d'emploi général sur internet, notamment le bulletin électronique des postes vacants de la Confédération (art. 22 al. 1 OPers).⁶³² L'annonce peut également être publiée dans des médias plus traditionnels tels que les quotidiens. Si l'employeur cherche une personne possédant des qualités spécifiques dans un domaine précis, il peut également publier l'annonce dans une ou plusieurs revues spécialisées.⁶³³ Le cas échéant, l'employeur est néanmoins tenu de publier l'annonce également sur un portail d'emploi général, et ce notamment au vu des objectifs de transparence et de prévention de la corruption.⁶³⁴
- 230 Selon l'article 7 LPers, les dispositions du Conseil fédéral ou des unités avec statut d'employeur peuvent prévoir des exceptions au principe. Le renoncement à la mise au

⁶²³ Cf. notamment l'art. 97 al. 4 de la Constitution italienne et ci-dessous N 1072 ss.

⁶²⁴ HELBLING, Art. 7, N 11.

⁶²⁵ Cf. ci-dessus N 184 pour le champ d'application de la LPers.

⁶²⁶ Art. 4 al. 2 let. d LPers. Cf. également les Instructions du Conseil fédéral pour la réalisation de l'égalité des chances entre femmes et hommes dans l'administration fédérale, ch. 4 ss (FF 2003 1332).

⁶²⁷ Art. 4 al. 2 let. e LPers. Cf. également les Instructions du Conseil fédéral concernant la promotion du plurilinguisme dans l'administration fédérale du 27 août 2014, ch. 3 (FF 2014 6407).

⁶²⁸ Art. 4 al. 2 let. f LPers.

⁶²⁹ HELBLING, Art. 7, N 3 ss.

⁶³⁰ FF 2015 1227 (Rapport sur les conflits d'intérêts) ; HELBLING, Art. 7, N 3 ss.

⁶³¹ FF 2015 1227 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

⁶³² HELBLING, Art. 7, N 21.

⁶³³ HELBLING, Art. 7, N 21.

⁶³⁴ HELBLING, Art. 7, N 22.

concours publique doit cependant être fondé sur des motifs raisonnables et compréhensibles.⁶³⁵ Les exceptions ne peuvent en particulier pas être utilisées pour contourner les objectifs susmentionnés et ainsi permettre l'attribution de postes de travail en sous-main. Il convient donc de les interpréter de manière restrictive.

Les dispositions d'exécution du Conseil fédéral contiennent une série d'exceptions. Ainsi, l'article 22 al. 2 OPers prévoit que ne sont notamment pas tenus de faire l'objet d'une mise au concours publique les postes à pourvoir pour une durée n'excédant pas une année, ceux qui sont à pourvoir par recrutement interne au sein d'une unité administrative (à l'exception des secrétaires d'Etat, des directeurs d'office et des personnes exerçant des responsabilités comparables au sein des départements ainsi que des vice-chanceliers de la Confédération) ainsi que les postes de secrétaires généraux des départements. Les réglementations sur le personnel des unités décentralisées avec statut d'employeur prévoient des exceptions similaires ou identiques.⁶³⁶

Le principe de la mise au concours publique ne s'applique pas aux unités décentralisées avec statut du droit du personnel propre, étant donné que celles-ci ne sont pas soumises à la LPers.⁶³⁷ L'absence d'obligation de mettre au concours les postes vacants peut le cas échéant avoir des conséquences délicates, étant donné que ces unités entretiennent souvent un contact étroit avec le secteur privé et que le risque de conflits d'intérêts est par conséquent plus élevé. Le principe de la mise au concours publique ne s'applique par ailleurs pas non plus aux entités privées ou semi-privées délégataires de tâches publiques, ce qui peut également s'avérer problématique.⁶³⁸

231

b) *Les règles sur les incompatibilités*

Les règles sur les incompatibilités – qui sont un corollaire direct du principe de la séparation des pouvoirs – visent à prévenir les concentrations de pouvoir de tout type. Elles constituent ainsi une mesure de prévention de la corruption au sens large. Nous verrons ci-dessous que l'on peut distinguer plusieurs types d'incompatibilités et nous traiterons en détail des règles sur les incompatibilités personnelles ; ce type d'incompatibilités nous paraît en effet le plus pertinent au regard de l'intégrité de l'administration publique.⁶³⁹

232

c) *Les contrôles préventifs des candidats*

Au cours du processus de sélection du personnel, l'employeur peut procéder à des contrôles préventifs des candidats à un poste au sein de l'administration fédérale. Les

233

⁶³⁵ HELBLING, Art. 7, N 26.

⁶³⁶ Cf. l'art. 7 OPers-MNS, l'art. 14 OPers-EPF, l'art. 4 Opers-IFFP, l'art. 6a OPers-PUBLICA et l'art. 8 OPers-METAS. Au sens de ce dernier, METAS peut renoncer à mettre au concours les postes de durée limitée, sans que cette durée soit limitée à un an. Il sera cependant difficile de justifier un renoncement à la mise au concours publique des postes de durée limitée dépassant un an.

⁶³⁷ Cf. ci-dessus N 188.

⁶³⁸ Cf. HELBLING, Art. 2, N 107 ss.

⁶³⁹ Cf. ci-dessus N 251.

contrôles peuvent être institutionnalisés et formalisés, à l'instar du contrôle de sécurité relatif aux personnes (i.), ou être plus informels (ii.).

i. Les contrôles de sécurité relatifs aux personnes

234 Les candidats à certains postes vacants au sein de l'administration publique peuvent être soumis à un contrôle de sécurité relatif aux personnes (CSP). Ces contrôles servent à empêcher que des « individus peu scrupuleux, des membres d'organisations criminelles ou des gouvernements » ou des personnes susceptibles de dépendre de ce type de personnes se procurent des informations protégées ou secrètes au détriment de l'Etat.⁶⁴⁰ Ils visent également à s'assurer que le candidat respectera les principes constitutionnels et se montrera fidèle envers l'Etat lorsqu'il sera employé et qu'il exercera des fonctions importantes.⁶⁴¹ Enfin, selon le Conseil fédéral, les CSP visent également à prévenir les conflits d'intérêts.⁶⁴²

235 Au niveau fédéral, les CSP sont prévus aux articles 19 ss de la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)⁶⁴³ et dans l'Ordonnance sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes (OCSP)⁶⁴⁴. Conformément à l'article 19 al. 1 LMSI, le Conseil fédéral peut prévoir des CSP à l'égard d'agents de la Confédération, de militaires, de membres de la protection civile et de tiers collaborant à des projets classifiés relatifs à la sûreté intérieure ou extérieure qui ont connaissance ou accès à des informations confidentielles. Le Conseil fédéral a dressé une liste de personnes au service de la Confédération qui doivent faire l'objet d'un tel contrôle.⁶⁴⁵ La liste remarquablement longue est en principe exhaustive⁶⁴⁶ et inclut notamment les secrétaires généraux et leurs suppléants, les collaborateurs personnels des chefs de département et du chancelier de la Confédération, les chefs de l'information, les secrétaires des chefs de département, les conseillers, les secrétaires d'Etat, les responsables de la protection des données et de la sécurité des informations, certains membres de commissions extraparlimentaires, les directeurs de groupements ou d'offices, ainsi que les gestionnaires des risques des départements et de la Chancellerie fédérale.⁶⁴⁷ Pour toutes les autres fonctions au sein de l'administration fédérale, un tel contrôle n'est pas prévu ; l'entretien d'embauche et les pièces à joindre au dossier de candidature sont jugés suffisants.⁶⁴⁸

Les CSP sont exécutés par l'un des deux services spécialisés chargés des contrôles, dont le premier est rattaché au DDPS et le second à la Chancellerie fédérale.⁶⁴⁹ Après avoir

⁶⁴⁰ BLEICKER, *Contrôles*, p. 157 s. Cf. également l'arrêt du TAF du 19 février 2018, A-4486/2017, c. 3.

⁶⁴¹ BLEICKER, *Contrôles*, p. 161.

⁶⁴² FF 2015 1208 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

⁶⁴³ RS 120.

⁶⁴⁴ RS 120.4.

⁶⁴⁵ Cf. art. 4 OCSP et annexe 1 OCSP.

⁶⁴⁶ BLEICKER, *Contrôles*, p. 163.

⁶⁴⁷ Ch. 2 de l'annexe 1 OCSP.

⁶⁴⁸ BLEICKER, *Contrôles*, p. 163 s. Cf. à ce propos ci-dessous N 237 s.

⁶⁴⁹ Art. 3 OCSP.

défini le degré de contrôle exigé, les services spécialisés procèdent à la collecte des données sur la personne soumise au contrôle.⁶⁵⁰ Cette dernière doit donner son consentement à l'exécution du contrôle et disposer du droit d'être entendu.⁶⁵¹ Les services spécialisés évaluent ensuite le risque pour la sécurité que la personne représente et établissent un rapport d'évaluation, qui n'est cependant pas contraignant pour l'employeur.⁶⁵²

Sans entrer dans les détails des risques qui mènent à une appréciation négative, la menace abstraite de corruptibilité en raison de dettes importantes suffit à fonder un risque potentiel pour la sécurité au sens de la jurisprudence des tribunaux fédéraux.⁶⁵³ En d'autres termes, il est à craindre qu'un agent public fortement endetté soit plus disposé que les autres à se procurer des moyens financiers, par exemple en transmettant des informations privilégiées à un privé ou en réservant un traitement préférentiel à ce dernier.⁶⁵⁴

236

ii. Les autres contrôles préventifs

Les employeurs peuvent – voire doivent⁶⁵⁵ –, de manière plus informelle, procéder à un contrôle préventif relatif aux conflits d'intérêts des candidats. L'employeur peut poser aux candidats des questions pertinentes lors de l'entretien d'embauche, les prier de remplir un questionnaire au sujet de leurs éventuels conflits d'intérêts ou tout simplement les rendre attentifs au fait qu'en cas d'engagement, ils seront tenus de respecter le devoir d'informer leurs supérieurs de tout conflit d'intérêts potentiel.⁶⁵⁶ L'employeur n'a cependant le droit de poser que des questions pertinentes au regard du poste à pourvoir.⁶⁵⁷

237

Il ressort du rapport du Conseil fédéral sur les conflits d'intérêts de 2014 que plusieurs unités, organisations et entreprises de l'administration fédérale procèdent à un contrôle préventif relatif aux conflits d'intérêts des candidats. Ainsi, à l'OFSP le fait qu'un candidat à un poste risque probablement de devoir se récuser fréquemment et d'avoir des conflits d'intérêts exclut son engagement.⁶⁵⁸ Il en va de même au Contrôle fédéral des finances.⁶⁵⁹

Le fait qu'un candidat risque de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts s'il est engagé ne constitue cependant pas un motif absolu de refus de sa candidature. L'employeur peut, ou même doit, le cas échéant, prendre des mesures adéquates pour écarter ou minimiser le risque en rapport avec le conflit d'intérêts.⁶⁶⁰ C'est souvent le

238

⁶⁵⁰ Art. 8 ss OCSP.

⁶⁵¹ Art. 19 al. 3 et art. 21 al. 2 LMSI.

⁶⁵² Art. 21 al. 4 LMSI.

⁶⁵³ Cf. notamment l'arrêt du TF du 26 juin 2004, 2A.65/2004, c. 2.7, et les arrêts du TAF du 27 mars 2012, A-3037/2011, c. 6.3, et du 1^{er} septembre 2014, A-6797/2013, c. 8.1. Cf. également la décision de l'ancienne commission de recours DDPS du 21 mai 2001, JAAC 66.26.

⁶⁵⁴ Arrêt du TAF du 1^{er} septembre 2014, A-6797/2013, c. 8.1, et références citées.

⁶⁵⁵ Cf. ci-dessous N 268.

⁶⁵⁶ Cf. ci-dessus N 214.

⁶⁵⁷ HELBLING, Art. 7, N 32.

⁶⁵⁸ FF 2015 1228 s. (Rapport sur les conflits d'intérêts).

⁶⁵⁹ FF 2015 1228 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

⁶⁶⁰ Cf. p. ex. les délais de carence pour certaines unités décentralisées, cf. ci-dessus N 538 ss. On peut également mentionner la mesure prise au sein de l'Administration fédérale des contributions où l'on « veille à

cas dans les domaines spécialisés qui emploient peu de personnes. Le nombre de candidats compétents, mais sans liens d'intérêts délicats, est dès lors limité, voire nul.

5. La méthode suivie pour l'analyse des problématiques

239 Nous appliquerons la même méthode à chaque problématique traitée ci-dessous : Nous présenterons d'abord la *problématique* abordée, en spécifiant selon les cas l'historique, le but ou les modes de réglementation possibles. Nous traiterons ensuite des *droits fondamentaux qui peuvent être touchés*. Puis, nous indiquerons brièvement quels sont les *standards internationaux pertinents* découlant de traités internationaux ou du droit souple international. Nous présenterons ensuite la *réglementation applicable aux membres du Conseil fédéral*. A cette fin, nous nous baserons sur les dispositions légales et réglementaires en vigueur, la jurisprudence y relative et la doctrine. Nous continuerons en présentant la *réglementation applicable aux diverses catégories d'agents publics*. Là encore, nous nous baserons sur les dispositions légales et réglementaires en vigueur, la jurisprudence y relative et la doctrine. Nous terminerons avec un *bref aperçu de la réglementation cantonale* pour chaque problématique.

II. Les incompatibilités personnelles

1. La notion d'incompatibilité

a) *L'incompatibilité en droit : un terme polysémique*

240 Le dictionnaire définit l'incompatibilité comme l'« impossibilité de s'accorder, d'exister ensemble »⁶⁶¹. En droit, le terme est utilisé dans de nombreux domaines et pour désigner des situations très diverses. Nous nous limiterons ici à approfondir la notion d'incompatibilité telle qu'elle est utilisée en droit public.

241 Née dans la doctrine canonique pour désigner l'interdiction du cumul de plusieurs charges ecclésiastiques, la notion d'incompatibilité apparaît en droit public au début du 18^e siècle dans le contexte de la séparation des pouvoirs.⁶⁶² Elle désignait alors l'interdiction de cumuler plusieurs fonctions publiques. Peu à peu, cette notion s'est également étendue à l'interdiction absolue ou relative d'exercer une activité privée en parallèle de l'exercice d'une fonction publique, à l'interdiction pour deux parents ou alliés d'exercer simultanément certaines fonctions ou encore à l'interdiction de siéger dans sa propre autorité de contrôle.⁶⁶³ Plus récemment encore, la notion d'incompatibilité a également été utilisée dans le contexte des règles de récusation ou encore du pantouflage.⁶⁶⁴ Les contours du terme « incompatibilité » ne sont donc que peu définis.

ce que les réviseurs qui procèdent à des contrôles externes d'entreprises n'interviennent pas dans leur environnement (géographique) immédiat », cf. le rapport sur les conflits d'intérêts, FF 2015 1229.

⁶⁶¹ Le Petit Robert, p. 1303.

⁶⁶² BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 23 s.

⁶⁶³ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 24.

⁶⁶⁴ Cf. p. ex. CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 150 ss.

Cela se reflète également dans la législation : la notion n'est pas utilisée de manière uniforme et doit être interprétée à chaque fois selon le contexte.

b) *La distinction entre la notion d'incompatibilité et les notions d'inéligibilité et de récusation*

Pour mieux cerner la signification de la notion d'incompatibilité en droit public et plus spécifiquement dans le contexte de l'intégrité de l'administration publique, il convient tout d'abord de la distinguer de deux notions connexes : les motifs d'inéligibilité et les normes sur la récusation. Les motifs d'*inéligibilité* sont des règles restreignant le droit d'être élu, la validité d'une élection y étant subordonnée.⁶⁶⁵ La présence d'un motif d'inéligibilité empêche donc la personne de se porter candidate pour une fonction. En revanche, l'*incompatibilité* n'affecte pas le droit d'être élu : la personne en question peut présenter sa candidature et être valablement élue.⁶⁶⁶ L'incompatibilité empêche cependant l'accomplissement du mandat si elle n'est pas éliminée.⁶⁶⁷ L'entrée en fonction dépend donc généralement du choix de la personne concernée.⁶⁶⁸

242

Les normes relatives à la *récusation*, comme celles sur les incompatibilités, visent à empêcher les situations de conflits d'intérêts.⁶⁶⁹ En principe, les normes sur les incompatibilités sont prévues pour des situations où il faut s'attendre à ce que des conflits d'intérêts surgissent très régulièrement, voire à ce qu'ils soient permanents ou structurels.⁶⁷⁰ En d'autres termes, une norme d'incompatibilité prévoit de manière abstraite et préventive des motifs pour lesquels une personne ne peut pas exercer une certaine fonction. Si la personne désire tout de même exercer cette fonction, elle est contrainte d'éliminer le motif d'incompatibilité. En revanche, une norme sur la récusation n'agit pas de manière préventive ; elle s'applique de manière concrète une fois que l'on a constaté que l'agent public, déjà en fonction, pour une affaire concrète donne une apparence de prévention et oblige ce dernier à se récuser, c'est-à-dire à ne pas traiter l'affaire en question. Elle n'oblige cependant pas l'agent public de se défaire de l'intérêt qui a mené à la récusation dans un cas précis.⁶⁷¹ La norme de récusation est donc censée s'appliquer de manière ponctuelle.⁶⁷² Notons encore que les deux mesures – incompatibilité et récusation – ne sont pas exclusives ; le législateur peut les combiner.⁶⁷³

243

⁶⁶⁵ ATF 116 Ia 477, c. 1.a). BUFFAT, Incompatibilités, p. 29.

⁶⁶⁶ ATF 116 Ia 477, c. 1.a).

⁶⁶⁷ ATF 116 Ia 477, c. 1.a) ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, N 80 ; STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 535 ; SCHAUB, Art. 144, N 3.

⁶⁶⁸ La loi peut prévoir des présomptions si la personne en question ne prend pas de décision, cf. SCHAUB, Art. 144, N 3. Ce choix n'est pas donné en cas d'une incompatibilité personnelle, cf. ci-dessous N 247.

⁶⁶⁹ Pour les règles de récusation, cf. N 598 ss.

⁶⁷⁰ HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 460 ; SCHAUB, Art. 144, N 6 ; STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 536 ; FEHLING, Unparteilichkeit, p. 234. Cf. également ATF 116 Ia 242, c. 3.a)bb).

⁶⁷¹ STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 537.

⁶⁷² HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 460 ; BUFFAT, Incompatibilités, p. 31. Cf. également ATF 116 Ia 242, c. 3.a)bb).

⁶⁷³ Cf. QUELOZ/BORGHINI/CESONI, Processus, p. 301, qui considèrent que les règles sur les incompatibilités devraient être l'instrument privilégié dans la lutte contre la corruption ; la récusation ne devrait selon eux être que subsidiaire et complémentaire.

c) *Les différentes manières de classer les incompatibilités*

- 244 Il existe plusieurs manières de classer les incompatibilités. Certains auteurs ou législateurs ont créé des catégories en précisant le terme d'incompatibilité par des adjectifs. Ils distinguent par exemple entre les incompatibilités fonctionnelles, personnelles, ecclésiastiques et économiques.⁶⁷⁴ D'autres classent les différents types d'incompatibilités en spécifiant le principe sous-tendant l'incompatibilité en question. Ainsi, les incompatibilités tenant à la séparation des pouvoirs se distinguent des incompatibilités tenant à l'efficacité, la dignité et l'indépendance ou encore de celles tenant au cumul abusif.⁶⁷⁵ D'autres encore classent les incompatibilités selon leurs effets : en cas d'incompatibilité absolue, le cumul de deux activités est interdit dans tous les cas ; en revanche, les incompatibilités relatives impliquent une réglementation plus souple, notamment un régime d'autorisation.⁶⁷⁶ De plus, certains types d'incompatibilités, comme celle résultant du domicile ou de relations avec des pouvoirs étrangers, sont souvent classés dans une catégorie résiduelle.⁶⁷⁷
- 245 A l'intérieur d'un système de classification, les auteurs utilisent encore d'autres critères pour qualifier certaines situations. Citons par exemple le cas de l'incompatibilité entre la fonction de membre d'un collège gouvernemental et la qualité de membre d'un conseil d'administration d'une entreprise publique. Certains auteurs parlent dans ce cas d'une incompatibilité économique, mettant l'accent sur le caractère rémunéré de l'activité au sein du conseil administration.⁶⁷⁸ D'autres parlent d'une incompatibilité fonctionnelle, en soulignant le fait que le mandat dans un conseil d'administration d'une entreprise publique constitue une « fonction publique ». ⁶⁷⁹ Enfin, selon les définitions adoptées, il arrive qu'une situation concrète puisse être classée dans plus d'une catégorie.
- 246 La présentation exhaustive des modes de classification ainsi que des différentes catégories d'incompatibilités dépasserait le cadre de cette étude.⁶⁸⁰ Nous nous limiterons par la suite à distinguer entre trois types d'incompatibilités – les incompatibilités personnelles, institutionnelles et économiques –, afin de déterminer lesquelles sont les plus pertinentes pour assurer l'intégrité de l'administration publique.

d) *Les incompatibilités personnelles, institutionnelles et économiques*

- 247 L'incompatibilité *personnelle*⁶⁸¹ désigne l'interdiction faite à deux ou plusieurs personnes ayant un lien de parenté ou d'autres liens personnels étroits de se consacrer à

⁶⁷⁴ Voir p. ex. STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 538, ou SCHAUB, Art. 144, N 2.

⁶⁷⁵ Cf. p. ex. BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 33 ss, et la *Loi sur les incompatibilités* du canton du Valais (RS/VS 160.5).

⁶⁷⁶ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 34 ss.

⁶⁷⁷ STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 538.

⁶⁷⁸ Voir les auteurs cités à la note de bas de page 2592 chez STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 539.

⁶⁷⁹ Cf. p. ex. STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 539.

⁶⁸⁰ Le sujet a d'ailleurs été traité dans plusieurs thèses, cf. notamment BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 1 ss, ou BEELER WERNER, *Personelle Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit in Bund und Kantonen*, Zurich 1982.

⁶⁸¹ Dans la doctrine et la législation, on trouve également les termes d'« incompatibilité d'ordre familial » ou d'« incompatibilité à raison de la personne ». En allemand, on parle de « Verwandtenauschluss ».

la même charge ou à des fonctions qui sont subordonnées l'une à l'autre.⁶⁸² Deux sœurs ne peuvent par exemple pas siéger simultanément au Conseil fédéral.⁶⁸³ L'incompatibilité résultant de la parenté se distingue des autres types d'incompatibilités dans la mesure où les personnes concernées ne peuvent pas « éliminer » le motif d'incompatibilité : « le parent ou l'allié exclu ne peut en principe renoncer à sa situation familiale comme il renoncerait à une occupation »⁶⁸⁴. Le divorce constitue parfois une exception.⁶⁸⁵

L'incompatibilité *institutionnelle* (ou fonctionnelle) désigne quant à elle l'interdiction faite à une personne d'exercer une charge publique ou une fonction publique en parallèle de sa fonction au sein de l'administration publique ou d'un collège gouvernemental.⁶⁸⁶ Le cas-type est l'interdiction pour les membres du Conseil fédéral d'être en même temps parlementaires ou juges fédéraux.⁶⁸⁷ 248

Enfin, l'incompatibilité *économique* ou la problématique des activités accessoires désigne l'interdiction pour une personne d'exercer, en plus de sa fonction au sein de l'administration publique ou d'un collège gouvernemental, une activité professionnelle. L'exemple-type est celui du fonctionnaire fédéral qui exerce en parallèle une activité économique dans le secteur privé, en exploitant par exemple une entreprise. 249

La ligne de démarcation entre les incompatibilités institutionnelles et les incompatibilités économiques est difficile à tracer. Alors qu'on peut aisément classer dans l'une ou l'autre catégorie les exemples-types cités ci-dessus, la tâche est plus difficile en cas d'activités professionnelles exercées pour les organismes appartenant à l'administration publique, mais fonctionnant selon les règles du droit privé. Plus concrètement, est-ce qu'un mandat dans un conseil d'administration d'une société semi-publique doit être classé dans la catégorie des incompatibilités institutionnelles ou dans celle des incompatibilités économiques ? Qu'en est-il du travail au sein d'une association privée subventionnée à 100% par l'Etat ou encore du mandat d'expert pour une fondation de droit public ? Les avis doctrinaux à ce sujet ne sont pas unanimes.⁶⁸⁸ Nous reviendrons plus bas sur cette question.⁶⁸⁹ 250

e) Les règles d'incompatibilités pertinentes en matière d'intégrité

Les règles promouvant l'intégrité au sein de l'administration publique visent à éviter que des agents publics fassent primer leurs intérêts privés sur l'intérêt public.⁶⁹⁰ Si l'on analyse les trois types d'incompatibilités sous cet angle, seuls deux d'entre eux sont pertinents par rapport à l'intégrité de l'administration publique. Il s'agit, en premier 251

⁶⁸² BUFFAT, Incompatibilités, p. 34 ; STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 538.

⁶⁸³ Cf. ci-dessous N 257 ss.

⁶⁸⁴ ATF 116 Ia 477, c. 1.a), qui traite entre autre de la signification du terme « beaux-frères ». Voir également l'arrêt du TF du 11 décembre 2001, 1P.456/2001.

⁶⁸⁵ Cf. également ci-dessous N 258.

⁶⁸⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 538 ; AUBERT, Art. 144, N 6.

⁶⁸⁷ Art. 144 al. 1^{er} Cst.

⁶⁸⁸ STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 538 s.

⁶⁸⁹ Cf. ci-dessous N 290.

⁶⁹⁰ Cf., pour la définition du terme intégrité, ci-dessus N 22 ss.

lieu, des incompatibilités personnelles : si deux personnes unies par des liens personnels étroits siègent ensemble dans une autorité collégiale, le risque qu'elles prennent en compte leurs intérêts privés est élevé. Il s'agit, en deuxième lieu, des incompatibilités économiques : si un agent public exerce simultanément une activité accessoire dans le secteur privé, il existe un risque qu'il fasse prévaloir des intérêts privés liés à cette activité lors de son travail au sein de l'administration. En revanche, les règles sur les incompatibilités institutionnelles ne sont qu'indirectement pertinentes pour notre sujet, étant donné que l'agent public défend des intérêts publics – possiblement en conflit, mais tous deux publics – dans le cadre des deux fonctions qu'il exerce. Nous limiterons donc notre analyse aux incompatibilités personnelles et aux incompatibilités économiques (réglementation des activités accessoires).⁶⁹¹

2. Le but visé par les incompatibilités personnelles

252 Les règles sur les incompatibilités personnelles visent à prévenir une concentration du pouvoir entre les mains de personnes d'une même famille ou de personnes unies par des liens personnels étroits.⁶⁹² D'une part, une telle concentration pourrait mener à une « société contraire au modèle démocratique »⁶⁹³, dans la mesure où les parents ou proches au sein d'une même autorité peuvent tenter de faire avancer leurs intérêts privés au détriment de l'intérêt public. D'autre part, il existe un risque que les personnes unies par des liens personnels étroits dans une même autorité, ou dans des fonctions qui sont en rapport de subordination, soient en rivalité dans l'exercice de leurs fonctions pour des raisons privées ou familiales ou qu'il existe d'autres problèmes d'ordre familial entre elles.⁶⁹⁴ Dans les deux cas, les liens personnels étroits entre les agents publics mettent en danger le déroulement régulier de l'administration publique.⁶⁹⁵

3. Les droits fondamentaux en jeu

253 Les règles sur les incompatibilités personnelles restreignent les droits politiques des agents publics concernés.⁶⁹⁶ Elles empêchent les personnes élues démocratiquement d'exercer la fonction pour laquelle elles ont été élues et restreignent donc le droit d'être élu.⁶⁹⁷ Dans un arrêt de 2006, le Tribunal fédéral a considéré qu'une règle d'incompatibilité absolue cantonale – l'interdiction d'être à la fois membre du conseil municipal

⁶⁹¹ Cf., pour la problématique des activités accessoires, ci-dessous N 278 ss.

⁶⁹² SCHINDLER, Art. 144, N 3.

⁶⁹³ BUFFAT, Incompatibilités, p. 182.

⁶⁹⁴ BAUMANN ET AL., Incompatibilités, p. 218 ; SCHAUB, Art. 144, N 5.

⁶⁹⁵ BUFFAT, Incompatibilités, p. 181.

⁶⁹⁶ A condition que ces règles produisent les mêmes effets que les normes sur l'inéligibilité. Cf. entre autres les ATF 123 I 97, c. 1.b)dd), et 128 I 34, c. 1.b).

⁶⁹⁷ Arrêt du TF du 3 juin 2009, 1C_11/2009, c. 3.1. Notons que les règles sur les incompatibilités personnelles restreignent également le droit de vote des citoyens qui ont élu des personnes se trouvant dans une situation d'incompatibilité.

et employé d'un établissement communal⁶⁹⁸ – constituait une « atteinte grave » aux droits politiques.⁶⁹⁹

Au niveau fédéral, ni les conseillers fédéraux ni les autres agents publics ne sont élus directement par le peuple. Il en va cependant autrement dans les cantons où tous les conseillers d'Etat et parfois aussi d'autres catégories d'agents publics le sont.⁷⁰⁰ Leurs droits politiques peuvent donc être restreints par des règles relatives aux incompatibilités personnelles.

254

Le Tribunal fédéral a soutenu pendant longtemps que les règles sur les incompatibilités ne restreignaient pas le droit de vote et d'éligibilité, aujourd'hui appelé droits politiques, puisqu'elles n'empêchaient pas une personne de se porter candidate à une élection.⁷⁰¹ Il en déduisait que le recours pour violation des droits politiques n'était pas ouvert dans les affaires concernant des incompatibilités. En 1988, il a cependant abandonné cette jurisprudence. Il admet depuis lors que les règles sur les incompatibilités découlent directement des droits politiques du moment qu'elles produisent les mêmes effets pour la personne concernée que les motifs d'inéligibilité.⁷⁰² Le Tribunal fédéral en déduit que le recours pour violation des droits politiques est ouvert à tout citoyen, que celui-ci se trouve dans un cas d'incompatibilité ou non : « [...] il problema della compatibilità di un mandato politico con determinate funzioni ufficiali può essere sollevato nell'ambito di un ricorso di diritto pubblico fondato sull'art. 85 lett. a OG e che questa via è aperta non solo al cittadino eletto che si trova in un caso di incompatibilità, ma anche agli altri cittadini che si aggravano contro il mancato rispetto delle relative clausole o che insorgono direttamente contro un atto normativo che istituisce regole di incompatibilità »⁷⁰³.

Dans un arrêt non publié de 2006, le Tribunal fédéral a affiné cette jurisprudence en précisant que l'on peut faire valoir une violation des règles sur les incompatibilités seulement si, *dans les faits*, les règles sur les incompatibilités produisent les mêmes effets que les normes sur l'inéligibilité.⁷⁰⁴ Cette précision n'a cependant pas été confirmée à ce jour.⁷⁰⁵

A l'instar de la restriction de tout autre droit fondamental, la restriction des droits politiques des agents publics doit se fonder sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but recherché.⁷⁰⁶ En ce qui concerne la base légale, nous renvoyons à nos développements précédents.⁷⁰⁷ Quant à l'intérêt public justifiant

255

⁶⁹⁸ Arrêt du TF du 8 mai 2006, 1P.763/2005, c. 3.2.

⁶⁹⁹ Arrêt du TF du 8 mai 2006, 1P.763/2005, c. 4.1. Une telle règle devrait donc figurer dans tous les cas dans une loi au sens formel, cf. ci-dessus N 216 ss.

⁷⁰⁰ Le Tribunal fédéral avait p. ex. eu à juger le cas d'une enseignante qui s'était plainte d'une violation des droits politiques en rapport avec les règles sur les incompatibilités lors d'une élection des enseignants, cf. ATF 119 Ia 167.

⁷⁰¹ ATF 114 Ia 395, c. 3.b).

⁷⁰² ATF 114 Ia 395, c. 3.b).

⁷⁰³ ATF 114 Ia 395, c. 3.b).

⁷⁰⁴ Arrêt du TF du 27 avril 2006, 1P.104/2006, c. 2.1.

⁷⁰⁵ On pourrait également se demander si le Tribunal fédéral a apporté cette précision pour ne pas devoir entrer en matière sur le fond, sans pourtant vouloir créer un précédent.

⁷⁰⁶ ATF 114 Ia 395, c. 6.a) ; arrêts du TF du 11 décembre 2001, 1P.456/2001, c. 2.1, du 8 mai 2006, 1P.763/2005, c. 4.1, et du 3 juin 2009, 1C_11/2009, c. 3.1.

⁷⁰⁷ Cf. ci-dessus N 216 ss.

une restriction, il se confond avec les buts énumérés ci-dessus.⁷⁰⁸ S'agissant la proportionnalité, le Tribunal fédéral tolère en général tant des solutions libérales que des solutions plus restrictives.⁷⁰⁹ Les règles sur les incompatibilités sont disproportionnées si, pour la même situation, une mesure moins grave, notamment un régime de récusation, aurait également suffi pour sauvegarder l'intérêt public.⁷¹⁰ Les raisons pour lesquelles une incompatibilité a été instaurée doivent en outre être réexaminées en cas de révision de la loi qui la prévoit.⁷¹¹ Enfin, la législation peut également prévoir des exceptions aux règles sur les incompatibilités pour garantir le bon fonctionnement de l'administration publique.⁷¹²

4. Les incompatibilités personnelles des membres du Conseil fédéral

256 Les incompatibilités personnelles des membres du Conseil fédéral ne trouvent pas de fondement direct dans la Constitution fédérale, contrairement aux autres types d'incompatibilités.⁷¹³ Cette absence de fondement direct est due au fait que le risque d'une concentration de pouvoirs entre les mains d'une famille n'est pas jugé élevé au niveau du gouvernement fédéral.⁷¹⁴ Selon une partie de la doctrine – dont nous partageons l'avis –, les incompatibilités personnelles des conseillers fédéraux doivent néanmoins être considérées comme faisant partie du droit constitutionnel matériel.⁷¹⁵ Elles sont réglementées à l'article 61 LOGA, qui se fonde sur l'article 144 al. 3 Cst. Ajoutons encore qu'il n'existe pas de jurisprudence à ce sujet.

a) *Les incompatibilités entre membres du Conseil fédéral*

257 Selon l'article 61 LOGA, les personnes suivantes ne peuvent être simultanément membres du Conseil fédéral : (a) deux personnes unies par le mariage, liées par un partenariat enregistré ou menant de fait une vie de couple ; (b) des parents, y compris des parents par alliance, en ligne directe et jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale ; (c) deux personnes dont les conjoints ou les partenaires enregistrés sont frères et sœurs.⁷¹⁶

258 L'article 61 LOGA a été critiqué en doctrine. Premièrement, il contient une inégalité de traitement entre les couples mariés ou enregistrés et deux personnes menant une vie de couple.⁷¹⁷ En effet, l'incompatibilité prévue par la lettre c ne s'applique que si les

⁷⁰⁸ Cf. l'ATF 114 Ia 395, c. 6.b), et l'arrêt du TF du 8 mai 2006, 1P.763/2005, c. 4.2.

⁷⁰⁹ Arrêts du TF du 8 mai 2006, 1P.763/2005, c. 4.3, et du 3 juin 2009, 1C_11/2009, c. 3.4.1.

⁷¹⁰ Cf. les arrêts du TF du 11 décembre 2001, 1P.456/2001, c. 2.4, et du 3 juin 2009, 1C_11/2009, c. 3.4.1.

⁷¹¹ ATF 114 Ia 395, c. 8.d).

⁷¹² Ce sera cependant surtout le cas au niveau communal, cf. l'arrêt du TF du 11 décembre 2001, 1P.456/2001, c. 2.6. Cf. p. ex. l'exception pour les enseignants en Valais (art. 5 *Loi sur les incompatibilités*, RS/VS 160.5).

⁷¹³ SCHINDLER, Art. 144, N 2.

⁷¹⁴ SCHINDLER, Art. 144, N 2.

⁷¹⁵ SCHAUB, Art. 144, N 2, NBP 11. Voir cependant BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 241, qui soutiennent que les incompatibilités personnelles paraissent moins importantes et ne se rattachent pas à un principe fondateur de l'Etat démocratique suisse.

⁷¹⁶ Les mêmes incompatibilités valent pour le chancelier de la Confédération, art. 61 al. 2 LOGA.

⁷¹⁷ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 222 s. Cf. également p. 220 s. du même article concernant les incohérences dans la terminologie des communautés de vie en allemand.

conjoints ou partenaires enregistrés de deux personnes au Conseil fédéral sont frères et sœurs, et non si les « compagnons » de deux personnes au Conseil fédéral sont frères et sœurs. Deuxièmement, la disposition ne prend pas en compte les familles recomposées.⁷¹⁸ Ainsi, deux personnes qui ont grandi ensemble dans une même famille, mais qui ne sont pas parentes par le sang peuvent être simultanément membres du Conseil fédéral. Troisièmement, la règle de l'article 21 al. 1 *Code civil suisse*⁷¹⁹ selon laquelle « [l]a dissolution du mariage ou du partenariat enregistré ne fait pas cesser l'alliance » peut avoir des conséquences absurdes :⁷²⁰ une personne peut siéger au Conseil fédéral avec son ex-conjoint, mais non avec la cousine de l'ex-conjoint.⁷²¹ Enfin, la disposition ne prévoit pas les conséquences du cas où une situation d'incompatibilité se réalise.⁷²²

La réglementation est en outre entachée d'un défaut plus général : elle se fonde sur une image de la famille traditionnelle qui a aujourd'hui beaucoup perdu de sa réalité.⁷²³ En effet, cette disposition – comme d'ailleurs la majorité des dispositions prévoyant des incompatibilités personnelles en Suisse – a été conçue au 19^e siècle, lorsque la famille, comprenant souvent trois générations, constituait une unité économique et une unité de vie. Les liens entre les membres de la famille étaient souvent très étroits et le divorce était beaucoup moins fréquent. Aujourd'hui, les familles nombreuses formant une unité de vie n'existent presque plus. Au contraire, « la cellule familiale a éclaté [,] ses membres se sont dispersés » et il « n'est pas rare que des parents du quatrième, voire du troisième degré ne se connaissent pas »⁷²⁴. En outre, le divorce est plus fréquent. En revanche, les rapports entre amis sont devenus beaucoup plus importants selon des études sociologiques.⁷²⁵ Ainsi, il est fréquent qu'une personne entretienne des rapports plus étroits avec un ami qu'avec un cousin ou une sœur.⁷²⁶

Compte tenu de ces développements sociétaux, le critère de parenté comme seul point de rattachement pour les incompatibilités personnelles ne semble plus adapté. Il conviendrait plutôt de trouver un « système plus équitable permettant de mieux saisir les affinités personnelles qui s'avèrent réellement pernicieuses pour la fonction »⁷²⁷. Une partie de la doctrine propose d'abandonner une réglementation énumérative qui contient forcément des lacunes et le risque d'une inégalité de traitement. Ces auteurs plaident pour l'introduction d'une disposition qui contiendrait une clause générale selon laquelle les personnes qui entretiennent des « relations propres à créer des conflits ou des concentrations de pouvoir » ne peuvent siéger ensemble au Conseil fédéral », ainsi

⁷¹⁸ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 224.

⁷¹⁹ RS 210.

⁷²⁰ Le droit civil fédéral s'applique ici en tant que droit public supplétif, cf. BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 196 s.

⁷²¹ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 225.

⁷²² BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 233.

⁷²³ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 182.

⁷²⁴ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 182.

⁷²⁵ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 236.

⁷²⁶ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 236.

⁷²⁷ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 183. Dans sa thèse de doctorat de 1987, BUFFAT critiquait l'absence de règles concernant les concubins. Ce défaut a entretemps été corrigé avec l'ajout de la « communauté de vie de fait » dans les diverses lois.

qu'une liste expresse de cas d'incompatibilités, à l'exemple de celle qui existe aujourd'hui.⁷²⁸ La réglementation proposée, composée d'une clause générale et de l'énumération de quelques cas spécifiques, est la technique utilisée en matière de récusation.⁷²⁹ Vu que ces deux ensembles de règles se ressemblent beaucoup⁷³⁰, cette manière de réglementer nous semble en principe adéquate. Il conviendrait cependant d'interpréter la notion de « relation propre à créer des conflits ou des concentrations de pouvoir » de manière plus restreinte que ce que prévoit la jurisprudence en matière de récusation, étant donné que, contrairement à la récusation, les effets d'une incompatibilité sont durables.

Au niveau fédéral, on peut cependant se poser la question de savoir si, dans les faits, l'élection de deux personnes très proches au Conseil fédéral n'est pas un cas théorique. En effet, les médias ainsi que les membres du Parlement, autorité qui élit le Conseil fédéral, examinent en général de très près les candidatures au Conseil fédéral ; il est difficile d'imaginer que des liens de sang ou des amitiés proches ne soient pas découverts dans le cadre de ce processus.

b) *Les incompatibilités entre un membre du Conseil fédéral et un agent public subordonné*

- 261 Qu'en est-il maintenant du cas où l'une des deux personnes est conseillère fédérale alors que l'autre occupe une fonction importante au sein de l'administration fédérale, le cas échéant directement subordonnée au Conseil fédéral ? Concrètement, est-ce que la fille d'une conseillère fédérale pourrait par exemple être cheffe d'un office dans le département de celle-ci ?
- 262 L'ancienne *Loi fédérale sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*⁷³¹, la LOA, réglementait cette problématique à son article 33 : un conseiller fédéral ne pouvait être parent avec « le chancelier ou le vice-chancelier de la Confédération, le secrétaire général de son département, le chef d'un groupement de son département ou le chef d'un office, les membres des directions générales de l'Entreprise des postes, téléphones et télégraphes, des Chemins de fer fédéraux et le président ainsi que les vice-présidents du Conseil des Ecoles polytechniques fédérales, lorsque ces différents agents lui sont subordonnés »⁷³². Cette règle n'a cependant pas été reprise dans la nouvelle loi fédérale sur l'organisation de l'administration.⁷³³ Il n'existe donc aujourd'hui à notre connaissance aucune règle expresse qui interdise à une personne proche d'un conseiller fédéral d'occuper des positions importantes dans l'administration fédérale.
- 263 La procédure de nomination des cadres supérieurs de la Confédération devrait cependant permettre de minimiser le risque qu'un parent ou une personne proche de l'un

⁷²⁸ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 236 s.

⁷²⁹ Pour les règles de récusation, cf. ci-dessous N 598 ss.

⁷³⁰ Cf. ci-dessus N 243.

⁷³¹ RS [172.010] ; la loi a été abrogée en 1997.

⁷³² BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 190 ; FF 1975 I 1465 ss.

⁷³³ La non-reprise de la disposition n'est pas discutée dans le Message LPers, FF 1999 II 1421.

des conseillers fédéraux soit nommé. D'un côté, le Conseil fédéral *in corpore* est compétent pour nommer la quasi-totalité des cadres supérieurs de l'administration fédérale ;⁷³⁴ un candidat a donc besoin du soutien d'au moins quatre conseillers fédéraux pour être nommé. De l'autre côté, comme les agents publics nommés par le Conseil fédéral sont obligatoirement soumis à un contrôle de sécurité relatif aux personnes ;⁷³⁵ les éventuels liens de sang ou liens personnels très étroits entre un candidat et un membre du Conseil fédéral devraient mener à une appréciation négative – si les dispositions sont appliquées correctement et si les contrôles sont bien effectués.

Un rapport de la Commission de gestion du Conseil national de 2013, basé sur une évaluation du Contrôle parlementaire de l'administration, a cependant révélé que la pratique de nomination des cadres supérieurs de la Confédération était souvent lacunaire.⁷³⁶ Selon ce rapport, le Conseil fédéral *in corpore* ne ferait dans la plupart des cas qu'accepter les propositions faites par le département compétent, sans même avoir connaissance du processus de sélection. Entre 2009 et 2012, le Conseil fédéral n'a refusé aucune proposition de nomination et n'a procédé à aucune audition de candidats pour les 81 nominations étudiées par le Contrôle parlementaire. La nomination des cadres se ferait donc largement au sein des départements. Le rapport révèle en outre que les résultats du CSP n'étaient souvent connus qu'après la nomination, ce qui va clairement à l'encontre du but et de la logique même des CSP.

En réponse à ce rapport, le Conseil fédéral a édicté en 2014 des directives sur la nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral qui définissent les éléments clés nécessaires à la préparation par les départements et la Chancellerie fédérale des procédures de nomination.⁷³⁷ Il a en outre transmis la compétence de nommer les suppléants des secrétaires généraux, les secrétaires d'Etat, les directeurs d'offices aux chefs de départements, réduisant ainsi la liste des cadres supérieurs à nommer par le Conseil fédéral *in corpore*.⁷³⁸ Pour les cadres supérieurs nommés par les seuls chefs de département, le risque qu'un parent ou une personne proche de l'un des conseillers fédéraux est ainsi plus important, étant donné que le choix n'aura pas besoin de l'accord du Conseil fédéral.

⁷³⁴ Le Conseil fédéral *in corpore* est compétent pour nommer les agents suivants : les secrétaires d'Etat, les directeurs d'office et les personnes exerçant des responsabilités comparables, les officiers généraux, les secrétaires généraux des départements, les vice-chanceliers de la Confédération, les chefs de mission, le conseil d'administration ou le conseil d'institut des établissements de la Confédération, les représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ainsi que les représentants que la Confédération a le droit de déléguer au sein d'organismes de droit privé en vertu de l'article 762 CO ou ceux que l'assemblée générale doit élire. Cf. l'art. 2 al. 1 OPers et l'art. 8j OLOGA.

⁷³⁵ La quasi-totalité des candidats est par ailleurs soumise à un contrôle de sécurité élargi au sens de l'art. 12 OSCP. Cf. ci-dessus N 234 ss.

⁷³⁶ Cf. FF 2014 2697 ss et FF 2014 2709 ss.

⁷³⁷ Cf. les Directives du Conseil fédéral sur la nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral du 28 novembre 2014, FF 2014 9511.

⁷³⁸ RO 2014 4567.

264

265

5. Les incompatibilités personnelles des agents publics

266 Etant donné que les agents publics ne font généralement pas partie d'une autorité collégiale, nous ne traiterons ici que des éventuelles incompatibilités personnelles touchant des fonctions dont l'une est subordonnée à l'autre.⁷³⁹

a) La réglementation de base

267 Lors de l'adoption du Statut fédéral au début du siècle passé, le Conseil fédéral a préféré ne pas y introduire des incompatibilités qui résultent de la parenté ou de l'alliance : « [...] nous pensons qu'il est préférable de les réserver à la législation spéciale »⁷⁴⁰. C'est ainsi que les dispositions sur les incompatibilités personnelles des agents publics ont été introduites dans les règlements d'exécution du Statut fédéral. Ces dispositions, dépourvues de base légale formelle, prescrivaient qu'« autant que possible, des parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement, ainsi que des personnes unies par un lien d'adoption, ne [seraient] pas occupés dans des fonctions établissant entre eux des rapports de subordination immédiate »⁷⁴¹. Dans les années 1980, le Statut fédéral a été complété par un article qui conférait expressément au Conseil fédéral le pouvoir de régler les incompatibilités personnelles.⁷⁴²

268 Ni cet article du Statut fédéral ni les dispositions des règlements d'exécution du Statut fédéral n'ont été repris dans la nouvelle législation générale lors de la réforme totale du droit de la fonction publique au tournant du siècle. A l'exception des cadres que le Conseil fédéral nomme directement, les départements sont compétents en matière de personnel.⁷⁴³ En l'absence d'une réglementation sur les incompatibilités personnelles, ces derniers ont donc une grande marge de manœuvre dans ce domaine. Lors du processus d'engagement, les départements doivent à notre avis prendre en compte les liens que les candidats ont ou entretiennent avec les personnes qui seront leurs subordonnés ou leurs supérieurs.⁷⁴⁴ Cette obligation découle non seulement des principes de l'Etat de droit, mais également, voire surtout, de l'exigence d'intégrité découlant de la Constitution fédérale.⁷⁴⁵

⁷³⁹ Nous ne traiterons pas du cas, certes intéressant, où deux personnes proches siègent dans un même conseil d'administration d'une société publique ou semi-publique.

⁷⁴⁰ FF 1924 III 63 (Message Statut fédéral).

⁷⁴¹ Cf. l'art. 6 Règlement des fonctionnaires 1 du 10 novembre 1959, l'art. 5 Règlement des fonctionnaires 2 du 10 novembre 1959, l'art. 8 Règlement des fonctionnaires 3 du 29 décembre 1964 et l'art. 9 Règlement sur les rapports de service des employés de l'administration générale de la Confédération et de l'entreprise des postes, téléphones et télégraphes du 10 novembre 1959, référence reprise chez BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 191.

⁷⁴² FF 1986 II 325 (Message modification Statut fédéral). Il s'agissait de l'article 7 du Statut fédéral.

⁷⁴³ Art. 2 OPers.

⁷⁴⁴ Cf. ci-dessus N 237 s.

⁷⁴⁵ Cf., à ce sujet, la troisième partie de l'étude, ci-dessous N 977 ss.

D'après un rapport du Conseil fédéral de 2014, certains départements procèdent à une telle évaluation.⁷⁴⁶ A l'OFSP, par exemple, les conflits d'intérêts qui pourraient justifier de fréquentes récusations sont un obstacle à un engagement.⁷⁴⁷

b) Les réglementations spéciales

Parmi les unités décentralisées avec ordonnance d'exécution spéciale, tant l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ) que celle de Lausanne (EPFL) disposent de réglementations expresses sur les incompatibilités personnelles. A l'EPFZ, les personnes formant une communauté de vie (mariage, partenariat ou communauté de vie de fait) ainsi que les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré ne peuvent pas occuper des fonctions dont l'une est subordonnée à l'autre.⁷⁴⁸ Une réglementation similaire vaut pour les employés de l'EPFL.⁷⁴⁹

269

Les autres unités décentralisées dotées de leur propre statut du personnel de droit public ne connaissent pas de réglementation en matière d'incompatibilités personnelles. Il n'existe en outre aucune réglementation spéciale dans ce domaine pour les cadres. Enfin, le CO ne contient pas non plus de dispositions en matière d'incompatibilités personnelles.

270

6. Les incompatibilités personnelles au niveau cantonal

Le risque d'une concentration de pouvoirs entre les mains d'une famille est plus élevé au niveau cantonal qu'au niveau fédéral dès lors que les cantons ont une population plus restreinte. C'est ainsi que près de deux tiers des cantons ont réglementé ou au moins mentionné les incompatibilités personnelles dans leurs constitutions.⁷⁵⁰ Il n'est pas surprenant que les cantons moins peuplés aient généralement inclus cette matière dans leurs constitutions, tandis que les cantons plus peuplés ont préféré la régler à un niveau infra-constitutionnel.

271

Quant à l'interdiction faite à deux personnes entretenant des liens étroits de siéger simultanément au Conseil d'Etat, les cantons ont adopté des réglementations diverses. Les différences portent avant tout sur l'étendue du cercle des personnes concernées :⁷⁵¹ certains cantons interdisent aux parents en ligne directe et collatérale jusqu'au qua-

272

⁷⁴⁶ Voir le rapport sur les conflits d'intérêts, FF 2015 1193 ss.

⁷⁴⁷ FF 2015 1229 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

⁷⁴⁸ Cf. Richtlinien über die Anstellung von Ehegatten/-gattinnen, Lebenspartnern/-partnerinnen und Verwandten an der ETH Zürich vom 11. Juni 2013, RS/ETHZ 121.14.

⁷⁴⁹ Cf. décision de l'EPFL concernant les rapports de travail d'époux ou de personnes en union libre, de parenté en ligne directe et de fratries du 24 janvier 2005.

⁷⁵⁰ Cf. l'art. 77 Cst./UR ; art. 51 Cst./OW ; art. 48 Cst./NW ; art. 76 Cst./GL ; § 20 Cst./ZG ; art. 148 Cst./SO (seulement pour les juges) ; § 72 Cst./BS ; § 52 Cst./BL ; art. 43 Cst./SH ; art. 63 al. 2 Cst./AR ; art. 30 al. 10 Cst./AI ; art. 34 Cst./SG ; § 30 Cst./TG ; art. 54 al. 4 Cst./TI ; art. 90 al. 2 Cst./VS et art. 63 Cst./JU.

⁷⁵¹ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 227 ss. Certaines inégalités de traitement que ces auteurs mentionnent ont été corrigées entretemps.

trième degré de siéger ensemble au Conseil d'Etat, d'autres aux parents jusqu'au deuxième degré ;⁷⁵² certaines réglementations incluent les alliés et les personnes menant de fait une vie de couple, d'autres pas.⁷⁵³ En outre, à l'instar de la réglementation en vigueur pour le Conseil fédéral, les dispositions cantonales ne prennent pas en compte les familles recomposées.⁷⁵⁴ Il convient, là encore, d'observer que les dispositions cantonales sur les incompatibilités personnelles se fondent sur le modèle de la famille traditionnelle ; aucun canton n'a adopté un mode de réglementation plus moderne. Nous pouvons donc renvoyer aux développements précédents concernant les incompatibilités personnelles des membres du Conseil fédéral.⁷⁵⁵

- 273 Contrairement à la législation fédérale, plusieurs cantons connaissent une interdiction pour deux personnes ayant des liens étroits d'occuper, l'une, le poste de conseiller d'Etat et, l'autre, une fonction administrative ou judiciaire. Dans le canton de Soleure par exemple, un proche d'un membre du Conseil d'Etat ne peut pas occuper les fonctions de directeur de l'administration des finances ou de directeur du contrôle des finances.⁷⁵⁶ Dans le canton de Vaud, ces personnes ne peuvent pas siéger, l'une au Conseil d'Etat et, l'autre, au Tribunal cantonal.⁷⁵⁷

L'actualité nous fournit un exemple d'une situation où l'incompatibilité n'était pas prévue par la loi, mais où les protagonistes ont tout de même décidé d'agir. En raison de l'élection de Cesla Amarelle au Conseil d'Etat du canton de Vaud, son mari a décidé de quitter son poste de directeur administratif et financier du CHUV, alors même que la législation vaudoise ne prévoit pas une telle incompatibilité.⁷⁵⁸ Il a annoncé qu'« il n'[était] pas envisageable de cumuler au sein du même couple deux fonctions importantes : en l'occurrence celle de conseillère d'Etat et celle de responsable d'une institution au budget de 1,7 milliard »⁷⁵⁹.

- 274 Plusieurs cantons connaissent en outre des réglementations sur les incompatibilités personnelles des agents publics. Ainsi, dans le canton de Soleure, deux parents ne peuvent pas occuper simultanément les fonctions de directeur de l'administration des finances et celle de directeur du contrôle des finances.⁷⁶⁰ Les réglementations valaisanne et jurassienne sont formulées de manière plus générale : les personnes ayant des liens étroits entre elles ne peuvent « occuper en même temps des fonctions administratives ou judiciaires dont l'une est immédiatement subordonnée à l'autre »⁷⁶¹. Mentionnons

⁷⁵² Cf. p. ex. les réglementations vaudoise (art. 8 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat*, RS/VD 172.115) et uranaise (art. 77 Cst./UR).

⁷⁵³ Cf. p. ex. les réglementations nidwaldienne (art. 48 Cst./NW) et schaffhousoise (art. 43 Cst./SH).

⁷⁵⁴ BAUMANN ET AL., *Incompatibilités*, p. 232.

⁷⁵⁵ Cf. ci-dessus N 259 s.

⁷⁵⁶ Cf. § 23 al. 2 *Gesetz über das Staatspersonal* (RS/SO 126.1).

⁷⁵⁷ Cf. art. 9 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat* (RS/VD 172.115).

⁷⁵⁸ Précisons que dans le canton de Vaud, le CHUV est un service administratif rattaché au département en charge de la santé et non pas un établissement autonome de droit public.

⁷⁵⁹ CACHIN JÉRÔME, *Le mari démissionne du CHUV*, *Le Courrier* du 30 mai 2017, p. 4.

⁷⁶⁰ Cf. § 23 al. 3 *Gesetz über das Staatspersonal* (RS/SO 126.1).

⁷⁶¹ Cf. l'art. 12 al. 2 *Loi sur les incompatibilités* (RS/VS 160.5) et l'art. 5 al. 1 *Loi d'incompatibilité* (RS/JU 170.31).

également les règles constitutionnelles thurgovienne et grisonne selon lesquelles « nul ne peut appartenir à l'autorité de surveillance dont il dépend directement »⁷⁶².

7. Appréciation

Deux remarques s'imposent en ce qui concerne les réglementations sur les incompatibilités personnelles. D'une part, nous avons constaté que la structure de base d'une grande partie des dispositions sur les incompatibilités personnelles date d'une époque où la famille constituait une unité économique et une unité de vie. Cette réalité a cependant changé au cours des dernières décennies. Le critère de parenté ne peut donc plus demeurer le seul à déterminer les incompatibilités personnelles. Il conviendrait à notre avis d'introduire – tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal – un critère plus général empêchant des personnes qui entretiennent des relations étroites de siéger ensemble dans un collège gouvernemental ou dans un service ou département de l'administration publique. Cette modernisation pourrait passer par l'introduction de dispositions contenant une clause générale et une liste d'exemples de cas d'incompatibilités.

275

D'autre part, nous avons vu que les règles prévoyant des incompatibilités personnelles entre agents publics d'un même département, mais également entre un membre du Conseil fédéral et un agent public directement subordonné au Conseil fédéral, ont été abolies avec l'entrée en vigueur de la nouvelle législation sur le personnel en 2001. Certes, d'autres mécanismes existent pour prévenir une éventuelle concentration du pouvoir, notamment le contrôle de sécurité relatif aux personnes ou le fait que les hauts fonctionnaires sont souvent nommés par le Conseil fédéral *in corpore*. Ces mécanismes doivent cependant être effectivement appliqués pour pouvoir compenser l'abrogation des réglementations sur les incompatibilités personnelles.

276

De manière générale, il existe à notre avis une obligation pour l'autorité de nomination de prendre en compte, lors du processus d'engagement, les liens personnels que les candidats à la fonction publique ont ou entretiennent avec leurs supérieurs ou d'autres agents publics du département ou du service. Cette obligation découle non seulement des principes de l'Etat de droit, mais également de l'exigence constitutionnelle d'intégrité.

277

III. Les activités accessoires

Nous avons traité ci-dessus des règles sur les incompatibilités personnelles. Dans la présente section, nous traiterons des incompatibilités économiques, plus connues sous les termes de réglementation des activités accessoires.

278

⁷⁶² § 29 al. 1 Cst./TG. Cf. également l'art. 22 al. 1 Cst./GR et l'art. 34 al. 3 Cst./SG. Le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts importants à propos des dispositions grisonne et thurgovienne, l'ATF 89 I 75 et l'ATF 123 I 97. Cf. STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 588 ss.

1. La problématique

a) *Les enjeux des activités accessoires*

279 L'agent public doit aujourd'hui répondre à plusieurs types d'attentes. D'une part, comme nous l'avons vu⁷⁶³, l'agent public est soumis à différents devoirs de service, notamment le devoir de fidélité et toutes les obligations qui en découlent. L'agent public est également « tenu de remplir sa charge et d'y consacrer tout son temps, c'est-à-dire en principe tout le temps prévu par l'horaire de travail »⁷⁶⁴. Les collectivités publiques accordent traditionnellement beaucoup d'importance au respect de ces obligations.⁷⁶⁵ D'autre part, les employeurs publics apprécient que les agents publics disposent d'expériences professionnelles acquises en dehors de l'administration publique, qu'ils entretiennent des contacts avec le secteur privé et se mettent constamment à jour, que ce soit sur les nouvelles méthodes de gestion, les développements sociétaux ou encore sur les problèmes qui se posent dans les différents domaines du secteur privé. La frontière entre les secteurs public et privé étant devenue plus floue, le transfert de connaissances entre les deux secteurs est considéré comme un atout pour l'administration publique.⁷⁶⁶ Une manière pour l'agent public d'acquérir ces compétences et de favoriser un réel transfert de connaissances entre les deux secteurs est d'exercer une activité accessoire en parallèle de sa fonction au sein de l'administration publique.⁷⁶⁷ Dans ce sens, l'exercice d'activités accessoires bénéficie tant à l'agent public qu'à l'administration publique.

280 Toutefois, l'exercice d'activités accessoires par des agents publics soulève également un certain nombre de questions ayant trait notamment à la surcharge de travail, à l'existence de conflits d'intérêts ainsi qu'à d'éventuelles répercussions sur la loyauté de la concurrence dans le secteur privé. Premièrement, l'exercice d'une activité accessoire peut réduire l'attention portée par l'agent public à ses devoirs de service. En effet, l'exercice d'une activité accessoire peut accaparer l'agent public à tel point qu'il néglige par la suite son travail pour la collectivité publique.⁷⁶⁸ La fatigue provoquée par l'activité accessoire, qu'elle soit corporelle ou mentale, peut se répercuter sur la qualité du travail de l'agent public ainsi que sur le volume de travail que ce dernier réussit à maîtriser.⁷⁶⁹ La capacité d'exercer plusieurs activités en parallèle varie certes en fonction de la personne ; certaines ne sont pas capables d'exercer une ou deux activités accessoires sans que cela entraîne une détérioration de leur travail pour la collectivité publique, d'autres le sont davantage.⁷⁷⁰ Le Tribunal administratif fédéral a néanmoins

⁷⁶³ Cf. ci-dessus N 201 ss.

⁷⁶⁴ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 101.

⁷⁶⁵ RITZ/BÄRTSCHI, *Nebenbeschäftigungen*, p. 43.

⁷⁶⁶ RITZ/BÄRTSCHI, *Nebenbeschäftigungen*, p. 43 ; ANNOVAZZI, *Incompatibilità*, N 7 ss.

⁷⁶⁷ RITZ/BÄRTSCHI, *Nebenbeschäftigungen*, p. 43.

⁷⁶⁸ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 106.

⁷⁶⁹ ATAF 2014/33, c. 6.3 ; Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.1 ; HELBLING, Art. 23, N 30. Voir, pour un exemple d'un employé qui ne réussissait plus à maîtriser le volume de travail que l'on lui demandait, l'arrêt du TAF du 13 août 2012, A-897/2012.

⁷⁷⁰ ATAF 2014/33, c. 6.3 ; HELBLING, Art. 23, N 30.

posé le principe général qu'une activité accessoire risque de se répercuter d'autant plus sur la disponibilité de l'agent public que le taux d'occupation est élevé.⁷⁷¹

Deuxièmement, l'exercice d'une activité accessoire peut mener à des conflits d'intérêts et à la perte de l'indépendance et de l'objectivité indispensables pour la collectivité publique. Le fait de répondre à deux supérieurs ou de défendre les intérêts de deux institutions différentes peut créer des confusions et des conflits d'intérêts. L'exercice d'une activité accessoire peut ainsi engendrer des situations où l'agent public est confronté à des tentations concrètes d'abuser de sa position ou des ressources publiques pour favoriser des intérêts privés. En outre, pour compromettre l'intégrité de l'administration publique, il suffit que le conflit d'intérêts soit apparent. Cela signifie que le seul exercice de certaines activités accessoires suffit parfois pour porter atteinte à la confiance qu'ont les citoyens dans l'administration publique, sans que l'agent public en question soit confronté réellement à une situation de conflit d'intérêts. L'aspect financier joue également un rôle dans ce contexte. Si la rémunération versée pour une activité accessoire est importante, elle mène plus facilement à des conflits d'intérêts.⁷⁷²

Enfin, l'exercice d'une activité accessoire par un agent public peut distordre la concurrence dans le secteur privé. Contrairement aux personnes œuvrant dans le secteur privé, les agents publics jouissent d'une certaine stabilité, non seulement financière, mais également en ce qui concerne leur poste de travail.⁷⁷³ Cette position favorise les agents publics « aux dépens de leurs concurrents s'ils interviennent eux-mêmes dans l'économie privée en exerçant un commerce ou une industrie »⁷⁷⁴.

Une réglementation des activités accessoires doit prendre en compte tant les conséquences positives résultant de l'exercice d'une activité accessoire par les agents publics que les risques qu'un tel exercice implique. De manière générale, « les activités accessoires et les rémunérations accessoires ne devraient jamais atteindre une importance temporelle ou financière telle que la fonction principale et les obligations de service seraient relégués au second plan »⁷⁷⁵.

b) *La notion d'activité accessoire*

i. Une notion large

La notion d'activité accessoire est définie de manière large. Ainsi, est considérée comme une activité accessoire toute activité exercée par l'agent public en dehors de son rapport de travail avec la collectivité publique.⁷⁷⁶ La définition inclut tout type d'activité, rémunérée ou non, exercée en tant qu'employé, sur mandat, comme indé-

⁷⁷¹ ATAF 2014/33, c. 6.3 ; arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.1.

⁷⁷² RITZ/BÄRTSCHI, Nebenbeschäftigungen, p. 43.

⁷⁷³ BUFFAT, Incompatibilités, p. 165.

⁷⁷⁴ BUFFAT, Incompatibilités, p. 165.

⁷⁷⁵ RITZ/BÄRTSCHI, Nebenbeschäftigungen, p. 37 (traduction par l'auteure).

⁷⁷⁶ HÄNNI, Treuepflicht, p. 90 ; JAAC 61.56, ch. 1.

pendant ou selon un autre rapport de travail ; l'activité peut être de nature économique, politique, culturelle, artistique, scientifique, religieuse, sportive ou autre.⁷⁷⁷ Ainsi, la fonction de conseillère, d'experte d'examens, de formatrice, de représentante dans des conseils d'administration, d'entraîneuse dans un club de sport ou le fait d'être (co)propriétaire d'une entreprise constituent des activités accessoires.⁷⁷⁸

285 La doctrine a pendant longtemps distingué entre les activités purement idéales et les activités lucratives.⁷⁷⁹ Cette distinction est fortement imprégnée par l'ancienne réglementation : sous l'empire du Statut fédéral, les activités de la première catégorie étaient en principe admises alors que celles de la seconde étaient en principe interdites.⁷⁸⁰ La législation actuelle ne fait pas référence à ces deux catégories. A notre avis, cette distinction a perdu de sa pertinence dès lors qu'il est souvent difficile de classer une activité dans l'une ou l'autre d'entre elles.

Ainsi, une activité idéale – par exemple le poste de présidente d'un conseil de fondation d'une institution pour enfants handicapés – peut avoir une forte composante économique suivant la hauteur de la rémunération. En comparaison, une activité économique – par exemple le poste de directeur d'une start-up qui produit des appareils informatiques pour aider des enfants handicapés – peut avoir une forte composante idéale et même causer des pertes financières à son titulaire.

286 Il ne nous semble pas non plus pertinent de distinguer entre les activités accessoires soumises à autorisation et celles pour lesquelles une autorisation n'est pas requise, comme le fait une partie de la doctrine plus récente.⁷⁸¹ En effet, au vu des grandes différences entre les réglementations quant à la soumission à autorisation ou non d'une certaine activité, une telle distinction n'est pas opportune.⁷⁸²

ii. La charge publique en tant qu'activité accessoire spéciale

287 La plupart des législations opèrent une distinction entre l'activité accessoire et la charge publique. A l'instar de la notion d'activité accessoire, la notion de charge publique n'est pas définie par la loi. Sans examiner cette question de plus près, on peut définir la charge publique en s'inspirant de la *Directive de l'Office fédéral du personnel (OFPER) concernant les activités accessoires et charges publiques au sens de l'art. 91 OPer*

⁷⁷⁷ HÄNNI, *Treuepflicht*, p. 90. Cf. également ch. 4.2 Directive AA 2015 ; *contra* : RITZ/BÄRTSCHI, *Nebenbeschäftigungen*, p. 33, selon lesquels ne constituent pas des activités accessoires les activités de loisirs, comme p. ex. les activités dans des associations, l'aide portée aux voisins ou les travaux ménagers. Cf., pour la définition de l'activité accessoire dans le domaine des hautes écoles universitaires, FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparenz*, N 24 ss.

⁷⁷⁸ L'ancien droit ne prévoyait pas de limitation temporelle pour les activités accessoires d'enseignement. Cela fut critiqué – à raison – dans le rapport sur les occupations accessoires de 1999 : « [...] il paraît difficilement possible qu'un agent de l'administration à temps complet puisse à la fois exercer son activité officielle et enseigner de manière régulière, qui plus est durant les heures de travail, sans que cela ne perturbe en aucune manière la marche du service » (FF 1999 9076).

⁷⁷⁹ HÄNNI, *Treuepflicht*, p. 90 ; MODOIANU, *Intérêts*, p. 436 ss.

⁷⁸⁰ Pour un aperçu de la réglementation du Statut fédéral, cf. ci-dessous N 308 ss.

⁷⁸¹ Cf. RITZ/BÄRTSCHI, *Nebenbeschäftigungen*, p. 33.

⁷⁸² Cf. également les nombreuses subdivisions faites dans la Directive AA 2015. Outre la catégorisation détaillée excessive qui complexifie inutilement ce domaine du droit, la directive contient plusieurs incohérences au niveau de la classification, notamment des activités d'enseignement et des détachements.

du 1^{er} décembre 2015 (Directive AA 2015), en vertu de laquelle « revêt une charge publique quiconque est membre d'une autorité (législative, exécutive ou judiciaire) ou remplit pour un établissement de droit public de la Confédération, d'un canton, d'une commune, d'une école publique, d'une Eglise reconnue par le droit public, des tâches qui sont définies dans le droit public (tâches relevant de la souveraineté de l'Etat) ». Selon une jurisprudence de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de personnel, une charge publique doit s'inscrire en outre dans le système de milice suisse. Ainsi, une activité ne peut plus être qualifiée de charge publique si l'aspect financier passe au premier plan et que le caractère civique et l'esprit de milice passent au second plan.⁷⁸³

La Directive AA 2015 cite plusieurs exemples de charges publiques : juge non professionnel, membre d'un corps législatif cantonal ou communal, membre du recrutement militaire, de la protection civile ou du service du feu, membre d'une commission scolaire⁷⁸⁴ ou d'un conseil de paroisse, officière d'état civil, contrôleur des viandes, inspectrice des denrées alimentaires, experte en champignons, curateur.⁷⁸⁵

Les charges publiques font partie de la catégorie générale des activités accessoires, dans la mesure où l'agent public les exerce en parallèle à sa fonction principale. Les charges publiques forment cependant une catégorie particulière, car la qualification d'une activité comme charge publique a des conséquences juridiques, tant au niveau fédéral que dans une partie des cantons. Ainsi, au niveau fédéral, l'agent public qui exerce une charge publique peut se voir accorder un congé payé d'au maximum 15 jours de travail par an pour l'exercice de cette activité.⁷⁸⁶

A l'instar de ce que nous avons expliqué au sujet des incompatibilités institutionnelles⁷⁸⁷, l'exercice d'une charge publique en parallèle d'un travail au sein de l'administration publique n'est pas directement pertinent pour la question de l'intégrité de l'administration publique. En effet, l'agent public est appelé à agir dans l'intérêt public, tant dans son emploi au sein de l'administration publique que lors de l'exercice de sa charge publique. Le risque que l'agent public fasse prévaloir des intérêts privés au détriment des intérêts publics n'est donc pas important dans cette configuration.⁷⁸⁸ C'est pourquoi nous ne traiterons pas plus en détail de l'exercice d'une charge publique par les agents publics.

⁷⁸³ Cf. JAAC 61.57, c. 4.c. Ainsi, l'activité de secrétaire communal(e) ne peut pas être considérée comme une charge publique lorsqu'elle est exercée dans un rapport de service de droit public et que l'indemnité perçue à cet effet correspond au salaire d'une activité à temps partiel, et cela même si la personne a été élue à ce poste par le conseil communal. L'indemnité dans ce cas s'élevait à CHF 27'664.- pour une activité de 20% (1996).

⁷⁸⁴ Confirmé par JAAC 67.68.

⁷⁸⁵ Chiffre 4.1 et annexe 2 Directive AA 2015.

⁷⁸⁶ Art. 40 al. 1 et 2 let. c O-OPers. Cette règle existe également dans de nombreux cantons, cf. p. ex. la réglementation vaudoise (art. 130 *Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud*, RS/VD 172.31.1) ou neuchâteloise (art. 31 al. 2 *Loi sur le statut de la fonction publique*, RS/NE 152.510).

⁷⁸⁷ Cf. ci-dessus N 251 s.

⁷⁸⁸ On peut en outre ajouter que l'aspect démocratique, présent en cas d'exercice d'une charge publique est absent en cas d'exercice d'une activité accessoire « standard ».

iii. Le cas-limite : les activités exercées pour des organismes appartenant à l'administration publique mais fonctionnant selon les règles du droit privé

290 Nous avons précédemment souligné la difficulté de distinguer les incompatibilités institutionnelles des incompatibilités économiques.⁷⁸⁹ Pour rappel, la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si les activités professionnelles exercées pour les organismes appartenant à l'administration publique, mais fonctionnant selon les règles du droit privé, doivent être classées dans la catégorie des incompatibilités institutionnelles ou traitées comme des activités accessoires.⁷⁹⁰ La réponse à cette question doit à notre avis être nuancée ; pour chaque activité, il convient de s'interroger si elle peut nuire à l'intégrité de l'administration publique ou à l'apparence d'intégrité de celle-ci. Cela dépendra notamment du montant de la rémunération, de l'intérêt que poursuit l'organisme⁷⁹¹ ou encore de la question de savoir si ce dernier peut être assimilé ou non à une entité de droit privé. Les développements suivants s'appliquent donc également aux activités accessoires dans des organismes appartenant à l'administration publique mais fonctionnant selon les règles du droit privé, si ces activités comportent le risque de porter atteinte à l'intégrité de l'administration publique.

c) *Le but de la réglementation*

291 Selon le Tribunal fédéral, les limites apportées à l'exercice d'activités accessoires ont pour but de « garantir que la capacité de travail du fonctionnaire soit entièrement consacrée à l'Etat » ainsi que d'« éviter les conflits d'intérêts, [d']assurer le crédit de l'administration et la confiance du public dans son impartialité »⁷⁹². Le deuxième but, la prévention des conflits d'intérêts, nous intéresse particulièrement. La réglementation des activités accessoires vise en d'autres termes à promouvoir l'intégrité de l'administration et à renforcer la confiance que portent les citoyens aux institutions étatiques.

d) *L'utilisation de l'infrastructure et des outils de travail à des fins privées*

292 L'utilisation par les agents publics de l'infrastructure et des outils de travail à des fins privées est étroitement liée à la problématique des activités accessoires. L'employeur public fournit à ses employés des instruments de travail et, le cas échéant, des matériaux de travail et il met à leur disposition des locaux adéquats pour l'accomplir leurs tâches. Avec l'augmentation du nombre d'agents publics exerçant une activité accessoire ainsi que l'augmentation du nombre d'agents publics à temps partiel, il arrive plus fréquemment que ces agents utilisent l'infrastructure et les outils de travail à des fins privées. On peut par exemple penser à la chercheuse universitaire souhaitant fonder une start-up qui utilise à cette fin les outils de recherche mis à sa disposition par

⁷⁸⁹ Cf. ci-dessus N 247 ss.

⁷⁹⁰ Cf. ci-dessus N 250.

⁷⁹¹ Cf. p. ex. l'arrêt du TF du 8 mai 2006, 1P.763/2005, c. 3.5, dans lequel le Tribunal fédéral mentionne le risque de prendre en compte les intérêts « privés » de l'établissement public en question plutôt que l'intérêt public.

⁷⁹² ATF 121 I 326, c. 2.c)bb) (JdT 1997 I 273, 276). Cf. pour les deux buts également, la Directive AA 2015, et le rapport sur les occupations accessoires (FF 1999 9080) ; HELBLING, Art. 23, N 30 ss ; SCHAUB, Art. 144, N 5 ; BUFFAT, Incompatibilités, p. 122.

l'université publique, à l'avocate employée auprès de l'administration publique utilisant son bureau pour recevoir ses clients privés ou à l'agent public qui utilise un véhicule de service pour faire des livraisons de produits de son entreprise. De manière générale, à défaut d'être explicitement autorisée, l'utilisation à des fins privées de l'infrastructure et des outils de travail mis à disposition par l'employeur est interdite.⁷⁹³ Une interdiction générale n'est cependant pas toujours opportune. Certains ordres juridiques prévoient dès lors une réglementation expresse de l'utilisation de l'infrastructure et des outils de travail à des fins privées.⁷⁹⁴

2. Les droits fondamentaux en jeu

La réglementation des activités accessoires peut restreindre la liberté économique des agents publics, dans la mesure où ceux-ci se voient interdire ou restreindre la possibilité d'exercer une activité accessoire.⁷⁹⁵ Elle peut ensuite porter atteinte à la garantie de la propriété, dans la mesure où elle prévoit l'obligation de remettre une part du revenu provenant d'une activité accessoire à l'employeur. Enfin, si elle prend en compte également les activités non rémunérées, la réglementation peut toucher la liberté personnelle ou la liberté d'association.

293

Les restrictions aux droits fondamentaux doivent remplir les conditions prévues par l'article 36 Cst. En ce qui concerne la condition de la base légale, nous renvoyons aux développements précédents.⁷⁹⁶ Parmi les intérêts publics justifiant une restriction du droit de l'agente publique d'exercer une activité accessoire, la jurisprudence cite notamment le maintien de la bonne réputation des agents publics⁷⁹⁷, la prévention des conflits d'intérêts⁷⁹⁸, la confiance des citoyens dans les autorités⁷⁹⁹, la disponibilité suffisante de l'agente publique⁸⁰⁰ et l'indépendance et la crédibilité de l'administration publique⁸⁰¹. Selon une auteure, l'intérêt de l'indépendance des agents publics s'impose en outre « avec davantage de force lorsqu'il tend à préserver l'intégrité des agents et la neutralité de l'Etat face aux intérêts économiques privés »⁸⁰².

294

Enfin, quant au critère de la proportionnalité, l'interdiction ou la restriction de l'exercice d'activités accessoires sont des mesures aptes à atteindre les intérêts publics spécifiés ci-dessus ; elles ne sont cependant pas toujours nécessaires. Ainsi, une interdiction absolue de toute activité accessoire est dans la plupart des cas considérée comme disproportionnée ;⁸⁰³ un régime d'autorisation s'avère donc suffisant. De même, plutôt

295

⁷⁹³ MODOIANU, Intérêts, p. 435.

⁷⁹⁴ Cf. p. ex. la réglementation bernoise (art. 206 *Ordonnance sur le personnel*, RS/BE 153.011.1) et les réglementations des universités suisses (FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 64).

⁷⁹⁵ Cf. ci-dessus N 222 pour la jurisprudence du Tribunal fédéral par rapport au droit des agents publics d'invoquer la liberté économique.

⁷⁹⁶ Cf. ci-dessus N 216 ss.

⁷⁹⁷ ATF 121 I 326, c. 2.c)bb).

⁷⁹⁸ ATAF 2014/33, c. 4.

⁷⁹⁹ ATF 121 I 326, c. 2.c)bb).

⁸⁰⁰ ATAF 2014/33, c. 4.

⁸⁰¹ ATAF 2014/33, c. 4.

⁸⁰² BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 207, mais également p. 208 et p. 262.

⁸⁰³ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 215.

que d'interdire une activité accessoire, son autorisation peut être assortie d'une clause accessoire. Ainsi, l'activité accessoire peut être limitée dans le temps, soumise à une condition résolutoire ou suspensive ou assortie d'une charge.⁸⁰⁴ Enfin, au niveau de la proportionnalité au sens étroit, les intérêts publics priment en règle générale sur les intérêts privés lorsque l'agente publique souhaitant exercer une activité indépendante travaille à plein temps pour la collectivité publique.⁸⁰⁵ En revanche, un agent public à temps partiel doit en principe avoir la possibilité d'exercer une activité accessoire.⁸⁰⁶

3. Les standards internationaux

²⁹⁶ La problématique des activités accessoires des agents publics est abordée par plusieurs textes internationaux. Elle est notamment mentionnée dans la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (UNCAC). Selon l'article 8 al. 5 UNCAC, les Etats parties s'efforcent « de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures [et] tout emploi [...] d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public ». Bien que contenue dans une convention internationale, qui est un acte juridiquement obligatoire pour les Etats, cette règle est formulée de manière souple : elle n'oblige pas les Etats à mettre en place des mesures ou des systèmes concrets. Elle ne se distingue donc guère des recommandations de l'OCDE et du Conseil de l'Europe en matière d'intégrité, qui invitent les Etats à réglementer la problématique dans leurs législations internes.⁸⁰⁷ Les instruments juridiques internationaux considèrent donc l'exercice d'une activité accessoire comme une situation de conflit d'intérêts, mais ils ne contiennent pas d'indications concrètes sur les mesures ou les systèmes à adopter.

4. Les activités accessoires des membres du Conseil fédéral

²⁹⁷ La réglementation des activités accessoires des membres du Conseil fédéral présente la particularité qu'elle n'a à notre connaissance jamais été soumise à l'examen d'un juge ou d'une autorité administrative ; nous baserons nos observations sur la doctrine et la pratique.

a) Les bases constitutionnelles et légales pertinentes

²⁹⁸ Selon l'article 144 al. 2 Cst., « les membres du Conseil fédéral [...] ne peuvent revêtir aucune autre fonction au service de la Confédération ou d'un canton, ni exercer d'autre activité lucrative »⁸⁰⁸. L'alinéa 3 du même article statue que la loi peut prévoir d'autres

⁸⁰⁴ Arrêt du TAF du 7 mai 2004, A-4443/2013, c. 8.1.

⁸⁰⁵ Arrêt du TAF du 7 mai 2004, A-4443/2013, c. 8.2. Cf. aussi VERNIORY/WAELTI, Réserve, p. 830.

⁸⁰⁶ Arrêt du TF du 23 juin 2006, 2P.301/2005, c. 5.1.

⁸⁰⁷ Cf. notamment la Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public de 2003 ou la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics de 2000.

⁸⁰⁸ Une disposition du même contenu, mais formulée différemment, existait également dans les Constitutions de 1874 et de 1848, cf. l'art. 97 Cst./1874 et l'art. 85 Cst./1848.

incompatibilités. En ce qui concerne les membres du Conseil fédéral, cette disposition constitutionnelle est concrétisée à l'article 60 LOGA dont le premier alinéa reprend en partie la même teneur. Il interdit en plus explicitement toute « activité professionnelle ou commerciale ». L'article 60 al. 2 LOGA précise que les membres du Conseil fédéral « ne peuvent pas non plus exercer les fonctions de directeur, de gérant ou de membre de l'administration, de l'organe de surveillance ou de l'organe de contrôle d'une organisation ayant une activité économique ». Enfin, l'article 60 al. 3 LOGA interdit aux membres du Conseil fédéral d'exercer une fonction officielle pour un Etat étranger.

b) « Aucune autre fonction » et aucune « autre activité lucrative »

La notion de fonction est interprétée de manière large par la doctrine. Elle comprend non seulement la fonction au sens étroit, c'est-à-dire le fonctionnariat, mais toute activité qui sert à l'exercice de tâches publiques pour une collectivité publique⁸⁰⁹, peu importe la forme juridique du rapport de travail, l'éventuelle rémunération ou encore le taux d'occupation.⁸¹⁰ Une activité pour une entreprise publique ou semi-publique de la Confédération exécutant des tâches publiques est donc *a priori* exclue.⁸¹¹ Il est en outre interdit aux membres du Conseil fédéral d'exercer toute sorte de fonction officielle pour un Etat étranger.⁸¹²

299

Il leur est également interdit d'exercer toute autre activité lucrative, c'est-à-dire toute activité impliquant des intérêts économiques ou financiers.⁸¹³ Peu importe à nouveau qu'il s'agisse d'une activité dépendante ou indépendante ou que la personne réalise effectivement un bénéfice.⁸¹⁴ Les fonctions de directeur, de gérant ou de membre de l'administration, de l'organe de surveillance ou de l'organe de contrôle d'une organisation ayant une activité économique sont explicitement interdites par l'article 60 al. 2 LOGA. La notion d'organisation ayant une activité économique doit être interprétée de manière large et inclure toute organisation qui n'a pas exclusivement un but idéal.⁸¹⁵ Elle devrait à notre avis couvrir également les organisations à but exclusivement idéal, qui exercent cependant dans les faits une activité lucrative, comme par exemple la FIFA ; en effet, une activité accessoire pour ce type d'organisations porterait atteinte au moins à l'apparence d'intégrité de l'administration publique. Mentionnons d'ores et déjà que les activités lucratives peuvent également poser problème au regard de l'intégrité lorsqu'un membre du Conseil fédéral les exerce après son mandat.⁸¹⁶

300

⁸⁰⁹ SÄGESSER, Art. 60, N 15 ; STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 583.

⁸¹⁰ BIAGGINI, Art. 144, N 7 ; SCHINDLER, Art. 144, N 11, SÄGESSER, Art. 60, N 18 ; SCHAUB, Art. 144, N 12. N'est pas considérée comme fonction au sens de l'art. 144 al. 2 Cst. l'exercice d'une fonction militaire découlant du service militaire ; les membres du Conseil fédéral et le chancelier de la Confédération sont cependant exemptés du service militaire pendant leur mandat, cf. SCHINDLER, Art. 144, N 11.

⁸¹¹ STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 583.

⁸¹² La disposition n'interdit cependant pas aux membres du Conseil fédéral de disposer, en plus de la nationalité suisse, d'une nationalité étrangère. Cf. pour la notion de fonction officielle pour un Etat étranger ci-dessous N 339.

⁸¹³ SÄGESSER, Art. 60, N 20.

⁸¹⁴ BIAGGINI, Art. 144, N 9 ; SCHINDLER, Art. 144, N 13.

⁸¹⁵ SÄGESSER, Art. 60, N 23 ss.

⁸¹⁶ Cf., pour la problématique du pantouflage, ci-dessous N 476 ss.

Avant son entrée en fonction, l'ancien conseiller fédéral Christoph Blocher avait renoncé à ses mandats de directeur et de président du conseil d'administration de l'entreprise Ems-Chemie. De même, l'ancien conseiller Hans-Rudolf Merz avait renoncé à plusieurs mandats dans des conseils d'administration avant son entrée en fonction.⁸¹⁷ Enfin, l'ancien conseiller fédéral Johann Schneider-Ammann a quitté le conseil d'administration de l'Ammann Group et a également renoncé à d'autres mandats après son élection.⁸¹⁸

301 En revanche, la doctrine admet l'exercice d'activités au sein d'organisations à but exclusivement idéal, par exemple dans le domaine culturel, sportif ou religieux, et d'autres activités accessoires non lucratives, telles que l'activité occasionnelle de conférencier ou d'enseignement ou la participation à une publication scientifique.⁸¹⁹ La doctrine majoritaire admet même que les conseillers fédéraux peuvent accepter une rémunération à condition qu'elle soit modeste et qu'elle ne soit pas versée de manière régulière.⁸²⁰ Cela peut sembler problématique au regard du texte de l'article 144 al. 2 Cst. qui interdit explicitement toute « activité lucrative ». Cette disposition pourrait être interprétée comme une interdiction totale d'accepter des rémunérations. La question semble cependant avoir une importance mineure en pratique : il est d'usage que les conseillers fédéraux renoncent à toutes leurs activités accessoires après leur élection.⁸²¹ La doctrine parle même à cet égard d'une « règle tacite ».⁸²²

c) *L'exception : les mandats « d'office »*

302 Selon le Message du Conseil fédéral concernant la LOGA, les « participations d'office (ou à raison de la fonction) ou sur mandat du Conseil fédéral »⁸²³ dans des entreprises ou organisations ne sont pas touchées par l'interdiction. On considère dans ce cas que l'activité n'est pas exercée à titre privé.⁸²⁴ Il convient de distinguer deux cas : d'une part, la participation d'un membre du Conseil fédéral dans une société d'économie mixte peut, selon ce dernier, parfois être souhaitable « dans le but d'exercer une surveillance et de pouvoir influencer la politique et les décisions d'une telle entreprise »⁸²⁵. Cette problématique n'est cependant qu'une question purement théorique : à l'heure actuelle, aucun membre du Conseil fédéral ne fait partie d'un conseil d'administration d'une société d'économie mixte.⁸²⁶

303 D'autre part, une participation d'office peut être prévue dans le domaine scientifique, dans des organisations internationales ou encore des organismes à but idéal. Ainsi, un membre du Conseil fédéral peut par exemple reprendre la présidence de l'OCDE⁸²⁷ ou

⁸¹⁷ SÄGESSER, Art. 60, N 29.

⁸¹⁸ Cf. ENGELER URS-PAUL, Der Bundes- und Verwaltungsrat, *Weltwoche* 6/2011.

⁸¹⁹ SCHINDLER, Art. 144, N 14.

⁸²⁰ SCHINDLER, Art. 144, N 14 ; SCHAUB, Art. 144, N 14.

⁸²¹ SCHINDLER, Art. 144, N 14.

⁸²² SCHINDLER, Art. 144, N 14.

⁸²³ FF 1993 III 1057 (Message LOGA).

⁸²⁴ BIAGGINI, Art. 144, N 7 ; SCHINDLER, Art. 144, N 11 ; SÄGESSER, Art. 60, N 16.

⁸²⁵ FF 1993 III 1057 (Message LOGA).

⁸²⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 584 s.

⁸²⁷ Citons l'exemple de l'ancien conseiller fédéral Didier Burkhalter en 2014.

celle de la Fondation Marcel Benoist, qui a pour but d'encourager les recherches scientifiques sous la forme d'un prix unique.⁸²⁸

Une partie de la doctrine classe également dans cette catégorie la présidence d'une association privée pour promouvoir la candidature de la Suisse à l'organisation de Jeux olympiques (Sion 2006).⁸²⁹ Pourtant, il ne nous semble pas que cette fonction constitue une fonction « d'office » comme dans l'exemple de l'OCDE – un tournus est instauré parmi les ministres des affaires étrangères des pays membres – ou dans celui de la Fondation Marcel Benoist – la fondation a été instituée par le Conseil fédéral et est présidée par le ou la ministre en charge de la formation et de recherche. La notion « d'office » implique donc à notre avis un acte législatif officiel prévoyant l'intervention d'un membre du Conseil fédéral ; l'acte peut être une convention internationale, les statuts d'une fondation ou encore une loi fédérale. Dans l'exemple de Sion 2006, le membre du Conseil fédéral a été choisi, certes, en raison de sa fonction de conseiller fédéral (« ès qualité »), mais pas « d'office » ; aucun acte officiel ne prévoyait à notre connaissance cette intervention. Nous estimons dès lors que cette activité doit être classée dans la catégorie « autre activité lucrative ».⁸³⁰ Par ailleurs, dans la mesure où il s'agit d'un projet privé, il est possible d'émettre des doutes quant à la conformité d'une telle activité à l'article 144 Cst. et à l'article 60 LOGA, pour autant qu'aucun acte législatif le prévoie.

304

d) *La gestion de fortune et la détention de participations dans des entreprises*

Selon la doctrine, il est en principe permis aux membres du Conseil fédéral de gérer leur propre fortune et de détenir des participations dans des entreprises, pour autant que cette gestion ne requière pas une activité continue qui devrait être assimilée à une activité professionnelle.⁸³¹ La doctrine admet qu'une activité continue est nécessaire en cas de participations « importantes ».⁸³² A notre avis, le critère de l'activité continue ne devrait cependant constituer qu'un critère parmi d'autres. En effet, la participation qu'un membre du Conseil fédéral détient dans une entreprise peut remettre en question l'intégrité de l'administration publique et, plus particulièrement, celle du Conseil fédéral, même si elle ne requiert pas une activité continue. Il conviendrait donc, à notre avis, d'adopter une approche plus globale et de se poser la question de savoir si la détention d'une participation peut nuire à l'intégrité de l'administration publique ou à l'apparence d'intégrité de celle-ci. A cette fin, nous pouvons reprendre le critère de l'importance, proposé par la doctrine : les membres du Conseil fédéral ont le droit de détenir des participations dans des entreprises pour autant que celles-ci ne soient pas importantes. La notion d'importance doit ensuite être interprétée en fonction des critères suivants : le montant effectif des participations, la rôle que joue(nt) l'(les) entreprise(s) dans l'économie nationale⁸³³, le rendement des participations, le temps que requiert leur gestion, la part de la fortune totale du membre du Conseil fédéral que

305

⁸²⁸ SÄGESSER, Art. 60, N 17.

⁸²⁹ Il s'agissait d'Adolf Ogi. SCHINDLER, Art. 144, N 11 ;

⁸³⁰ Du même avis, BIAGGINI, Art. 144, N 11.

⁸³¹ BIAGGINI, Art. 144, N 9 ; SÄGESSER, Art. 60, N 33 ; SCHINDLER, Art. 144, N 13.

⁸³² SÄGESSER, Art. 60, N 33.

⁸³³ Cf. également SCHINDLER, Art. 144, N 13

représentent les participations ainsi que du poids ou l'intérêt que la conseillère fédérale accorde à ces dernières. Ainsi, les participations de faible montant, de faible rendement et qui ne requièrent que peu de temps de gestion peuvent quand même être problématiques lorsqu'il s'agit de participations dans une entreprise jouant un rôle déterminant pour l'économie nationale, par exemple les entreprises « *too big to fail* » ou « d'importance systémique ». De même, les participations d'un montant effectif relativement faible peuvent générer des rendements importants, susceptibles de dépasser le salaire annuel d'un membre du Conseil fédéral – qui est d'à peu près CHF 400'000.- – ou même d'en constituer un multiple.

306 Dans l'histoire récente, plusieurs personnes élues au Conseil fédéral qui disposaient de participations importantes les ont transmises à des membres de leurs familles, dans la mesure où aucune restriction n'est prévue quant à l'exercice d'activités économiques par les proches des membres du Conseil fédéral. Il serait cependant possible de soutenir qu'en transmettant ses participations à un membre de la famille, le magistrat ne se défait qu'à moitié de ses conflits d'intérêts : les intérêts des membres de sa famille peuvent en effet se confondre avec ses propres intérêts.⁸³⁴ Pour éviter ce genre de situations, de nombreux pays étrangers disposent de l'instrument juridique du « blind trust » ou du « mandat de gestion ».⁸³⁵ Dans ces systèmes, le magistrat concerné transfère ses actifs à un agent fiduciaire indépendant pour la durée de son mandat. L'agent fiduciaire gère les actifs de manière indépendante et sans en informer le magistrat. La forme juridique du « blind trust » n'est pas prévue par le droit suisse.⁸³⁶ Selon le Conseil fédéral, les situations dans lesquelles un ou une ministre serait confronté à un conflit d'intérêts en raison d'une participation importante détenue par un membre de sa famille doivent être réglées par les dispositions sur la récusation.⁸³⁷ La doctrine ne s'est prononcée ni en faveur ni en défaveur du « blind trust ».⁸³⁸ Nous pensons que l'absence du « blind trust » devrait être compensée par d'autres mesures, notamment par une déclaration d'intérêts des membres du Conseil fédéral⁸³⁹ et par une interprétation large de la notion d'« intérêt personnel direct » en matière de récusation.⁸⁴⁰ Nous verrons plus loin comment le canton de Genève a réglé la problématique des participations importantes.⁸⁴¹

On peut citer l'exemple de l'ancien conseiller fédéral Christoph Blocher qui a transmis à ses enfants les participations directes et indirectes de l'entreprise Ems-Chemie – tout en soulignant que la loi ne le contraignait pas à procéder ainsi.⁸⁴²

⁸³⁴ Cf. l'Interpellation 03.3662 du Groupe socialiste du 19 décembre 2003 (« Conflit d'intérêts entre la fonction du conseiller fédéral Blocher et les liens qu'il entretient avec EMS-Chemie »).

⁸³⁵ Notamment dans le droit anglo-américain, cf. p. ex. SCHAUB, Art. 144, N 15. Cf., pour le mandat de gestion tel qu'il est pratiqué en droit français, BUGE, Politique, p. 420 s.

⁸³⁶ SÄGESSER, Art. 60, N 36 ; Réponse du Conseil fédéral à l'Interpellation 03.3662 du 19 décembre 2003 du Groupe socialiste (« Conflit d'intérêts entre la fonction du conseiller fédéral Blocher et les liens qu'il entretient avec EMS-Chemie »).

⁸³⁷ Réponse du Conseil fédéral à l'Interpellation 03.3662 du 19 décembre 2003.

⁸³⁸ Cf. notamment SCHINDLER, Art. 144, N 13 ; SÄGESSER, Art. 60, N 36 ; SCHAUB, Art. 144, N 15.

⁸³⁹ Cf. ci-dessous N 575 et N 595.

⁸⁴⁰ Cf. ci-dessous N 642 ss.

⁸⁴¹ Cf. ci-dessous N 371.

⁸⁴² SÄGESSER, Art. 60, N 35. Voir également l'initiative parlementaire 03.3629 du 18 décembre 2003 (« Liens économiques de M. Blocher, conseiller fédéral ») déposée par le Groupe du Verts qui craignait une « berlusconisation » de la Suisse, ainsi que la réponse du Conseil fédéral.

5. Les activités accessoires du personnel de l'administration fédérale

Après l'historique de la réglementation des activités accessoires au niveau fédéral (a.) et l'énumération des bases légales pertinentes dans la LPers (b.), nous analyserons successivement la réglementation de base des activités accessoires (c.), la réglementation des activités accessoires de quelques unités décentralisées (d.) et celle des cadres et dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération (e.), ainsi que la réglementation des activités accessoires contenue dans le Code des obligations (f.).

307

a) *L'historique de la réglementation des activités accessoires*

i. La réglementation du Statut fédéral de 1927

L'exercice d'activités accessoires et de charges publiques des fonctionnaires fédéraux a été réglementé pour la première fois dans le Statut fédéral, entré en vigueur en 1928.⁸⁴³ Les activités accessoires et les charges publiques – deux situations jugées « juridiquement très différentes »⁸⁴⁴ – furent traitées séparément, aux articles 14 et 15. Tandis que le fait de revêtir une charge publique était en principe conciliable avec la fonction fédérale, l'exercice d'une activité accessoire privée ne l'était pas.⁸⁴⁵

308

En effet, selon le Message du Conseil fédéral de 1924, le fait de prendre part à la vie publique à travers l'exercice d'une charge publique était considéré comme un élément positif pour les fonctionnaires fédéraux. Outre le fait qu'ils étaient jugés qualifiés pour revêtir ces charges, celles-ci leur donnaient également la possibilité d'acquérir de l'expérience et des connaissances qui pouvaient leur être utiles dans leur travail pour la Confédération.⁸⁴⁶ En revanche, la Confédération redoutait qu'un fonctionnaire se livrant à l'exercice d'une industrie ou d'un emploi privé accessoire ne néglige ses devoirs de service. Cela n'aurait pas été dans l'intérêt de la Confédération qui devait pouvoir « disposer de l'activité entière de ses employés » et qui les rétribuait « en conséquence ». En outre, selon le Conseil fédéral, « l'activité accessoire des employés de l'Etat [venait] faire concurrence à ceux qui par profession se [livraient] aux mêmes occupations ». Enfin, « ces inconvénients [seraient] d'autant plus sensibles que l'occupation accessoire [apparaîtrait] davantage comme un moyen pour le fonctionnaire d'arrondir son revenu ». A noter que ce dernier argument ne pouvait pas être invoqué pour les charges publiques qui, pour autant qu'elles soient rémunérées, ne donnaient droit qu'à une petite indemnité.⁸⁴⁷

La réglementation de l'exercice des activités accessoires prévoyait d'un côté des incompatibilités absolues et, de l'autre côté, un régime d'autorisation. Ainsi, il existait

309

⁸⁴³ Jusque-là, il existait quelques dispositions sur les activités accessoires dans l'ordonnance du 21 février 1899 sur les incompatibilités d'autres emplois avec les fonctions fédérales et la loi sur les traitements de 1897, cf. FF 1924 III 6 et 77 (Message Statut fédéral). L'incompatibilité entre le fonctionariat et le mandat de conseiller national était prévue à l'art. 77 Cst. 1874.

⁸⁴⁴ FF 1924 III 79 (Message Statut fédéral).

⁸⁴⁵ FF 1924 III 79 (Message Statut fédéral).

⁸⁴⁶ FF 1924 III 79 (Message Statut fédéral).

⁸⁴⁷ FF 1924 III 79 (Message Statut fédéral).

une incompatibilité absolue entre la fonction publique et, d'une part, « l'exercice d'une industrie ou l'exploitation d'un commerce par le fonctionnaire »⁸⁴⁸, et d'autre part, « l'exploitation d'une auberge et la vente professionnelle au détail de boissons alcoolisées par un membre de la famille vivant au ménage du fonctionnaire ». Cette deuxième incompatibilité avait pour but de préserver le fonctionnaire « contre le danger d'un usage immodéré des boissons alcooliques »⁸⁴⁹.

310 Toutes les autres activités étaient soumises à autorisation ; les autorisations devaient être accordées avec retenue, voire « à titre exceptionnel », si l'activité consistait en un mandat dans un conseil d'administration ou dans la direction d'une société à but lucratif.⁸⁵⁰ En outre, « lorsque seuls les intérêts personnels des requérants [étaient] en cause », l'autorisation de faire partie de l'administration d'entreprises privées poursuivant un but de lucre était en principe refusée.⁸⁵¹ Enfin, il convient de noter que cette réglementation s'appliquait non seulement aux occupations accessoires du fonctionnaire lui-même, mais aussi à celles exercées « par un membre de sa famille vivant dans son ménage »⁸⁵².

ii. La révision partielle de 1986

311 L'article concernant les activités accessoires a subi des modifications en 1986. Outre l'abandon de l'incompatibilité absolue de la fonction fédérale avec l'exploitation d'un restaurant ou d'un café et la vente au détail de boissons alcooliques, jugée archaïque et désuète⁸⁵³, la révision a introduit l'obligation de verser à la Confédération une partie du revenu tiré des activités accessoires, lorsque ce dernier dépassait un certain montant. Cette obligation ne concernait cependant que les activités accessoires liées à la situation administrative du fonctionnaire ou à ses obligations de service particulières.⁸⁵⁴ En ce qui concerne les agents à temps partiel, le Message du Conseil fédéral précisait que ces derniers ne pourraient obtenir une autorisation d'exercer une activité accessoire que « s'ils ont échoué dans leur tentative de voir augmenter la durée de leur travail dans l'administration »⁸⁵⁵.

iii. La révision totale du droit du personnel et quelques révisions ultérieures

312 Dans le cadre de la révision totale du droit du personnel en 2000, les articles 14 et 15 ont été remplacées par l'article 23. En outre, les articles 20 et 21 contiennent également des précisions en matière d'activités accessoires. En 2004, la réglementation sur la ré-

⁸⁴⁸ En allemand « die Ausübung eines Gewerbes und der Betrieb von Handelsgeschäften », cf. BBl 1924 III 84.

⁸⁴⁹ FF 1924 III 84 (Message Statut fédéral).

⁸⁵⁰ L'art. 15 al. 4 Statut fédéral précisait que « les groupements ou institutions fondés sur le principe d'entraide, dont le but est de procurer des avantages économiques à leurs propres membres » n'étaient pas considérées comme sociétés poursuivant un but lucratif (FF 1924 III 240).

⁸⁵¹ FF 1924 III 84 ss (Message Statut fédéral).

⁸⁵² Art. 15 al. 1 Statut fédéral.

⁸⁵³ FF 1986 II 326 (Message modification Statut fédéral).

⁸⁵⁴ FF 1986 II 327 (Message modification Statut fédéral).

⁸⁵⁵ FF 1986 II 321 (Message modification Statut fédéral).

munération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération est entrée en vigueur.⁸⁵⁶ Elle contient une réglementation spéciale des activités accessoires pour cette catégorie de personnel. Enfin, deux révisions de l'OPers de 2010 et 2012 ont touché à la réglementation des activités accessoires.⁸⁵⁷

iv. Appréciation

L'historique de la réglementation des activités accessoires des agents publics fédéraux nous montre que les activités accessoires qui permettaient au fonctionnaire de faire valoir avant tout ses intérêts personnels n'étaient pas compatibles avec son travail pour la Confédération, d'autant moins que le fonctionnaire poursuivait un but lucratif. L'analyse du Message du Statut fédéral montre que le législateur accordait une grande importance aux devoirs de service. Ce faisant, il s'inspirait, du moins en partie, du modèle wébérien de la fonction publique.⁸⁵⁸ Entre l'intérêt public et les éventuels intérêts personnels des fonctionnaires, la préférence était en règle générale donnée à l'intérêt public, car, selon le Conseil fédéral : « Les intérêts du personnel sont respectables, mais on ne saurait songer à les laisser primer ceux des administrés »⁸⁵⁹. La situation a changé avec les révisions du droit du personnel de la fin du 20^e siècle et du début du 21^e siècle qui ont inversé la perspective. Il est désormais largement admis que les agents publics ont le droit d'exercer des activités accessoires, voire souhaité qu'ils le fassent⁸⁶⁰. Nous pouvons donc constater que la réglementation des activités accessoires a été libéralisée au cours des dernières décennies.

313

b) Les bases légales pertinentes dans la LPers

Selon l'article 20 al. 2 LPers, l'employé ne peut « exercer pour un tiers une activité rémunérée [pendant la durée du contrat] que dans la mesure où il ne viole pas son devoir de fidélité ». Il ressort de cet article que l'exercice d'une activité accessoire peut constituer une violation du devoir de fidélité. Il ne contient cependant aucune précision quant aux circonstances qui constitueraient une telle violation.

314

Ensuite, selon l'article 23 LPers, « les dispositions d'exécution peuvent subordonner à une autorisation l'exercice d'activités et de charges publiques déterminées dans la mesure où elles risquent de compromettre l'exécution des tâches ». L'exercice par l'agent public d'une activité accessoire n'est donc *a priori* pas interdit, l'article 23 LPers ne prévoyant que la possibilité de subordonner l'exercice à une autorisation.⁸⁶¹ Pour le reste, l'article 23 LPers ne spécifie pas dans quels cas une autorisation peut être refusée ou accordée : les diverses dispositions d'exécution le précisent.

315

⁸⁵⁶ RO 2004 297, FF 2002 6972. Cf. également ci-dessus N 189.

⁸⁵⁷ Cf. ci-dessus N 323.

⁸⁵⁸ Au sujet du modèle wébérien, cf. ci-dessus N 81 ss.

⁸⁵⁹ FF 1924 III 5 (Message Statut fédéral).

⁸⁶⁰ Cf. ci-dessus N 279.

⁸⁶¹ Cf. HELBLING, Art. 23, N 3.

- 316 En outre, l'article 21 al. 2 LPers prévoit que « les dispositions d'exécution peuvent imposer à l'employé de remettre à la Confédération tout ou partie du revenu provenant d'activités exercées au profit de tiers lorsque celles-ci procèdent du contrat de travail ». Là encore, la loi formelle reste vague et ne prévoit que la possibilité pour les réglementations d'exécution d'introduire un tel devoir de remettre une partie du revenu.
- 317 Enfin, l'article 21 al. 4 LPers contient l'interdiction d'exercer une fonction officielle pour un Etat étranger, interdiction qui était auparavant inscrite dans la Constitution.⁸⁶² Cet article est la seule disposition de la LPers qui contient une interdiction claire en matière d'activités accessoires.
- 318 En conclusion, à l'exception de l'article 21 al. 4 LPers et contrairement à ce qui était prévu sous le Statut fédéral, les dispositions de la LPers traitant des activités accessoires sont vagues et renvoient aux dispositions d'exécution ; ce sont ces dispositions que nous nous proposons d'examiner dans ce qui suit.

c) La réglementation de base

- 319 La réglementation de base des activités accessoires est contenue dans la LPers et dans l'OPers. Elle est concrétisée dans la Directive AA 2015. La réglementation comprend plusieurs étapes : Il est d'abord nécessaire de vérifier si une activité accessoire est soumise à l'obligation d'annonce (i.). Il convient ensuite de se demander si l'activité en question est soumise à l'obligation d'autorisation (ii.). Le cas échéant, il faut examiner si une autorisation peut être délivrée ou non (iii.). Si l'activité accessoire peut être autorisée, il faut encore vérifier si l'agent en question est soumis à l'obligation de remettre une part du revenu à la Confédération (iv.). Nous traiterons également brièvement de l'interdiction de l'exercice d'une fonction pour un Etat étranger (v.) et terminerons par une appréciation critique de la réglementation analysée (vi.).
- 320 Notre analyse prendra en compte la jurisprudence pertinente du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral. Le Tribunal fédéral ne s'est jusqu'à présent pas prononcé sur la nouvelle réglementation d'exécution contenue dans l'OPers. Certains arrêts plus anciens et touchant à des domaines connexes sont cependant pertinents pour les développements suivants.⁸⁶³ En revanche, le Tribunal administratif fédéral a traité plusieurs affaires impliquant la nouvelle réglementation d'exécution sur les activités accessoires.⁸⁶⁴

i. L'obligation d'annonce

- 321 Les employés sont tenus d'annoncer à leur supérieur toutes les charges publiques et les activités rétribuées qu'ils exercent en dehors de leurs rapports de travail (art. 91 al.

⁸⁶² Cf. ci-dessus N 75.

⁸⁶³ Cf. notamment l'ATF 121 I 326 et les arrêts du TF du 23 juin 2006, 2P.301/2005, et du 29 mai 2013, 8C_913/2012.

⁸⁶⁴ Il s'agit de l'arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, de l'arrêt du TAF du 13 août 2012, A-897/2012, de l'ATAF 2014/33 (A-4443/2013 du 7 mai 2014), de l'arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, et de l'ATAF 2017 I/1 (arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016).

1 OPers).⁸⁶⁵ De plus, ils sont tenus d'annoncer les activités non rétribuées si le risque de conflit d'intérêts ne peut être exclu (art. 91 al. 1^{bis} OPers).

La Directive AA 2015 précise que les activités de loisirs qui ne présentent manifestement pas de risque de conflit d'intérêts aux yeux de l'employeur, telles que les activités bénévoles au sein d'une société de gymnastique, d'un conseil des parents ou d'une société de musique, ne doivent pas être annoncées⁸⁶⁶. La même chose vaut pour la simple appartenance à une association de loisirs. En revanche, dès qu'une telle activité est rémunérée, elle doit être annoncée.

Sont également soumises à l'obligation d'annonce les activités accessoires procédant du contrat de travail (c'est-à-dire les détachements selon la terminologie de la Directive AA 2015). Ces activités sont cependant considérées comme autorisées d'office et sont, par conséquent, exemptées de l'obligation d'autorisation.⁸⁶⁷

L'étendue de l'obligation d'annonce est donc très large, alors que ce n'était pas encore le cas il y a une dizaine d'années. En effet, de 2002 à 2009, une activité accessoire devait être annoncée seulement si elle était soumise à l'obligation d'autorisation. Lors d'une révision partielle de l'OPers en 2010, l'obligation générale d'annonce a été introduite pour toutes les activités rétribuées ; l'obligation d'annonce ne dépend donc plus de l'obligation d'autorisation. Enfin, une autre révision partielle de l'OPers, entrée en vigueur le 15 septembre 2012, a encore renforcé les exigences en prévoyant que les activités non rétribuées sont également soumises à l'obligation d'annonce si un risque de conflit d'intérêts ne peut être exclu.

322

Un durcissement ultérieur de la réglementation pourrait consister en une obligation d'annonce pour toute activité accessoire, rémunérée ou non, avec ou sans risque de conflits d'intérêts. Cette mesure nous semblerait cependant disproportionnée et risquerait d'être inefficace. En effet, les employés de la Confédération ont de nombreuses activités accessoires qui ne posent aucun problème au niveau du temps de travail ou des conflits d'intérêts. Une telle mesure mènerait à un effort administratif inutile, sans pourtant promouvoir l'intégrité de l'administration publique. Cependant, elle pourrait s'imposer dans quelques secteurs restreints.⁸⁶⁸

Comme mentionné ci-dessus, l'obligation d'annonce généralisée pour les activités rémunérées a été introduite en 2010. Sous l'ancien droit, les employés devaient apprécier eux-mêmes si leur activité accessoire pouvait engendrer des conflits d'intérêts – situation qui a été jugée insatisfaisante par le groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption (GTID Corruption).⁸⁶⁹ Il est vrai que l'employeur est en règle

323

⁸⁶⁵ Au sens du ch. 5.2 de la Directive AA 2015, l'annonce contient les éléments suivants : le nom et la fonction de la personne qui annonce l'activité, la description exacte de l'activité, le nom et l'adresse de l'employeur ou du mandant, le temps prévisible requis pour exercer l'activité, le début et la durée prévisible de l'activité, le montant de la rémunération et, pour les charges publiques, les éventuelles demandes de congés payés et la durée de ceux-ci.

⁸⁶⁶ Ch. 5.1 Directive AA 2015.

⁸⁶⁷ Ch. 4.4 Directive AA 2015.

⁸⁶⁸ Cf. p. ex. ci-dessous N 344.

⁸⁶⁹ Cf. GTID Corruption, Un état des lieux des activités de lutte contre la corruption en Suisse et à l'étranger, Rapport du 28 mars 2011 (Rapport GTID Corruption 2011), p. 10, disponible sous eda.admin.ch > Politique

générale dans une meilleure position pour procéder à cet examen. Notons cependant que la réglementation actuelle ne libère pas l'agent public de la responsabilité de procéder lui-même à l'examen de la compatibilité de son activité accessoire avec son activité principale. En effet, l'obligation d'annonce généralisée n'équivaut pas à un transfert de responsabilité en matière de « découverte » ou de constat de conflit d'intérêts. Elle signifie plutôt que cette responsabilité pèse désormais tant sur l'agent que sur l'employeur : chacun doit examiner attentivement la compatibilité d'une activité accessoire donnée avec l'activité principale pour la Confédération. Ainsi, si l'agent pense ou constate que son activité accessoire pourrait mener à des conflits d'intérêts, il est tenu d'en informer son employeur même si ce dernier n'est pas arrivé à la même conclusion.⁸⁷⁰

ii. L'obligation d'autorisation

324 Les activités accessoires soumises à l'obligation d'annonce nécessitent une autorisation dans deux cas de figure. Premièrement, si l'activité accessoire mobilise l'agent « dans une mesure susceptible de compromettre ses prestations dans l'activité exercée pour le compte de la Confédération »⁸⁷¹. Ce premier cas de figure couvre la situation où l'activité accessoire réduit l'attention portée par l'agent public à ses devoirs de service.⁸⁷² Selon la jurisprudence, les prestations sont réputées compromises si la charge de travail totale de l'activité principale et de l'activité accessoire dépasse de 10% une charge de travail entière.⁸⁷³ Le Tribunal administratif fédéral est arrivé à cette interprétation en se référant à la réglementation en vigueur pour les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération.⁸⁷⁴ Cette limite vaut également pour les agents publics à temps partiel, ce qui prend suffisamment en compte leur droit de subvenir à leurs besoins.⁸⁷⁵ Il ne peut être tenu compte des jours fériés et des vacances dans le calcul, dans la mesure où cela contrecarre le but des vacances.⁸⁷⁶ Enfin, en l'absence d'informations concrètes sur le temps nécessaire à exercer l'activité accessoire, le montant de la rémunération peut être à notre avis un indice de l'importance de cette activité.⁸⁷⁷

Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une activité d'un agent public de la Confédération était soumise à autorisation, dans la mesure où la charge de travail totale de l'activité principale et de l'activité accessoire dépassait en l'espèce de plus de 20% une

extérieure > Secteur financier et économie nationale > Corruption > Groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption. Pour le GTID Corruption, cf. ci-dessous N 921.

⁸⁷⁰ Cf. ci-dessus N 214.

⁸⁷¹ Art. 91 al. 2 let. a OPers.

⁸⁷² Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.1.

⁸⁷³ ATAF 2014/33, c. 6.3. Au sens de la Directive AA 2015, ch. 5.3.2, une charge de travail de 10% correspond à environ 20 jours par an consacrés à l'activité accessoire, c'est-à-dire entre 166 et 190 heures de travail, cf. l'arrêt du TAF, A-5065/2016 du 12 décembre 2016, c. 4.3.2 et 4.3.3).

⁸⁷⁴ ATAF 2014/33, c. 6.3. Cf. ci-dessus N 351. Dans le canton de Thurgovie, cette limite est inscrite comme limite supérieure dans la loi, cf. § 74 al. 1^{bis} *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112.

⁸⁷⁵ Arrêt du TF du 23 juin 2006, 2P.301/2005, c. 5.1.

⁸⁷⁶ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.3.

⁸⁷⁷ Cf. aussi FF 1999 9081 (Rapport sur les occupations accessoires).

charge de travail entière, et ce d'autant plus qu'une partie de l'activité accessoire était exercée pendant la nuit et le dimanche.⁸⁷⁸

L'activité d'enseignement impliquant environ 207 heures de travail (117 heures de cours, 70 heures pour la préparation et les examens et 20 heures de réserve) est soumise à autorisation si l'agent public en question est employé à 100% pour l'administration publique.⁸⁷⁹

Deuxièmement, une activité accessoire nécessite une autorisation si elle risque, « de par [sa] nature, de générer un conflit avec les intérêts du service »⁸⁸⁰. C'est le cas si l'exercice de l'activité pourrait « altérer la crédibilité ou la réputation de l'unité administrative concernée ou de la Confédération, ou pourrait remettre en cause l'indépendance et l'objectivité de l'employé ou la confiance qui lui est accordée »⁸⁸¹. Au sens de l'art. 91 al. 3 OPers, des conflits d'intérêts peuvent notamment survenir en rapport avec les activités de « conseil ou représentation pour des tiers pour des affaires qui font partie des tâches de l'unité administrative à laquelle appartient l'employé » et les « activités en rapport avec des mandats exécutés pour le compte de la Confédération ou que celle-ci doit attribuer à brève échéance ». Dans ce dernier cas, peu importe que l'activité soit rémunérée ou non.⁸⁸² 325

L'exercice d'un mandat ou d'une fonction au sein d'une société commerciale est soumise à autorisation, car on ne peut exclure *a priori* un conflit d'intérêts.⁸⁸³ C'est le cas même si le mandat n'exige aucune activité de la part de celui qui l'exerce.⁸⁸⁴

A ce stade de l'examen, le risque de surcharge ou de conflits d'intérêts est examiné de manière abstraite. Par analogie à la terminologie utilisée en droit de la procédure, cette première étape sert à apprécier si l'on « entre en matière » ; la seconde étape, qui sera décrite ci-après, permet en revanche de statuer sur le fond. Dans le premier cas de figure, il convient de se fonder sur les chiffres mentionnés par le Tribunal administratif fédéral, sans toutefois les prendre comme des limites absolues.⁸⁸⁵ Dans le deuxième cas de figure, il s'agit de focaliser l'examen sur la compatibilité de la *nature* de l'activité accessoire avec les tâches que l'agent public doit exercer au sein de la Confédération⁸⁸⁶, plutôt que d'examiner le contenu concret de l'activité accessoire. 326

iii. L'octroi de l'autorisation

Une fois établi que l'activité en question est soumise à autorisation, il convient d'examiner si l'autorisation peut être délivrée. Selon l'article 91 al. 3 1^{ère} phrase OPers, l'autorisation d'une activité accessoire est refusée si « tout risque de conflit d'intérêts 327

⁸⁷⁸ ATAF 2014/33, c. 6.4.

⁸⁷⁹ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.

⁸⁸⁰ Art. 91 al. 2 let. b OPers.

⁸⁸¹ Ch. 5.3.2 de la Directive AA 2015.

⁸⁸² Arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.4.

⁸⁸³ Arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.4.

⁸⁸⁴ Arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.4.

⁸⁸⁵ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 5.3.

⁸⁸⁶ ATAF 2014/33, c. 6.5.

ne peut pas être écarté ». Les critères d'évaluation sont cependant les mêmes que pour déterminer si une activité est soumise ou non à l'obligation d'autorisation. Cela voudrait dire, en d'autres termes, qu'en présence de motifs qui fondent l'obligation d'autorisation, l'activité accessoire en question pourrait être interdite pour les mêmes motifs.⁸⁸⁷ Le Tribunal administratif a laissé ouverte la question de savoir s'il en est ainsi, en mettant l'accent sur la grande marge de manœuvre dont dispose l'employeur lors de la décision de l'octroi de l'autorisation.⁸⁸⁸ En effet, vu la diversité des activités accessoires et l'impact différent qu'une activité accessoire peut avoir sur les personnes en question, une grande marge de manœuvre se justifie.⁸⁸⁹

- 328 Reprenons les deux critères traités ci-dessus. Un risque de conflit d'intérêts peut être constaté d'un côté en raison de la surcharge de l'employé.⁸⁹⁰ L'autorisation peut être refusée dès lors qu'il existe un simple risque, c'est-à-dire que l'employeur ne doit pas prouver que l'agent sera véritablement surchargé.⁸⁹¹ Il convient en outre de prendre en compte la fluctuation de la charge effective de travail pour la Confédération : l'activité accessoire doit être compatible avec l'activité principale également dans les périodes pendant lesquelles la charge de travail est plus importante.⁸⁹²

La demande d'autorisation déposée par un employé de la base logistique de l'armée en vue d'exercer une activité accessoire en tant que propriétaire et directeur d'une société de sécurité qu'il avait fondée lui-même a été rejetée. Outre le fait que la charge de travail totale de l'activité principale et de l'activité accessoire dépassait de plus de 20% une charge de travail entière, le travail dominical et le travail de nuit réduisaient trop la période de repos entre les prestations de travail pour la Confédération.⁸⁹³

L'autorisation pour une activité d'enseignement représentant environ 10% d'une charge de travail entière a été refusée à un agent dont les prestations de travail ont été à plusieurs reprises critiquées. L'employeur avait en outre invité cet agent à être plus présent sur son lieu de travail, sans que cela n'ait eu d'effet.⁸⁹⁴

- 329 De l'autre côté, l'autorisation doit être refusée si un risque de conflit d'intérêts est constaté en raison du contenu de l'activité accessoire.⁸⁹⁵ A ce stade, il convient d'examiner le risque de conflit d'intérêts *concret*. Là encore, l'autorisation peut être refusée dès lors qu'il existe un simple risque, c'est-à-dire que l'employeur ne doit pas prouver que l'employé se trouvera à coup sûr dans une situation de conflit d'intérêts. Plusieurs critères doivent à notre avis être pris en compte lors de cet examen, notamment le but de l'entreprise ou de l'organisation de l'autre employeur, la relation personnelle qu'entretient l'agent public avec l'autre employeur, le montant de la rémunération, les tâches concrètes à effectuer lors de l'activité accessoire, la position hiérarchique de

⁸⁸⁷ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.2.2.

⁸⁸⁸ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.2.2.

⁸⁸⁹ HELBLING, Art. 23, N 32 ; HÄNNI, Personalrecht, N 214.

⁸⁹⁰ ATAF 2014/33, c. 7.3 ; arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.2.

⁸⁹¹ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.2.2.

⁸⁹² Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 5.2.5.

⁸⁹³ ATAF 2014/33, c. 7.3.

⁸⁹⁴ Arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016.

⁸⁹⁵ ATAF 2014/33, c. 7.3 ; arrêt du TAF du 12 décembre 2016, A-5065/2016, c. 4.3.2.

l'agent public, l'apparence qu'une certaine activité accessoire donne et le motif pour lequel l'employeur privé a choisi l'agent public en question.

Le montant de la rémunération nous paraît un critère particulièrement important. Le revenu obtenu est non seulement un indice de l'importance de l'activité accessoire, mais permet également d'évaluer si cette dernière crée une certaine dépendance.⁸⁹⁶ En effet, plus la rémunération ou le gain escompté sont importants, plus l'agent public sera enclin à négliger les intérêts de la Confédération. L'élément du montant de la rémunération a été pris en compte dans une jurisprudence cantonale : le fait d'accepter une rémunération pour une vente d'un immeuble qui équivalait à plusieurs années de traitement du fonctionnaire a été jugé contraire au devoir de fidélité.⁸⁹⁷ Il est par ailleurs évident que l'appât d'un gain supplémentaire ne constituera jamais un motif d'autoriser une activité accessoire.⁸⁹⁸ La position hiérarchique de l'agent public en question est également déterminante : plus l'employé occupe un poste élevé dans la hiérarchie, plus le risque de conflit d'intérêts doit être admis facilement.⁸⁹⁹ De plus, le fait qu'une certaine activité accessoire donne l'apparence qu'elle est susceptible de créer des conflits d'intérêts suffit pour interdire cette dernière.⁹⁰⁰

330

Enfin, il convient également de prendre en compte le motif pour lequel l'employeur privé a choisi l'agent public en question. Ce critère a été soulevé de manière synthétique lors des débats du Grand Conseil genevois en 1974 sur l'introduction de règles sur les incompatibilités des conseillers administratifs de la Ville de Genève : « Je [ne] pense tout de même pas que ce conseiller administratif, qui prétend du reste ne pas avoir une formation d'économiste, a été pris au sein de ce conseil d'administration en raison de ses compétences dans le domaine bancaire, mais bien parce que ce conseiller administratif est au Conseil administratif de la Ville de Genève. Il y a là un mélange entre les affaires publiques et les affaires privées de certains qui n'est plus tolérable »⁹⁰¹. Cette réflexion vaut non seulement pour les conseillers administratifs, mais pour tout agent public.

331

Il existe un conflit d'intérêts concret lorsqu'un cadre de la Confédération prend part à la fondation d'une société à responsabilité limitée qui soumissionne ensuite lors d'une procédure de marché public avec la Confédération. Cela d'autant plus que l'épouse de cet employé a contribué pour la moitié au capital-actions de la société en question.⁹⁰²

L'exercice d'un mandat de directeur dans une société familiale peut être autorisé dans certaines circonstances, notamment si l'agent en question n'exerce aucune activité opérationnelle.⁹⁰³

⁸⁹⁶ Cf. également GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 57.

⁸⁹⁷ Cf. l'arrêt cité dans le rapport sur les occupations accessoires, FF 1999 9081.

⁸⁹⁸ MODAIANU, Intérêts, p. 439.

⁸⁹⁹ Cf. p. ex. arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.4.

⁹⁰⁰ ATF 121 I 326, c. 2.d)aa).

⁹⁰¹ Mémorial du Grand Conseil genevois 1974, Tome II, p. 1248.

⁹⁰² Cf. arrêt du TAF du 15 novembre 2010, A-4792/2010, c. 3.4.

⁹⁰³ Cf. arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.4.

Le Tribunal fédéral a confirmé un arrêt du Conseil d'Etat zurichois qui avait constaté l'existence d'un conflit d'intérêts concret dans l'exercice d'un mandat de conseiller d'administration dans une société anonyme par un membre du Ministère public, d'autant plus que le procureur concerné travaillait pour la section du Ministère public chargée de la poursuite des infractions économiques.⁹⁰⁴

Il existe un conflit d'intérêts concret lorsqu'un employé de la Confédération attribue des marchés publics à sa propre société.⁹⁰⁵

332 Les agents publics n'ont pas de droit absolu à une autorisation d'exercer une activité accessoire. Cependant, étant donné qu'ils sont titulaires de la liberté économique, ils peuvent le cas échéant faire valoir un droit conditionnel (« bedingter Anspruch ») à l'octroi d'une telle autorisation.⁹⁰⁶ A cet égard, il convient de rappeler que l'employeur peut assortir l'autorisation de l'exercice d'une activité accessoire d'une clause accessoire plutôt que de l'interdire.⁹⁰⁷ Une activité accessoire peut ainsi être limitée dans le temps, soumise à une condition résolutoire ou suspensive ou assortie d'une charge. Les deux parties au contrat de travail peuvent aussi renégocier ce dernier en vue d'abaisser la charge de travail au sein de la Confédération. Cette mesure n'est cependant efficace que si l'activité accessoire ne pouvait être autorisée en raison d'une surcharge de travail ; si un conflit d'intérêts a été constaté, ce dernier ne disparaîtra pas en réduisant la charge de travail.

333 Enfin, rappelons qu'au sens de l'article 94d al. 1 OPers, les unités administratives peuvent arrêter des directives plus strictes concernant les activités accessoires de leur personnel.⁹⁰⁸

L'Administration fédérale des finances a par exemple édicté des « Instructions relatives au comportement du personnel de l'Administration fédérale des finances » (Instructions AFF)⁹⁰⁹ dans ce cadre. Cette directive ne fait cependant que reprendre les règles contenues dans l'OPers en matière d'activités accessoires qui sont de toute façon applicables aux collaborateurs de l'AFF. Les Instructions de l'AFF sur le comportement constituent donc un code de conduite qui rassemble les dispositions pertinentes.

iv. L'obligation de remettre une part du revenu

334 L'article 92 OPers met en œuvre l'article 21 al. 2 LPers en prévoyant l'obligation de remettre une part du revenu à la Confédération. Ainsi, les « employés exerçant au profit de tiers une activité qui procède du contrat de travail conclu avec la Confédération doivent verser à celle-ci le revenu obtenu pour cette activité si la somme de ce dernier et du salaire excède au cours d'une année civile 110% du montant maximal de la classe

⁹⁰⁴ ATF 121 I 326.

⁹⁰⁵ Arrêt du TF du 29 mai 2013, 8C_913/2012.

⁹⁰⁶ HÄNNI, Personalrecht, N 214.

⁹⁰⁷ Cf. ci-dessus N 295.

⁹⁰⁸ Cf. aussi l'article 91 al. 4 OPers qui instaure un régime spécial plus sévère pour les employés engagés dans une représentation suisse à l'étranger et les employés des services de carrière.

⁹⁰⁹ Instructions relatives au comportement du personnel de l'Administration fédérale des finances du 10 décembre 2012 (état au 9 décembre 2013).

de salaire fixée dans le contrat de travail »⁹¹⁰. Le mode de calcul, les prestations à prendre en compte et d'autres détails concernant la remise du revenu sont prévus à l'art. 60 de l'*Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers)*⁹¹¹.

L'obligation de remettre une part du revenu vaut seulement en cas d'activité accessoire *procédant* du contrat de travail avec la Confédération. La règle vise notamment à éviter qu'un agent public qui reçoit un salaire de la Confédération pour son travail reçoive en outre une rémunération d'un tiers pour le même travail.⁹¹² Précisons que l'obligation de remettre une part ou l'entier du revenu des activités accessoires ne doit pas avoir pour conséquence que les agents publics avec activité accessoire soient défavorisés par rapport aux agents publics sans activité accessoire.⁹¹³

335

Selon la Directive AA 2015, les activités procédant du contrat de travail seraient d'un côté les détachements, c'est-à-dire les activités exercées « en raison de leurs rapports de travail avec la Confédération et de prescriptions légales, réglementaires ou statutaires », et, de l'autre côté, les activités que « la personne concernée ne pourrait pas [...] exercer sans être employée par la Confédération ». La doctrine inclut trois types d'activités soumises à l'obligation de remettre une partie du revenu : premièrement, les activités pour un tiers que l'agent public doit exercer en vertu de son contrat de travail avec la Confédération ; deuxièmement, les activités pour un tiers que l'agent public ne peut exercer que parce qu'il est employé de la Confédération ; troisièmement, les activités que l'agent public exerce en utilisant l'infrastructure et le personnel de son employeur fédéral.⁹¹⁴

L'agent public est dispensé de l'obligation de remettre une part du revenu si l'activité exercée au profit de tiers sert « des intérêts importants de la Confédération ». Ni les dispositions légales ni la Directive AA 2015 ne spécifient cependant ce qu'il faut entendre par « intérêts importants de la Confédération ». Cette formulation large comporte le risque de considérablement atténuer l'obligation statuée à l'alinéa premier de l'article 92 OPers. En effet, on pourrait soutenir que toute activité accessoire prévue par le contrat de travail ou par des prescriptions légales, réglementaires ou statutaires sert des intérêts importants de la Confédération. Il convient donc d'adopter une interprétation restrictive de la notion d'« intérêts importants » sous peine de vider de son sens l'obligation de remettre une part du revenu.

336

Contrairement à ce qui est prévu pour d'autres catégories de personnel public⁹¹⁵, la législation fédérale ne prévoit pas d'obligation de remettre une part du revenu pour le personnel soumis à l'OPers si les activités accessoires ne procèdent pas du contrat de travail. Une telle règle permettrait à la Confédération de garder une certaine égalité

337

⁹¹⁰ Art. 92 al. 1 OPers.

⁹¹¹ RS 172.220.111.31.

⁹¹² GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 58.

⁹¹³ HÄNNI, Personalrecht, N 216.

⁹¹⁴ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 61 ss.

⁹¹⁵ Voir notamment la réglementation des cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération (ci-dessous N 353 ss), ou, au niveau cantonal, les réglementations de certaines universités, cf. FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 61.

des salaires parmi ses employés en prévenant ainsi d'éventuels ressentiments. Elle permettrait également d'assurer que les agents publics exercent leurs activités accessoires non pour des raisons d'appât du gain, mais par intérêt pour l'activité en question. Enfin, elle permettrait de prévenir les situations dans lesquelles un agent public accorderait plus d'importance aux intérêts de son autre employeur qu'aux intérêts de la Confédération, violant ainsi son devoir de fidélité.⁹¹⁶ La situation des « cumuls des revenus » a d'ailleurs également été vue d'un mauvais œil par la Commission de gestion du Conseil national dans son rapport sur les occupations accessoires des fonctionnaires.⁹¹⁷ La Commission a en outre remarqué que cette situation était « d'autant plus insatisfaisante qu'elle touch[ait] essentiellement, voire exclusivement, des agents situés dans des classes de traitement élevées. Ces derniers disposent généralement d'un salaire suffisant pour vivre conformément à leur situation sociale »⁹¹⁸.

338 Une obligation généralisée de remettre une part ou l'entier du revenu des activités accessoires ne nous paraît pas proportionnée. Cependant, on pourrait penser à l'adoption d'une nouvelle disposition légale qui donne à l'employeur la possibilité d'assortir l'autorisation de l'exercice d'une activité accessoire de l'obligation de remettre une partie du gain provenant de l'activité accessoire. Une telle norme permettrait à l'employeur de faire face à la problématique du « cumul des revenus » au cas par cas : comme mentionné ci-dessus, l'importance de la rémunération ou du gain escompté doit à notre avis être prise en compte lors de l'examen de l'existence d'un conflit d'intérêts concret. Nous verrons plus loin que de telles bases légales existent dans plusieurs cantons.⁹¹⁹

v. L'interdiction d'exercer une « fonction officielle » pour un Etat étranger

339 L'article 21 al. 4 LPers contient une interdiction d'exercer une fonction officielle pour un Etat étranger. Autrefois prévue dans la Constitution, cette règle veut empêcher que les Etats étrangers assoient leur influence politique en Suisse ;⁹²⁰ elle vise donc à sauvegarder l'indépendance du personnel fédéral.⁹²¹ La doctrine interprète la notion de « fonction officielle » de manière large. Elle englobe toute fonction qui vise l'accomplissement de tâches publiques, qu'elle soit rémunérée ou non.⁹²² L'interdiction concerne tant les fonctions les plus importantes, telles que cheffe d'Etat, membre du gouvernement, parlementaire, juge, secrétaire d'Etat, procureur ou diplomate, que les fonctions subalternes.⁹²³ Elle comprend également la tâche de consul honoraire.⁹²⁴ Par ailleurs, la notion d'Etat étranger englobe tous les niveaux de l'Etat, c'est-à-dire également les entités fédérées, les régions, les départements et communes.⁹²⁵ Sont également considérées comme des Etats étrangers les organisations de sécurité collective,

⁹¹⁶ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 57.

⁹¹⁷ FF 1999 9077 (Rapport sur les occupations accessoires).

⁹¹⁸ FF 1999 9077 (Rapport sur les occupations accessoires).

⁹¹⁹ Cf. ci-dessous N 375 ss.

⁹²⁰ Cf. ci-dessus N 75.

⁹²¹ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 92.

⁹²² GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 94.

⁹²³ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 94.

⁹²⁴ BO CN 2000, p. 55.

⁹²⁵ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 95.

les organisations supranationales et les organisations internationales, pour autant que la Suisse n'en fasse pas partie.⁹²⁶ Ajoutons que l'exercice d'une fonction pour un Etat étranger peut également constituer une infraction pénale.⁹²⁷

vi. Appréciation

La réglementation de base des activités accessoires respecte l'équilibre entre la défense des intérêts de la Confédération et la liberté économique des agents publics. D'un côté, l'obligation d'annonce généralisée, la soumission de certaines activités à autorisation, les conditions d'autorisation, ainsi que l'obligation de remettre une part du revenu dans certaines situations sont des mesures favorisant les intérêts de la Confédération. Elles permettent à cette dernière de garder un certain contrôle sur les activités accessoires exercées par ses agents et, par-là, un contrôle sur la réputation et l'intégrité de l'administration publique. De l'autre côté, l'examen individuel de la compatibilité de chaque activité accessoire avec l'activité principale permet de prendre dûment en compte les intérêts privés des agents. Contrairement à ce qui prévalait sous l'ancien droit, il n'existe pas de règle générale selon laquelle les activités accessoires lucratives ne sont autorisées qu'exceptionnellement.⁹²⁸ Les agents publics à temps partiel ne doivent par ailleurs pas non plus tenter d'augmenter leur charge de travail dans l'administration avant de pouvoir demander l'autorisation d'exercer une activité accessoire.⁹²⁹ Chaque cas est analysé individuellement par l'employeur qui dispose d'une marge de manœuvre importante en matière d'octroi des autorisations.

340

Il convient cependant de relever l'absence d'une réglementation spéciale – plus sévère – pour les cadres de l'administration centrale.⁹³⁰ Du point de vue de leur influence, de leur pouvoir réel et de leurs tâches quotidiennes, ces personnes peuvent être comparées à maints égards tant aux cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération qu'aux membres du Conseil fédéral. Le risque de conflits d'intérêts pour ces personnes est élevé. S'y ajoute le fait que les cadres sont souvent moins susceptibles d'être « surveillés » par les médias. On peut donc se poser la question de savoir s'il ne se justifierait pas de soumettre les cadres à une réglementation plus sévère que les employés subalternes. Toutefois, grâce à la large marge de manœuvre qu'accorde la réglementation de l'OPers à l'employeur, le risque accru de conflits d'intérêts des cadres de l'administration centrale peut – et doit – être pris en compte lors de la décision sur l'octroi de l'autorisation.

341

⁹²⁶ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 95.

⁹²⁷ Cf. les articles 265 ss CP, notamment l'art. 266 CP.

⁹²⁸ Cf. ci-dessus N 308 ss.

⁹²⁹ FF 1999 9072 (Rapport sur les occupations accessoires). Au contraire, les employeurs de la Confédération ont indiqué que « les employés dont le taux d'occupation est faible sont plutôt tributaires d'activités accessoires, raison pour laquelle on se montre plus généreux envers eux », cf. le rapport sur les conflits d'intérêts, FF 2015 1236.

⁹³⁰ Cf. à ce propos une série d'articles publiés par le journal *Blick* en septembre 2016 qui démontrent que certains cadres du plus haut niveau hiérarchique ont un nombre surprenant d'activités accessoires, malgré leur taux d'occupation de 100%. Cf. p. ex. WIDMER JOËL, Die Nebenjobs der Top-Beamten. Wenn der Chef das Catering besorgt, *Blick* du 12 septembre 2016.

d) *Les réglementations spéciales de quelques unités décentralisées*

342 De nombreuses unités décentralisées ont édicté leur propre réglementation en matière d'activités accessoires, tant les unités qui ont leur propre statut de droit du personnel que les unités qui sont considérées comme des employeurs.

343 De manière générale, on peut constater qu'une grande partie des réglementations spéciales correspondent pour l'essentiel à l'OPers. La seule différence réside le plus souvent dans l'absence d'une obligation d'annonce pour les activités accessoires non rétribuées mais pouvant mener à des conflits d'intérêts. C'est le cas notamment des réglementations applicables au personnel de METAS⁹³¹, aux employés de la PUBLICA⁹³² et à ceux de Swissmedic⁹³³.

344 D'autres réglementations sont légèrement plus strictes que celle prévue par l'OPers. On peut citer notamment les règles sur les activités accessoires applicables au personnel de la FINMA⁹³⁴ et de l'IFSN⁹³⁵. Les employés de ces autorités doivent demander une autorisation pour toute activité accessoire, qu'elle soit rémunérée ou non, en annonçant la nature et l'ampleur de l'activité.

La réglementation de la FINMA relative aux activités accessoires a été considérablement durcie ces dernières années, après que plusieurs cas d'activités accessoires très délicates de membres de la direction de la FINMA sont devenus publics. Un membre du conseil d'administration de la FINMA était par exemple en même temps membre du conseil d'administration de la Banque Privée Espirito Santo (BPES).⁹³⁶ Il va de soi qu'une personne chargée de contrôler les banques ne peut pas elle-même travailler pour les banques, sans perdre toute crédibilité.

345 Enfin, le Conseil des EPF et le personnel des deux écoles polytechniques fédérales et des instituts appartenant au domaine des EPF connaissent des règles particulièrement complexes en matière d'activités accessoires. Il existe non seulement une multitude de règles juridiques, mais chaque catégorie de personnel est soumise à sa propre réglementation.⁹³⁷ Les réglementations diffèrent en outre selon les établissements. A certains égards, ces réglementations sont moins strictes que l'OPers. Ainsi, les professeurs

⁹³¹ Cf. l'art. 16 OPers-METAS.

⁹³² Cf. l'art. 47 al. 1 OPers-PUBLICA.

⁹³³ Cf. l'art. 46 al. 1 OPers-Swissmedic. Voir également le ch. 4.1 al. 3 du *Code de conduite* de Swissmedic du Directeur de l'Institut du 3 octobre 2014, non disponible sur internet (Code de conduite Swissmedic). Le Code de conduite contient en outre des règles détaillées en ce qui concerne la participation à des publications, conférences et formations et les activités d'enseignement du personnel de Swissmedic.

⁹³⁴ Cf. l'art. 36 al. 1 et 2 et 37 OPers-FINMA. Cf. également le *Code de conduite de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers* (état au 1^{er} juillet 2015 ; Code de conduite FINMA).

⁹³⁵ Cf. l'art. 40 al. 2 OPers-IFSN.

⁹³⁶ Voir p. ex. SCHLETTI BRUNO, Heikle Sonderregel für FINMA-Verwaltungsräte, *Tages Anzeiger* du 15 septembre 2014.

⁹³⁷ Cf. notamment l'art. 7a de l'Ordonnance sur le domaine des écoles polytechniques fédérales (RS 414.110.3), art. 56 et 56a OPers-EPF, art. 6 Ordonnance du Conseil des EPF sur le corps professoral des écoles polytechniques fédérales (RS 172.220.113.40) et les directives internes des écoles et établissements. Aux bases légales s'ajoutent des règlements internes. Cf. p. ex. les Richtlinien betreffend Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren der ETH Zürich du 12 février 2008 (RS ETZH 501.2) ou les Richtlinien des ETH-Rates betreffend Nebenbeschäftigungen der Mitglieder der Schulleitungen der ETH und der Direktionen der Forschungsanstalten du 26 septembre 2012 (RS ETZH 501.4).

de l'EPFZ ne doivent annoncer une activité accessoire que s'ils ont un doute quant à la conformité de cette dernière avec les règlements.⁹³⁸

Certaines directives internes – qui ne peuvent être qualifiées d'actes normatifs à proprement parler⁹³⁹ – contiennent cependant des règles parfois plus strictes. Les employés de l'EPFL doivent par exemple annoncer les participations financières qu'ils détiennent dans des sociétés lorsqu'un conflit d'intérêts potentiel existe.⁹⁴⁰

En résumé, nous relèverons que si certaines réglementations spéciales ressemblent beaucoup à celle de la LPers et l'OPers, d'autres sont plus ou moins sévères. Quant aux réglementations moins sévères, la question se pose de savoir si des standards moins élevés peuvent se justifier pour le personnel de ces unités. D'une part, le fait que la législation concède à ces unités une grande autonomie plaiderait en faveur d'une indépendance en matière de réglementation des activités accessoires. D'autre part, il convient de prendre en compte que ces unités, bien que décentralisées, appartiennent à l'administration publique et contribuent à la réputation – positive ou négative – de cette dernière. De plus, il s'agit souvent d'autorités de surveillance ou de régulation qui devraient donc, en raison de leur position, être encore plus indépendantes du secteur privé que l'administration publique centralisée. Pour ces motifs et au vu de l'exigence constitutionnelle d'intégrité, nous estimons que les standards en matière d'activités accessoires des unités décentralisées ne devraient en tout cas pas être inférieurs à ceux prévus par la LPers et l'OPers. L'intérêt de l'Etat à une administration publique intègre doit à notre avis primer sur les intérêts privés en jeu dans ces cas.

346

e) *Les cadres et dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération*

S'agissant des activités accessoires des cadres du plus haut niveau hiérarchique et des membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération, nous analyserons l'obligation d'annonce (i.), l'approbation du Conseil fédéral (ii.) et l'obligation de remettre une part du revenu (iii.), et procéderons à une appréciation de la réglementation dans son intégralité (iv.).

347

i. L'obligation d'annonce pour les activités rétribuées

L'article 6a al. 3 LPers précise que « les activités accessoires rétribuées qui mobilisent [les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération] dans une mesure susceptible de compromettre leurs prestations dans l'activité exercée pour le compte de l'entreprise ou de l'établissement ou qui risquent d'entrer en conflit avec les intérêts de ces derniers sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral » et charge celui-ci de régler l'obligation de remettre le revenu des activités accessoires à l'entreprise ou l'établissement

348

⁹³⁸ Cf. FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 59.

⁹³⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 421 ss.

⁹⁴⁰ Art. 12 de la Directive concernant la gestion des conflits d'intérêt dans le cadre d'activités ou des fonctions publiques exercées en dehors des rapports de travail du 1^{er} décembre 2005 (LEX 4.1.1).

concerné. La loi prévoit également que le montant total des salaires et honoraires versés à ces personnes doit être public.⁹⁴¹

349 Selon l'article 11 al. 2 OSaC, « tout cadre du plus haut niveau est tenu d'annoncer à l'instance supérieure qu'il a accepté d'exercer une activité accessoire rétribuée visée à l'al. 1 ». L'alinéa 1^{er} du même article contient une liste d'occupations réputées « activités accessoires » : l'exercice d'un mandat politique, l'exercice d'une activité en qualité de membre d'un organe de direction d'une autre entreprise ou d'un autre établissement de droit public ou privé et l'exercice d'une activité de conseil. Il s'agit là d'une liste non exhaustive (« en particulier »), si bien qu'il faut admettre que toute activité accessoire rétribuée d'un cadre ou d'un dirigeant d'une entreprise ou d'un établissement de la Confédération est soumise à l'obligation d'annonce. En revanche, la législation ne les oblige pas à annoncer à l'instance supérieure leurs activités accessoires *non rétribuées*, même si elles pourraient mener à un conflit d'intérêts.

350 En matière d'obligation d'annoncer, la réglementation de base de l'OPers est donc plus stricte que celle s'appliquant aux cadres et dirigeants, dans la mesure où l'OPers exige également l'annonce d'activités accessoires non rétribuées qui peuvent mener à des conflits d'intérêts. Nous estimons que cette différence de traitement ne se justifie pas, dès lors que les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération sont souvent plus exposés à des situations de conflit d'intérêts que les agents subalternes de l'administration fédérale centralisée. En effet, le risque de conflits d'intérêts croît en principe avec l'augmentation des responsabilités et des marges de manœuvre. Il découle à notre avis des principes de l'Etat de droit, notamment de l'égalité de traitement et de l'exigence d'intégrité, que les standards applicables aux cadres et dirigeants doivent être au moins aussi sévères que ceux applicables au personnel soumis à l'OPers. L'obligation d'annonce devrait selon nous être élargie aux activités accessoires non rétribuées, mais donnant potentiellement lieu à des conflits d'intérêts.

ii. L'approbation du Conseil fédéral

351 L'organe de direction examine ensuite si l'activité en question mobilise le cadre ou le dirigeant dans une mesure susceptible de compromettre ses prestations ou si elle risque de conduire à des conflits d'intérêts. Selon l'article 11 al. 3 OSaC, « [l]es prestations sont réputées compromises si la charge de travail totale de l'activité principale et de l'activité accessoire dépasse de 10% une charge de travail entière ». Ce même alinéa précise également que l'organe de direction peut édicter des dispositions plus restrictives.⁹⁴² En outre, selon l'article 11 al. 4 OSaC, l'activité accessoire peut conduire à des conflits d'intérêts si elle est exercée dans la même branche ou dans une branche apparentée ou si elle peut donner lieu « à une relation d'affaires directe ou à une participation directe ». Dans ce cas, « un examen approfondi doit être entrepris pour déterminer si [elle peut être admise] ». L'alinéa ne précise cependant pas quelle autorité – l'organe

⁹⁴¹ Art. 6a al. 4 et art. 15 al. 6 LPers.

⁹⁴² Il ressort des rapports sur les salaires des cadres de 2007 à 2015 que Skyguide a fait usage de cette faculté. Le plafond y est fixé à 100 heures d'activités accessoires par an.

de direction ou le département – doit procéder à cet examen, mais il faut admettre qu'il s'agit du premier.

Si l'organe de direction arrive à la conclusion que l'on est dans l'un de ces deux cas de figure, il le notifie au département compétent. Ce dernier procède à son tour à un examen pour déterminer si le Conseil fédéral doit donner son accord. Enfin, si le département décide de soumettre le dossier au Conseil fédéral, l'article 6a al. 3 LPers permet à ce dernier d'approuver ou non l'exercice de l'activité accessoire en question.⁹⁴³ Le fait que la base légale soit formulée de manière à autoriser le Conseil fédéral à approuver une activité accessoire qui surcharge le cadre ou le dirigeant ou qui risque de conduire à des conflits d'intérêts nous paraît très problématique. En effet, cela revient à légitimer une baisse de performance et l'existence de conflits d'intérêts potentiels – des cas de figure qui ne devraient pas être tolérés, d'autant moins que l'on se trouve au plus haut niveau hiérarchique. En outre, compte tenu des salaires importants que reçoivent les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération, il est légitime d'attendre d'eux qu'ils n'exercent aucune activité accessoire qui pourrait nuire à leur employeur. A notre avis, la possibilité d'approbation prévue à l'article 6a al. 3 LPers est contraire à la Constitution, notamment au principe de l'intérêt public, de l'égalité de traitement, voire à l'interdiction de l'arbitraire. La réglementation viole également, ou peut-être principalement, le principe d'intégrité dont nous proposerons la reconnaissance plus bas.⁹⁴⁴ Plutôt que de les soumettre à l'accord du Conseil fédéral, il convient d'interdire tout simplement les activités accessoires qui surchargent le cadre ou qui peuvent mener à des conflits d'intérêts, comme c'est le cas pour les employés soumis à l'OPers.

352

iii. L'obligation de remettre une part du revenu à l'employeur

Selon l'article 11 al. 5 OSaC, « la part du revenu provenant d'activités accessoires qui dépasse 30% de la rémunération doit être remise à l'employeur ». Contrairement à la réglementation de l'OPers, l'obligation de remettre le revenu à l'employeur vaut pour tous les types d'activités accessoires et non pas seulement pour celles procédant du contrat de travail avec l'employeur. Au vu des salaires importants que gagnent les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération, cette mesure ne restreint pas de manière excessive la liberté économique et la garantie de la propriété de ces derniers.

353

L'employeur peut cependant renoncer entièrement ou partiellement à se faire remettre la part de revenu en question si l'exercice de l'activité accessoire « est motivé par l'intérêt de l'employeur » (art. 11 al. 5 OSaC). La disposition ne précise pas quelles activités pourraient être motivées par l'intérêt de l'employeur. Cette règle nous paraît problématique à deux égards au moins. D'une part, la formulation très vague de la disposition laisse une grande marge de manœuvre à l'employeur dans un domaine sensible,

354

⁹⁴³ Il ressort des rapports sur les salaires des cadres entre 2004 et 2015 qu'une seule activité accessoire a été autorisée par le Conseil fédéral pendant ce temps (cf. le rapport sur le salaire des cadres 2013). Les rapports ne mentionnent cependant pas le nombre d'approbations refusées et ne contiennent pas non plus les listes des activités accessoires exercées par les cadres et dirigeants qui nous permettraient de vérifier que ces derniers n'ont effectivement pas d'activités accessoires problématiques.

⁹⁴⁴ Cf. ci-dessous N 977 ss.

ce qui peut mener à une pratique très, voire trop laxiste. Au regard de l'autonomie dont disposent les entreprises et établissements de la Confédération, il ne serait pas difficile pour eux d'abuser de cette marge de manœuvre sans que personne ne s'en aperçoive. A notre avis, le Conseil fédéral aurait dû au moins spécifier les circonstances dans lesquelles l'employeur peut renoncer à se faire remettre une part du revenu.

355 D'autre part, le contenu de la règle nous paraît inadéquat. Dans ce contexte, il convient de rappeler que les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération sont bien rétribués. Le salaire leur permet de vivre conformément à leur situation sociale ; ils n'ont donc pas besoin d'une rémunération additionnelle pour « boucler leurs mois ». On peut donc admettre que s'ils exercent une activité accessoire, ils le font par intérêt personnel ou professionnel et non par nécessité de compléter leur revenu. Dans cette perspective, un seuil de 30% nous paraît déjà relativement haut et devrait donc s'appliquer à l'exercice de toute activité accessoire, peu importe que l'exercice de l'activité soit motivé par l'intérêt de l'employeur ou non. Un argument supplémentaire permet de confirmer cette appréciation : on peut considérer que le fait de pouvoir garder un revenu dépassant le seuil de 30% constitue en soi un risque de conflit d'intérêts. En effet, si le cadre ou dirigeant, outre son salaire de base important, reçoit autant d'argent d'un autre employeur ou d'une autre entité, le risque qu'il néglige les intérêts de son employeur principal est concret.

356 En résumé, la règle selon laquelle l'employeur peut renoncer entièrement ou partiellement à se faire remettre une part du revenu si l'exercice de l'activité accessoire est motivé par l'intérêt de l'employeur nous paraît inadéquate, tant en ce qui concerne sa forme que son contenu. Pour les motifs cités précédemment, nous estimons qu'elle est contraire à l'exigence d'intégrité.

iv. Appréciation

357 La réglementation actuelle des activités accessoires pour les cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération viole à notre avis l'exigence constitutionnelle d'intégrité, et cela à plusieurs égards. De manière générale, étant donné que les cadres et dirigeants sont plus souvent exposés à des situations de conflits d'intérêts en raison de leur position hiérarchique élevée, il se justifie de les soumettre au moins aux standards applicables au personnel soumis à l'OPers. Sont par conséquent critiquables l'absence d'une obligation d'annonce pour les activités accessoires non rétribuées mais pouvant mener à des conflits d'intérêts, la possibilité pour le Conseil fédéral d'approuver une activité accessoire qui surcharge le cadre ou dirigeant, ou qui mène à des conflits d'intérêts, ainsi que la possibilité pour l'employeur de renoncer à se faire remettre une part du revenu de l'activité accessoire si son exercice est motivé par l'intérêt de l'employeur.

358 On nous objectera que les entreprises et établissements extérieurs à l'administration centralisée doivent garder une certaine flexibilité en matière de droit du personnel pour pouvoir accomplir leurs tâches de manière efficiente.⁹⁴⁵ Certes, il n'y aurait pas de sens d'imposer à ces entités des réglementations trop détaillées dans le domaine du

⁹⁴⁵ Cf. p. ex. RITZ/BÄRTSCHI, Nebenbeschäftigungen, p. 37.

droit du personnel et de leur enlever ainsi toute autonomie. A notre avis, le respect d'un standard minimal se justifie cependant, dans la mesure où la réglementation des activités accessoires touche à la réputation et à l'intégrité de l'administration publique. Il convient en effet de garder à l'esprit que, bien que n'appartenant plus à l'administration centrale, les entreprises et établissements de la Confédération font toujours partie de l'administration publique et qu'ils représentent la Confédération vis-à-vis de l'extérieur.

f) *La réglementation du Code des obligations*

L'article 321a al. 3 CO stipule que le travailleur ne doit pas accomplir, pendant la durée du contrat, « du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur ». Est contraire au devoir de fidélité toute activité qui compromet les prestations de l'employé ou qui fait concurrence à l'employeur.⁹⁴⁶ En dépit de sa dénomination « interdiction du travail au noir », l'article 321a al. 3 CO interdit non seulement les activités exercées de manière illégale mais toute activité rémunérée interdite.⁹⁴⁷ L'article 321a al. 3 CO a cependant un caractère dispositif : les parties peuvent convenir d'une autre réglementation.⁹⁴⁸ Une interdiction totale d'exercer une activité pour un tiers n'est toutefois admissible que lorsque l'employeur peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection.⁹⁴⁹ 359

Comparée notamment à la réglementation de base examinée ci-dessus, la réglementation du Code des obligations est très rudimentaire et laisse *a priori* une grande marge de manœuvre aux parties au contrat. Ces dernières peuvent donc prévoir des régimes spéciaux. Cependant, il faudrait se poser la question de savoir si, en l'absence de dispositions spéciales en matière d'activités accessoires, les standards de base contenus dans la LPers et l'OPers peuvent s'appliquer par analogie. En effet, cette réglementation de base découle du devoir de fidélité qui, lui, devrait être le même pour toutes les personnes travaillant pour la collectivité publique.⁹⁵⁰ Il faudrait en particulier prendre en compte les considérations relatives à la prévention des conflits d'intérêts et au maintien d'une bonne réputation de la fonction publique.⁹⁵¹ La réglementation de base contenue dans la LPers et l'OPers constituent à notre avis le seuil minimal de tout régime des activités accessoires. 360

g) *Appréciation générale de la réglementation des activités accessoires au niveau fédéral : cinq critères déterminants*

Le domaine des activités accessoires des agents publics au niveau fédéral est caractérisé par le fait qu'il compte un grand nombre de réglementations différentes et parfois 361

⁹⁴⁶ REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a CO, N 12.

⁹⁴⁷ REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a CO, N 12 ; DUNAND, Art. 321a CO, N 28. Dans la mesure où l'article 321a al. 3 CO vise seulement les activités rémunérées et non toutes les activités accessoires, l'article 23 LPers a une portée plus large, cf. HELBLING, Art. 23, N 35, et HÄNNI, Personalrecht, N 211.

⁹⁴⁸ REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a CO, N 12.

⁹⁴⁹ DUNAND, Art. 321a CO, N 30.

⁹⁵⁰ Cf. ci-dessus N 207.

⁹⁵¹ Cf. également ATF 121 I 326, c. 2.c)bb).

très divergentes. Outre la réglementation de base s'appliquant au personnel de l'administration centrale, on trouve une réglementation spéciale pour les cadres des entreprises et établissements de la Confédération, maintes réglementations spéciales s'appliquant aux unités décentralisées, ainsi que les règles du CO pour certains employés.

- 362 La multitude de régimes rend une appréciation globale difficile ; nous pouvons néanmoins identifier cinq critères qui sont décisifs pour apprécier le degré de restriction de la liberté de l'agent public d'exercer une activité. En fonction du nombre de critères remplis dans un secteur de l'administration, un groupe du personnel ou une unité administrative, la réglementation devrait être plus ou moins restrictive. Les critères en question sont le niveau hiérarchique, le degré de proximité avec le secteur privé, le fait de disposer ou non de compétences décisionnelles, le fait d'occuper ou non une fonction de surveillance et, enfin, le fait d'occuper ou non une fonction de régulation. Les deux premiers critères peuvent être réalisés dans une mesure plus ou moins grande, les trois derniers suivent un schéma binaire. Ainsi, si un agent public est placé à un niveau élevé dans la hiérarchie, qu'il entretient des rapports étroits avec le secteur privé, dispose de compétences décisionnelles et occupe une fonction de surveillance et de régulation, la réglementation lui applicable en matière d'activités accessoires devrait être très sévère. En revanche, un agent public en bas de la hiérarchie, sans rapports avec le secteur privé, sans compétences décisionnelles et n'occupant pas une fonction de surveillance ou de régulation, ne devrait pas être soumis à une réglementation sévère. En appliquant ces critères aux réglementations analysées, nous parvenons aux conclusions suivantes.
- 363 La *réglementation de base contenue* dans la LPers et l'OPers accorde au supérieur hiérarchique une grande marge de manœuvre. Elle lui permet – et il est à notre avis obligé de procéder ainsi – d'adopter des standards différents dans des situations différentes, notamment d'adopter des standards plus stricts pour les cadres.
- 364 La *réglementation pour les cadres des entreprises et établissements de la Confédération* contient plusieurs éléments qui sont en deçà du standard de la réglementation de base, notamment l'absence d'une obligation d'annonce pour les activités accessoires non rétribuées mais pouvant mener à des conflits d'intérêts, la possibilité pour le Conseil fédéral d'approuver une activité accessoire qui peut mener à des conflits d'intérêts ou encore la possibilité pour l'employeur de renoncer à se faire remettre une part du revenu de l'activité accessoire si son exercice est motivé par l'intérêt de l'employeur. A notre avis, ce traitement préférentiel viole l'exigence constitutionnelle d'intégrité, dès lors que les cadres des entreprises et établissements de la Confédération sont placés très haut dans la hiérarchie administrative et que la réglementation qui leur est applicable ne devrait donc pas être en deçà des standards de la réglementation de base.
- 365 La même conclusion s'impose quant à la *réglementation des unités décentralisées* dont certaines ne connaissent pas l'obligation d'annoncer les activités non rétribuées mais menant à des conflits d'intérêts, ou même seulement une obligation d'annonce pour les activités potentiellement délicates.

Enfin, le contrat des agents publics soumis au Code des obligations devrait contenir une réglementation des activités accessoires qui satisfasse aux critères mentionnés.

366

6. Le cadre légal au niveau cantonal

S'agissant du cadre légal cantonal en matière d'activités accessoires des agents publics, nous présenterons d'abord succinctement les réglementations applicables aux conseillers d'Etat (a) et ensuite celles applicables aux fonctionnaires de l'administration centrale (b).

367

a) Les activités accessoires des conseillers d'Etat

La grande majorité des cantons connaît une réglementation des activités accessoires des membres du Conseil d'Etat. Plus d'un tiers d'entre eux règle cette matière, ou du moins ses bases, au niveau constitutionnel⁹⁵², les autres au niveau de la loi au sens formel.⁹⁵³ A titre d'exemples, on peut citer l'article 90 al. 2 Cst./VD selon lequel « les membres du Conseil d'Etat ne peuvent exercer aucune autre fonction officielle ou privée lucrative [...] » ou l'article 103 al. 1 let. b Cst./GE selon lequel « le mandat de membre du Conseil d'Etat est incompatible avec toute autre activité lucrative ». De plus, lorsqu'il existe une réglementation dans ce domaine, les régimes concernant les activités accessoires des membres des gouvernements cantonaux sont très divers. Cette diversité découle notamment de la conception de la charge de conseiller d'Etat : en effet, dans certains cantons, il ne s'agit pas d'une fonction à plein temps.⁹⁵⁴ L'exercice d'une autre activité en tant que conseiller d'Etat est donc une pratique courante dans ces cantons ; elle peut cependant être soumise à des restrictions.⁹⁵⁵

368

⁹⁵² Il s'agit des cantons de Zurich (art. 63 Cst./ZH ; cf. aussi le *Beschluss des Kantonsrates über die Festsetzung der Entschädigung für die Mitglieder des Regierungsrates*, RS/ZH 172.18), Uri (art. 76 Cst./UR ; cf. aussi l'art. 3 *Nebenamtsverordnung*, RS/UR 2.2251), Glaris (art. 75 Cst./GL ; cf. aussi l'art. 29 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/GL II A/3/2), Fribourg (art. 87 Cst./FR ; cf. aussi l'art. 12 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration*, RS/FR 122.0.1), Bâle-Campagne (art. 72 Cst./BL), Schaffhouse (art. 61 Cst./SH), Grisons (art. 41 Cst./GR), Vaud (art. 90 Cst./VD ; cf. aussi l'art. 11 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat*, RS/VD 172.115), Genève (art. 103 Cst./GE) et Jura (art. 64 Cst./JU).

⁹⁵³ Cf. les réglementations des cantons de Berne (art. 17 *Loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration*, RS/BE 152.01), Lucerne (§ 3 ss *Gesetz über die Rechtsstellung der obersten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden*, RS/LU 50), Obwald (art. 43 *Staatsverwaltungsgesetz*, RS/OW 130.1), Nidwald (art. 21 s. *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/NW 152.1), Zoug (§ 1 ss *Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrats*, RS/ZG 151.2), Soleure (§ 22 et 42 *Gesetz über das Staatspersonal*, RS/SO 126.1), Bâle-Ville (§ 2 et 20 *Personalgesetz*, RS/BS 162.100), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 8 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/AR 142.12), Saint-Gall (art. 91 al. 2 et 64 s. *Personalgesetz*, RS/SG 143.1), Argovie (§ 2 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung*, RS/AG 153.100), Thurgovie (§ 32 al. 3 *Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals*, RS/TG 177.22), Tessin (art. 1 ss *Legge sull'onorario e sulle previdenze a favore dei membri del Consiglio di Stato*, RS/TI 172.400), Valais (art. 6 *Règlement sur le Conseil d'Etat*, RS/VS 172.011), Neuchâtel (art. 30 s. *Loi sur le statut de la fonction publique*, RS/NE 152.510). Nous n'avons pas trouvé de dispositions dans les cantons de Schwyz et d'Appenzell Rhodes-Intérieures.

⁹⁵⁴ Gouvernement de « milice ». Cf. p. ex. les canton d'Uri (art. 76 Cst./UR) ou de Nidwald (art. 21 et 22 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/NW 152.1).

⁹⁵⁵ Dans le canton de Nidwald, les membres du Conseil d'Etat ne peuvent p. ex. pas représenter des parties dans une procédure devant les autorités et tribunaux administratifs du canton, cf. art. 22 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/NW 152.1.

- 369 Certains cantons connaissent une réglementation sévère, comparable à celle applicable aux membres du Conseil fédéral.⁹⁵⁶ Les membres du Conseil d'Etat n'y peuvent exercer aucune autre activité lucrative ou fonction publique ; seuls sont réservés les mandats de représentation officielle du canton dans des organisations de droit public ou de droit privé, prévus par la loi.⁹⁵⁷ D'autres cantons connaissent en plus une exception pour les mandats dans des organisations d'intérêt public (p. ex. associations culturelles ou sportives)⁹⁵⁸ ou les activités accessoires qui sont « dans l'intérêt du canton ». ⁹⁵⁹ Les cantons de Thurgovie, de Saint-Gall et des Grisons connaissent en outre une interdiction explicite des éventuels mandats dans des autorités de surveillance directe.⁹⁶⁰
- 370 Plusieurs cantons disposent de réglementations concernant les rémunérations d'éventuelles activités accessoires ou de mandats dans des organisations.⁹⁶¹ Nombre d'entre eux ont par ailleurs revu ou précisé ces réglementations à la suite du débat public sur les jetons de présence et autres rémunérations accessoires des membres du Conseil d'Etat, en 2013 et 2014.⁹⁶² Tandis que dans certains systèmes, tous les types de rémunérations provenant de mandats officiels reviennent au canton⁹⁶³, d'autres prévoient un régime différencié en distinguant entre l'indemnité fixe et les jetons de présence.⁹⁶⁴
- 371 Enfin, aucun canton ne connaît une interdiction pour les membres du Conseil d'Etat de détenir des participations dans des entreprises privées. Plusieurs d'entre eux prévoient cependant l'obligation d'enregistrer les liens d'intérêts et les participations dans un registre public.⁹⁶⁵ Le canton de Genève connaît en outre une réglementation spéciale à cet égard : selon l'article 103 al. 2 Cst./GE, « l'entreprise dont un membre du Conseil d'Etat est propriétaire ou dans laquelle il exerce, soit directement, soit par personne interposée, une influence prépondérante ne peut être en relations d'affaires directes ou indirectes avec l'Etat ». Au lieu d'interdire aux membres du Conseil d'Etat de détenir des participations importantes dans des entreprises, la Constitution genevoise empêche les entreprises concernées – c'est-à-dire des acteurs privés – d'avoir des

⁹⁵⁶ Cf. ci-dessus N 297 ss.

⁹⁵⁷ Cf. notamment les réglementations vaudoise (art. 90 Cst./VD), fribourgeoise (art. 12 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration*, RS/FR 122.0.1) ou celle des Grisons (art. 41 Cst./GR). Cf. pour une application très, voire trop, large de l'interdiction d'exercer une autre activité à côté du mandat de conseiller d'Etat, la décision du Grand Conseil du canton de Berne, résumée dans l'arrêt du TF du 27 avril 2006, 1P.104/2006.

⁹⁵⁸ Cf. p. ex. les réglementations zougise (§ 3 al. 3 *Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrats*, RS/ZG 151.2) ou soleuroise (§ 22 al. 2 *Gesetz über das Staatspersonal*, RS/SO 126.1).

⁹⁵⁹ Cf. p. ex. les réglementations bernoise (art. 17 al. 2 *Loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration*, RS/BE 152.01) ou lucernoise (§ 4 al. 2 *Gesetz über die Rechtsstellung der obersten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden*, RS/LU 50). Cf. également STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 586 s.

⁹⁶⁰ § 29 al. 1 Cst./TG, art. 34 al. 3 Cst./SG, et art. 22 al. 1 Cst./GR. Cf. STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 588, pour une analyse détaillée de ces dispositions et de leur portée.

⁹⁶¹ Cf. p. ex. les réglementations bernoise (art. 17 al. 4 *Loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration*, RS/BE 152.01), uranaise (art. 3 al. 2 *Nebenamtsverordnung*, RS/UR 2.2251) ou thurgovienne (§ 32 al. 3 *Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals*, RS/TG 177.22).

⁹⁶² Au cours de ce débat public très médiatisé, plusieurs conseillers d'Etat cantonaux ont dû restituer des jetons de présence ou même démissionner de leurs postes, notamment le directeur de la santé du canton de Bâle-Ville, cf. aussi RITZ/BÄRTSCHI, *Nebenbeschäftigungen*, p. 31.

⁹⁶³ Cf. p. ex. la réglementation bernoise (art. 17 al. 4 *Loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration*, RS/BE 152.01).

⁹⁶⁴ Cf. notamment la réglementation tessinoise (art. 5 *Legge sull'onorario e sulle previdenze a favore dei membri del Consiglio di Stato*, RS/TI 172.400).

⁹⁶⁵ Cf. ci-dessous N 592 ss.

relations d'affaires avec l'Etat. Dans ce sens, elle restreint donc à la fois la liberté économique membres du Conseil d'Etat et la liberté économique des entreprises concernées.

Cette disposition constitutionnelle, qui constituait un contre-projet à une initiative du parti socialiste, a été adoptée en votation populaire en 1962, notamment en réponse à plusieurs cas de membres du Conseil d'Etat qui avaient mêlé « sans vergogne affaires publiques et affaires privées »⁹⁶⁶. La disposition a été amendée en 1974⁹⁶⁷ et reprise sans commentaire lors de l'adoption de la nouvelle Constitution genevoise en 2012.⁹⁶⁸

Son but était de créer une égalité de traitement entre les membres du Conseil d'Etat qui travaillaient avant leur élection en tant que fonctionnaires et ceux qui exerçaient une profession libérale ou qui étaient propriétaires d'entreprises : on ne pouvait garantir aux premiers leur place dans la fonction publique en cas de non-réélection et contraindre les deuxièmes à vendre leurs entreprises après l'élection et, par-là, compliquer la reprise d'une activité professionnelle après leur mandat public.⁹⁶⁹ Les débats menés au Grand Conseil en 1962 montrent que le terme « entreprises » doit être interprété de manière large et qu'il englobe notamment les études, bureaux, cabinets ou exploitations de tout type. Les relations d'affaires interdites sont entre autres les commandes et mandats pour ou contre les pouvoirs publics. Il est toutefois permis à l'entreprise dont un membre du Conseil d'Etat est propriétaire d'entretenir les relations administratives nécessaires, telles que par exemple le dépôt d'une demande d'autorisation de construire.⁹⁷⁰

Pour qu'elle soit efficace, la réglementation genevoise devrait à notre avis être combinée avec une obligation pour les membres du Conseil d'Etat de déclarer les intérêts et les participations qu'ils détiennent dans des entreprises. Une telle combinaison permettrait notamment aux citoyens de contrôler la mise en œuvre de l'article 103 al. 2 Cst./GE.

372

b) *Les activités accessoires du personnel des administrations cantonales*

Tous les cantons disposent d'une réglementation des activités accessoires du personnel de leurs administrations.⁹⁷¹ Cette matière est le plus souvent réglementée dans les

373

⁹⁶⁶ Mémorial du Grand Conseil genevois, 1962, Tome III, p. 2248.

⁹⁶⁷ L'ajout du bout de phrase « dans laquelle il exerce, soit directement, soit par personne interposée, une influence prépondérante » a été accepté en votation populaire du 8 décembre 1974.

⁹⁶⁸ La *Loi sur l'incompatibilité de fonctions des conseillers d'Etat* (RS/GE B 1 12), contenant des précisions à l'égard de l'article constitutionnel sur les incompatibilités, a par ailleurs été jugée superflue et abrogée en 2013.

⁹⁶⁹ Mémorial du Grand Conseil genevois, 1962, Tome III, p. 2225 s.

⁹⁷⁰ Mémorial du Grand Conseil genevois, 1962, Tome III, p. 2227.

⁹⁷¹ Zurich (§ 53 s. *Personalgesetz*, RS/ZH 177.10 ; § 144 s. *Vollzugsverordnung zum Personalgesetz*, RS/ZH 177.111), Berne (art. 53 *Loi sur le personnel*, RS/BE 153.01 ; art. 199 ss *Ordonnance sur le personnel*, RS/BE 153.011.1), Lucerne (§ 53 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/LU 51 ; § 47 ss *Verordnung zum Personalgesetz*, RS/LU 52), Uri (art. 33 *Personalverordnung*, RS/UR 2.4211), Schwyz (§ 39 *Personal- und Besoldungsgesetz*, RS/SZ 145.110 ; § 44 ss *Personal- und Besoldungsverordnung*, RS/SZ 145.111), Obwald (art. 16 *Personalverordnung*, RS/OW 141.11), Nidwald (art. 48 s. *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/NW 165.1), Glaris (art. 27 *Gesetz über das Personalwesen*, RS/GL II A/6/1 ; art. 42 *Personalverordnung*, RS/GL II A/6/2), Zoug (§ 34 s. *Personalgesetz*, RS/ZG 154.21 ; § 14a ss *Personalverordnung*, RS/ZG 154.211), Fribourg (art. 67 *Loi sur le personnel de l'Etat*, RS/FR 122.70.1),

grandes lignes dans une loi au sens formel et précisée dans une ordonnance ; certains cantons réglementent toute la matière au niveau de l'ordonnance.⁹⁷² De manière générale, on constate qu'aucun canton n'interdit totalement l'exercice d'une activité accessoire ou d'une fonction publique. Les régimes adoptés par les cantons sont très divers s'agissant du devoir d'annonce et de la soumission de l'exercice d'une activité accessoire à une autorisation.

374 Près de la moitié des cantons connaissent une obligation d'annonce générale pour les activités accessoires rémunérées et pour les fonctions publiques, comparable au régime fédéral de l'OPers.⁹⁷³ En outre, presque tous les cantons soumettent les activités accessoires à autorisation. Le canton de Saint-Gall connaît à cet égard un système particulier : tandis que toutes les activités accessoires doivent être annoncées, il ne prévoit pas d'obligation d'autorisation. L'employeur peut cependant à tout moment interdire à un agent public d'exercer une activité accessoire.⁹⁷⁴ Les motifs permettant de refuser l'octroi d'une autorisation sont très variés ; les plus récurrents sont les mêmes qu'au niveau fédéral, à savoir la surcharge de travail et le risque de conflit d'intérêts. Beaucoup de cantons soumettent en outre l'activité accessoire à autorisation si cette activité empiète sur le temps de travail de l'agent public.⁹⁷⁵ A cet égard, le canton de Thurgovie a introduit en 2014 une règle plus précise : le taux d'emploi total de toutes les activités exercées, principale et accessoires, ne peut dépasser 110%.⁹⁷⁶ Enfin, certains cantons établissent un lien entre le montant de la rémunération de l'activité accessoire et son autorisation. Le droit thurgovien soumet par exemple à autorisation toute activité dont

Soleure (§ 42 *Gesetz über das Staatspersonals*, RS/SO 126.1), Bâle-Ville (§ 71 Cst./BS ; § 20 *Personalgesetz*, RS/BS 162.100), Bâle-Campagne (§ 41 s. *Personalgesetz*, RS/BL 150 ; § 53 ss *Personalverordnung*, RS/BL 150.11), Schaffhouse (art. 35 *Personalgesetz*, RS/SH 180.100 ; § 28 s. *Personalverordnung*, RS/SH 180.111), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 65 *Personalgesetz*, RS/AR 142.21), Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 23 s. *Personalverordnung*, RS/AI 172.310), Saint-Gall (art. 64 s. *Personalgesetz*, RS/SG 143.1), Grisons (art. 57 s. *Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden*, RS/GR 170.400 ; art. 61 ss *Personalverordnung*, RS/GR 70.410), Argovie (§ 27 s. *Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts*, RS/AG 165.100), Thurgovie (§ 74 s. *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112), Tessin (art. 26 s. *Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e die docenti*, RS/TI 173.100), Vaud (art. 51 *Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud*, RS/VD 172.31 ; art. 127 ss *Règlement d'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud*, RS/VD 172.31.1), Valais (art. 26 s. *Loi sur le personnel de l'Etat du Valais*, RS/VS 172.2 ; art. 30 *Ordonnance sur le personnel de l'Etat du Valais*, RS/VS 172.200), Neuchâtel (art. 30 s. *Loi sur le statut de la fonction publique*, RS/NE 152.510), Genève (art. 9 s. *Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux*, RS/GE B 5 05.01), Jura (art. 31 *Loi sur le personnel de l'Etat*, RS/JU 173.11 ; art. 84 s. *Ordonnance sur le personnel de l'Etat*, RS/JU 173.111).

⁹⁷² Cf. p. ex. le système uranais (art. 33 *Personalverordnung*, RS/UR 2.4211) ou le système thurgovien (§ 74 s. *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112). Tandis que l'ordonnance uranaise émane du parlement cantonal, l'ordonnance thurgovienne a été édictée par le Conseil d'Etat.

⁹⁷³ Cf. p. ex. la réglementation d'Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 65 *Personalgesetz*, RS/AR 142.21) ou celle de Saint-Gall (art. 64 *Personalgesetz*, RS/SG 143.1).

⁹⁷⁴ Cf. les art. 64 et 65 *Personalgesetz*, RS/SG 143.1.

⁹⁷⁵ Cf. p. ex. la réglementation zurichoise (§ 53 al. 2 *Personalgesetz*, RS/ZH 177.10) et bernoise (art. 53 al. 2 *Personalgesetz*, RS/BE 153.01).

⁹⁷⁶ § 74 al. 1^{bis} *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112. Dans le canton de Genève, ce seuil est fixé à 120%. La règle n'est cependant ni contenue dans la loi formelle ni dans le règlement sur le personnel, mais dans une directive (cf. la Directive 01.07.09 MIOPE, « Activité accessoire rémunérée exercée par un membre du personnel »).

le revenu est supérieur à 10% du traitement annuel de l'agent public⁹⁷⁷ et la loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique interdit toute activité accessoire qui est « à l'origine d'un cumul de gain abusif »⁹⁷⁸.

De nombreux cantons se réservent par ailleurs le droit d'assortir l'autorisation de charges ou de conditions. Quelques mesures figurent directement dans les textes législatifs cantonaux ; on y trouve par exemple la possibilité de réduire le taux de travail de l'agent concerné, l'obligation de compenser le temps de travail utilisé pour l'activité accessoire ou la réduction du traitement.⁹⁷⁹ Plusieurs réglementations prévoient en outre la possibilité d'obliger l'agent public à remettre une partie ou la totalité du gain provenant de l'activité accessoire à l'Etat.⁹⁸⁰

375

Nous n'avons pris en compte que les régimes de base pour établir ce survol des réglementations cantonales. A l'instar des divers statuts du personnel prévus au niveau fédéral, les cantons connaissent également de nombreux statuts pour les diverses catégories de leur personnel. De plus, ces catégories comprennent parfois des sous-catégories soumises à des règles différentes en matière d'activités accessoires. Notons par ailleurs que les communes adoptent souvent leurs propres statuts du personnel. De nombreuses réglementations différentes en matière d'activités accessoires peuvent donc coexister au sein d'un même canton.

376

c) *Appréciation*

Nous pouvons faire deux constats en comparant la réglementation des activités accessoires au niveau cantonal à la réglementation fédérale en la matière. Le premier concerne le niveau des réglementations dans la hiérarchie des normes. S'agissant de la réglementation des activités accessoires des membres du gouvernement, seul un tiers des cantons estime que celle-ci a rang constitutionnel. Pour rappel, au niveau fédéral, la matière est réglementée dans la Constitution. La situation est différente en ce qui concerne les réglementations des activités accessoires du personnel de l'administration. Tandis qu'au niveau fédéral, les éléments déterminants sont fixés au niveau de l'ordonnance, de nombreux cantons ont choisi d'insérer les éléments importants de la réglementation dans une loi au sens formel.

377

Le second constat concerne l'obligation de remettre une part du revenu ou, plus généralement, le rapport entre le patrimoine de l'agent public et l'activité accessoire. Quelques cantons connaissent des réglementations innovatrices qui favorisent, à notre avis, l'intégrité de l'administration publique. Tel est le cas de la réglementation genevoise relative aux participations importantes qu'un membre du Conseil d'Etat détient

378

⁹⁷⁷ § 75 al. 2 *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112. Le droit saint-gallois connaît un seuil de CHF 2'400.– (art. 22 *Personalverordnung*, RS/SG 143.11).

⁹⁷⁸ Art. 30 Loi sur le statut de la fonction publique, RS/NE 152.510.

⁹⁷⁹ Cf. p. ex. l'art. 65 al. 4 *Personalgesetz*, RS/AR 142.21.

⁹⁸⁰ Cf. p. ex. l'art. 127 *Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud*, RS/VD 172.31.1. Certains cantons connaissent des réglementations expresses en cas de représentation des intérêts cantonaux au sein d'un conseil d'administration ou de fonction. L'agent doit souvent renoncer aux rémunérations touchées à ce titre, cf. p. ex. art. 131a *Règlement du personnel de l'Etat*, RS/FR 122.70.11.

dans une entreprise, qui prévoit l'interdiction pour cette entreprise d'avoir des relations avec le canton. Citons également la réglementation thurgovienne qui soumet à autorisation les activités accessoires dont découlent un gain important ou la réglementation neuchâteloise qui interdit un cumul de gain abusif. Enfin, plusieurs cantons prévoient la possibilité de soumettre l'octroi de l'autorisation d'exercer une activité accessoire à l'obligation de remettre tout ou partie du revenu résultant de cette activité. Ces cantons ont en effet pris conscience de la problématique des cumuls des gains et essayent ainsi de les limiter.

IV. L'acceptation d'avantages

1. La problématique

a) *Le concept de base et les buts de la réglementation*

- 379 L'acceptation de dons et d'autres avantages est la forme la plus évidente de la corruption « *quid pro quo* » ; l'interdiction de cette pratique est – selon les termes du Conseil fédéral de 1924 – une « règle générale » du droit. Le concept de base est simple : une personne ou une entreprise intéressée offre un avantage à un agent public, qui réserve ensuite à cette personne ou à cette entreprise un traitement préférentiel dans l'exercice de ses fonctions. Par avantage on entend toutes les libéralités, de nature matérielle ou immatérielle, y compris celles qui sont symboliques, accordées à titre gracieux.⁹⁸¹ Ce comportement – la corruption au sens restreint⁹⁸² – relève non seulement du droit pénal, mais constitue également une violation évidente du devoir de fidélité.⁹⁸³
- 380 La réglementation de l'acceptation d'avantages vise à sauvegarder l'indépendance des agents publics à l'égard des tiers et à protéger ainsi l'intégrité de l'administration publique.⁹⁸⁴ Peut-être encore plus que d'autres règles de comportement, la réglementation de l'acceptation d'avantages accorde de l'importance aux apparences : « personne ne doit pouvoir soupçonner d'aucune manière que [l'administration] puisse se laisser acheter »⁹⁸⁵. En effet, la question n'est pas de savoir si l'agent public, après avoir accepté un avantage lèse effectivement les intérêts de la collectivité publique, par exemple en violant le secret de fonction, ou non ; le simple fait d'accepter un avantage indu et, ainsi, de mettre en jeu à tout le moins l'apparence d'intégrité de l'administration publique est considéré comme un comportement fautif.⁹⁸⁶ Dans ce sens, l'interdiction d'accepter des avantages peut être assimilée à un délit de mise en danger abstrait.⁹⁸⁷

⁹⁸¹ Cf. ci-dessous N 395 pour la notion d'avantage en droit fédéral.

⁹⁸² Cf. ci-dessus N 26.

⁹⁸³ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 77 ; HÄNNI, Treuepflicht, p. 66.

⁹⁸⁴ Cf. notamment ATF 77 I 88, c. 5 ; 83 I 298, c. 5 ; l'arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.1.

⁹⁸⁵ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 611.

⁹⁸⁶ Cf. l'ATF 83 I 298, c. 5 ; ATF 77 I 88, c. 5.

⁹⁸⁷ HÄNNI, Treuepflicht, p. 69.

b) *Le rapport avec le droit pénal : du « droit disciplinaire pénal » à la protection de la confiance de la collectivité dans les institutions publiques*

Le rapport entre les dispositions pénales interdisant la corruption et l'interdiction d'accepter des avantages prévue dans le droit de la fonction publique a toujours été étroit. En effet, l'acceptation d'avantages indus est depuis longtemps appréhendé tant par le droit pénal que par le droit disciplinaire. Pendant longtemps, le droit pénal laissait cependant davantage de place au droit administratif, dans la mesure où l'auteur du code pénal suisse soutenait que le droit pénal ne devait « être appliqué qu'avec une grande retenue et dans les cas seulement où d'autres mesures s'avèrent insuffisantes »⁹⁸⁸. Par ailleurs, les dispositions visaient avant tout à sanctionner pénalement les fonctionnaires « pour désobéissance » et constituaient ainsi, en quelque sorte, « un droit disciplinaire érigé en droit pénal »⁹⁸⁹ ; leur but premier n'était donc pas le maintien de la confiance des citoyens dans les institutions étatiques. De plus, la corruption active était un simple délit alors que la corruption passive constituait un crime, ce qui démontre que le droit pénal de la corruption était considéré comme un « droit disciplinaire pénal ».

381

Avec la révision du droit de la corruption, entrée en vigueur en 2000, l'objectif premier de l'incrimination de la corruption n'est plus de punir le fonctionnaire, mais de protéger la confiance de la collectivité dans l'objectivité de l'action de l'Etat.⁹⁹⁰ Outre l'adaptation des infractions de corruption active et passive, la révision touchait l'infraction de l'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} CP) et introduisait son pendant passif (art. 322^{sexies} CP). Ces deux infractions visent « les libéralités faites à une personne pour qu'elle accomplisse les devoirs de sa charge »⁹⁹¹ et n'exigent plus un rapport strict entre la prestation et la contre-prestation. Cet assouplissement du principe d'équivalence par le nouveau droit pénal de la corruption permet de punir également les comportements d'« alimentation progressive » et d'« entretien du climat », c'est-à-dire les formes plus confuses de la corruption.⁹⁹² Les deux infractions, l'octroi et l'acceptation d'un avantage, ne s'appliquent cependant que dans les cas où les libéralités sont destinées à influencer l'agent public dans un acte futur.⁹⁹³

382

Pour rappel, le droit pénal de la corruption se trouve aux articles 322^{ter} et suivants du Code pénal suisse (cf. notamment la corruption active et passive d'agents publics suisses [art. 322^{ter} et 322^{quater} CP], l'octroi et l'acceptation d'un avantage [art. 322^{quinquies} 322^{sexies} CP], la corruption d'agents publics étrangers [art. 322^{septies} CP], et la corruption privée

⁹⁸⁸ FF 1999 5053 (Message modification CP 1999).

⁹⁸⁹ FF 1999 5053 (Message modification CP 1999).

⁹⁹⁰ FF 1999 5053 s. (Message modification CP 1999).

⁹⁹¹ FF 1999 5046 (Message modification CP 1999).

⁹⁹² FF 1999 5081 s. (Message modification CP 1999). Ces termes « décrivent le comportement du corrupteur, qui commence par tester la réceptivité du corrompu potentiel, en affaiblissant progressivement sa résistance par des cadeaux. Ceux-ci sont donnés sans demande de contrepartie. Le corrupteur anticipe que ces libéralités répétées, faites sans contrepartie et généralement avec une augmentation progressive des montants, créent une forme de dépendance de la cible et affaiblissent ses défenses éventuelles », cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 612.

⁹⁹³ Contrairement à la réglementation de droit administratif, cf. ci-dessous N 400.

[art. 322^{octies} et 322^{novies} CP, « Lex FIFA »)].⁹⁹⁴ Selon l'article 322^{decies} CP al. 1^{er}, qui s'applique à toutes les infractions de corruption du Titre 19, les « avantages autorisés par le règlement de service ou convenus par contrat » (let. a) ainsi que les « avantages de faible importance qui sont conformes aux usages sociaux » (let. b) ne constituent pas des avantages indus.

383 Depuis cette révision, le droit pénal couvre une partie beaucoup plus importante de l'interdiction disciplinaire d'accepter des avantages.⁹⁹⁵ Le rapport entre les dispositions pénales et administratives est donc devenu encore plus étroit. Ainsi, il existe une forte interdépendance entre les deux domaines : la doctrine et la jurisprudence administrative soutiennent l'alignement de la notion d'avantage sur celle qui est utilisée dans le code pénal et la notion pénale de l'« avantage indu » dépend directement des règlements et directives administratives.⁹⁹⁶ Cette convergence progressive entre les deux ensembles de normes a pour conséquence qu'un comportement non pertinent d'un point de vue pénal ne sera que très rarement interdit par le droit administratif.⁹⁹⁷ En d'autres termes, le droit pénal ne laisse plus qu'une petite marge de manœuvre au droit administratif dans ce domaine.

c) *L'interdiction et les exceptions*

384 L'interdiction d'accepter des avantages peut être totale ou partielle. L'interdiction totale d'accepter des dons présente l'avantage de la simplicité : la règle est claire, facile à comprendre et ne nécessite pas de dispositions d'exécution détaillées.⁹⁹⁸ Elle est cependant considérée comme inadéquate⁹⁹⁹, « déconnectée de la réalité » et difficile à appliquer¹⁰⁰⁰. C'est la raison pour laquelle les réglementations comportent généralement une exception pour certains avantages. Toutefois, la délimitation précise des exceptions peut poser problème : soit on prévoit un seuil concret, avec le risque de devoir l'adapter régulièrement, soit on fait dépendre la légitimité de l'avantage d'un critère plus vague, comme l'indépendance de l'agent public ou la conformité aux usages sociaux, avec le risque que la règle soit interprétée de manière (trop) large.

385 L'équilibre à trouver dans l'interdiction de l'acceptation d'avantages a déjà été thématiquement par le Conseil fédéral en 1924, dans son Message sur le Statut fédéral : « D'une part, il faudra éviter toute pratique qui pourrait porter atteinte à la considération des administrations et régies fédérales et au caractère d'intégrité des fonctionnaires ; d'autre part, il faudra se garder d'édicter des ordonnances trop rigides qui ne pourraient être appliquées ». L'ajout selon lequel « ces questions relèvent davantage du sentiment général de la population que de l'appréciation des administrations elles-

⁹⁹⁴ Cf., pour le rapport plus général entre le domaine de l'intégrité et le droit pénal, ci-dessus N 42 ss.

⁹⁹⁵ Auparavant, l'interdiction disciplinaire allait au-delà du droit pénal, cf. MOOR, Droit administratif III, p. 237.

⁹⁹⁶ FF 1999 5076 (Message modification CP 1999). Voir également PIETH, Art. 322^{ter} CP, N 30, à propos des différentes interprétations de la notion d'avantage indu et notamment les avantages conformes aux usages sociaux, mais auxquels l'agent public n'a pas droit.

⁹⁹⁷ SCHINDLER, Befangenheit, p. 123. On peut penser p. ex. aux cas où l'auteur de l'infraction est exempté de la peine (art. 52 ss CP) ou aux cas de classement de la procédure pénale pour défaut de preuves suffisantes.

⁹⁹⁸ Cf. DEMMKE ET AL., Conflicts, p. 107, qui se réfèrent à une étude empirique démontrant les bénéfices d'une réglementation « tolérance zéro » en matière d'acceptation de cadeaux.

⁹⁹⁹ Cf. p. ex. GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 82.

¹⁰⁰⁰ SCHERLER, Korruption, p. 515.

mêmes » démontre cependant la difficulté de trouver une solution une fois pour toutes. Des seuils concrets de valeurs maximales des cadeaux risquent de devenir obsolètes ; une réglementation comportant seulement ou également un critère plus vague peut donc se révéler judicieuse.

Précisons encore que contrairement à ce qui est prévu dans les réglementations des activités accessoires ou du pantouflage par exemple, l'agent public ne peut invoquer un droit fondamental qui le protégerait d'une réglementation trop stricte.¹⁰⁰¹ La réglementation de l'acceptation d'avantages n'est donc pas conçue comme une restriction d'un droit fondamental de l'agent public.

386

d) Les mesures de transparence en matière d'acceptation d'avantages

Plutôt que d'interdire totalement l'acceptation d'avantages ou d'édicter des exceptions trop rigides, des mesures favorisant la transparence peuvent à notre avis compléter la réglementation en matière d'acceptation d'avantages. La transparence peut être créée à l'égard de l'employeur, mais également à l'égard du public. Ainsi, la réglementation peut prévoir un devoir d'annonce pour les agents publics en cas d'acceptation et de refus d'avantages. Ce devoir d'annonce peut s'appliquer à tous les avantages, c'est-à-dire même à des avantages de faible importance comme l'invitation à un café, ou seulement aux avantages plus importants. L'acceptation d'avantages peut également être soumise à autorisation préalable ou à approbation postérieure. En outre, un registre contenant une liste de tous les cadeaux, acceptés et refusés, peut être institué au sein d'une entité administrative.¹⁰⁰² Pour créer plus de transparence à l'égard du public, un tel registre peut également être publié.

387

La législation peut également prévoir l'obligation de remettre les avantages à l'employeur. C'est une mesure pertinente, notamment lorsque l'avantage est trop important pour être accepté, mais qu'il ne peut pas être refusé pour des raisons de politesse. Une telle obligation peut en outre se révéler utile si l'agent public a accepté des avantages de manière indue, mais que ces valeurs ne sont pas confisquées dans la procédure pénale.

388

2. Les standards internationaux

Les conventions internationales et les recommandations des organisations internationales se limitent à statuer l'interdiction d'accepter des avantages qui pourraient mener à un conflit d'intérêts. Elles ne recommandent aux Etats ni d'interdire totalement l'acceptation d'avantages ni d'introduire un seuil concret que les avantages peuvent atteindre. On peut citer par exemple l'article 8 al. 5 UNCAC selon lequel les Etats parties « s'efforcent » de mettre en place des mesures faisant obligation aux agents publics de

389

¹⁰⁰¹ HÄNNI, *Treupflicht*, p. 68 ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 77.

¹⁰⁰² Cf. p. ex. le registre des cadeaux du Conseil fédéral, ci-dessous N 408.

déclarer tous dons ou avantages substantiels dont pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public.¹⁰⁰³ En revanche, rappelons que l'incrimination de la corruption et l'acceptation d'avantages est explicitement prévue par plusieurs conventions internationales.¹⁰⁰⁴

3. L'acceptation d'avantages en droit fédéral

a) *L'historique de la réglementation*

- 390 L'interdiction d'accepter des dons ou autres avantages faisait déjà l'objet d'une disposition dans le Statut fédéral. Son article 25 interdisait en effet aux fonctionnaires de solliciter ou recevoir pour leur travail une rémunération indue.¹⁰⁰⁵ Le Message du Conseil fédéral d'antan précisait que les pourboires ne rentraient pas dans la catégorie des dons et avantages interdits : « C'est ainsi qu'il est d'usage de donner un pourboire au nouvel-an aux employés postaux, d'en donner aux employés des gares à qui le public confie la garde de ses bagages »¹⁰⁰⁶. Dans ce sens, le Conseil fédéral préconisait une application « sage et raisonnable » de l'interdiction.¹⁰⁰⁷
- 391 Par ailleurs, l'interdiction pour les agents publics d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères est très ancienne : comme mentionné, elle existe depuis la fondation de la Confédération et remonte à l'interdiction des pensions dans les cantons qui date d'avant 1848.¹⁰⁰⁸ L'article en question fut repris dans la Constitution de 1874 – et même étendu aux membres des parlements et gouvernements cantonaux en 1931¹⁰⁰⁹ –, mais plus dans celle de 1999. En effet, le Parlement a décidé de ne pas maintenir cette interdiction dans la nouvelle Constitution, contrairement à ce qu'avait proposé le Conseil fédéral.¹⁰¹⁰ La commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats avait estimé à l'époque que cet article « avait quelque chose d'anachronique, non pas dans les principes qu'il pos[ait], mais dans le fait de l'insérer dans la constitution »¹⁰¹¹. Elle considérait que la disposition n'avait pas rang constitutionnel.¹⁰¹² Le contenu de l'article a néanmoins été repris, à l'article 60 al. 3 LOGA et à l'article 21 al. 4 LPers. L'interdiction d'accepter des titres étrangers vise à sauvegarder

¹⁰⁰³ Cf. également ch. IV du Code international de conduite des agents de la fonction publique de l'ONU de 1996 et l'art. 18 du Code modèle de conduite pour les agents publics, annexe de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics de 2000.

¹⁰⁰⁴ Notamment la Convention pénale du Conseil de l'Europe et l'UNCAC.

¹⁰⁰⁵ FF 1924 III 100 (Message Statut fédéral). L'art. 25 est par la suite devenu l'art. 26.

¹⁰⁰⁶ FF 1924 III 101 (Message Statut fédéral). Un autre exemple nous est transmis par MOOR, BELLANGER et TANQUEREL : « Dans le passé, à Lausanne, de nombreux automobilistes déposaient, le 31 décembre, une bouteille de vin aux pieds du policier qui réglait la circulation sur une place du centre de la ville », cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 613.

¹⁰⁰⁷ FF 1924 III 101 (Message Statut fédéral).

¹⁰⁰⁸ Cf. ci-dessus N 75.

¹⁰⁰⁹ Cf. l'ATF 115 Ia 127, c. 3.b)bb). Une initiative populaire de 1928 visait à interdire l'acceptation de titres et de décorations octroyés par des autorités étrangères à tous les Suisses sans exception ; c'est finalement le contre-projet, étendant l'interdiction aux seuls membres des gouvernements et parlements cantonaux, qui a été adopté en votation.

¹⁰¹⁰ BO CN 2000, p. 54 s.

¹⁰¹¹ BO CE 1998, p. 68.

¹⁰¹² BO CE 1998, p. 68.

l'indépendance des membres du Conseil fédéral et des agents publics à l'égard des Etats étrangers.¹⁰¹³ Elle constitue donc un cas spécifique de l'interdiction générale d'accepter des avantages, qui vise à sauvegarder l'indépendance des agents publics vis-à-vis des tiers.

b) *Le standard minimal et les réglementations plus spécifiques*

Comme mentionné, la réglementation pénale en matière d'acceptation d'avantages par les agents publics ne laisse qu'une petite marge de manœuvre au droit administratif. En effet, les règles du droit administratif en matière d'acceptation d'avantages ne peuvent aller en-deçà du standard fixé par le droit pénal, notamment en vertu du principe de l'unité de l'ordre juridique. Il convient donc d'identifier, dans un premier temps, la réglementation de base – le standard minimal – qui découle des dispositions pénales et qui vaut par conséquent pour tous les agents publics. Rappelons à cet égard que la notion pénale de fonctionnaire est large : elle englobe, outre les fonctionnaires au sens classique, tous les particuliers qui accomplissent des tâches publiques.¹⁰¹⁴ Dans un deuxième temps, nous présenterons les diverses réglementations spéciales en matière d'acceptation d'avantages. En effet, les différents statuts du droit du personnel peuvent prévoir des règles allant au-delà du standard minimal et notamment définir ce qui constitue un avantage indu.

392

c) *Le standard minimal*

Le standard minimal correspond à la réglementation contenue dans la LPers. Nous présenterons donc le standard minimal en nous concentrant sur les dispositions de cette loi.

393

i. Les bases légales pertinentes dans la LPers

Selon l'article 21 al. 3 LPers, « l'employé ne doit ni accepter, ni solliciter ou se faire promettre des dons ou autres avantages pour lui-même ou pour d'autres personnes dans l'exercice d'activités procédant du contrat de travail ». En outre, l'article 21 al. 4 LPers contient l'interdiction d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères.

394

ii. La notion d'avantage

La notion d'avantage, qui englobe la notion de don¹⁰¹⁵, n'est pas définie par la loi ; c'est pourquoi la doctrine récente préconise de se baser sur la notion d'avantage utilisée en droit pénal.¹⁰¹⁶ Ainsi, l'avantage au sens du droit pénal comprend toutes les libéralités, de nature matérielle ou immatérielle, accordée à titre gracieux.¹⁰¹⁷ En d'autres termes,

395

¹⁰¹³ Cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 614.

¹⁰¹⁴ Cf. ci-dessus N 16 ss.

¹⁰¹⁵ FF 1999 5075 (Message modification CP 1999). GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 78.

¹⁰¹⁶ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 79.

¹⁰¹⁷ FF 1999 5075 (Message modification CP 1999) ; FF 2003 4660 (Rapport sur la prévention de la corruption) ; SCHERLER, Korruption, p. 506. Cf. aussi l'arrêt du TPF du 15 septembre 2015, SK.2015.12, c. 4.1.

un avantage comprend toute amélioration de la situation – financière ou autre – du bénéficiaire. Constituent ainsi un avantage les dons de sommes d'argent ou de droits réels, une bouteille de vin, des rabais, un voyage, un vol dans un jet privé, des services ou invitations de toute sorte, des cours de formation offerts, des miles aériens accumulés lors de vols professionnels, une boîte de chocolats, des fleurs, une remise de dettes, des prestations sexuelles ou encore des honoraires excessifs.¹⁰¹⁸ Ne font pas partie des avantages le salaire ou d'autres types de rémunérations auxquels l'agent public a droit en vertu de son contrat de travail.¹⁰¹⁹

396 Contrairement à la lettre de la loi qui interdit l'acceptation de *tout* avantage, la doctrine et la jurisprudence admettent que les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux ne sont pas couverts par l'interdiction.¹⁰²⁰ Un avantage est considéré comme étant de faible importance s'il ne dépasse pas la valeur de quelques centaines de francs.¹⁰²¹ En revanche, la conformité aux usages sociaux ne peut être définie de manière abstraite, mais dépend toujours du contexte particulier.¹⁰²² Le critère de la conformité aux usages sociaux doit cependant être utilisé avec une certaine retenue : le fait qu'une certaine pratique est très répandue ne la rend pas encore conforme à l'ordre juridique.¹⁰²³ Notons encore que la limite supérieure de ce qui est conforme aux usages sociaux est en principe inférieure à ce qui constitue un avantage de faible importance.¹⁰²⁴ Dans ce sens, accepter une invitation à un café une fois par an est permis ; par contre, accepter une telle invitation deux fois par semaine risque de ne plus être conforme aux usages sociaux, bien que l'avantage demeure de faible importance.¹⁰²⁵ Cet exemple montre que la fréquence de l'acceptation des avantages doit également être prise en compte. Enfin, un avantage n'est jamais conforme aux usages sociaux s'il implique un rapport avec un acte officiel futur, d'un côté, et si l'agent public sollicite l'avantage, de l'autre côté.¹⁰²⁶ Ainsi, un don de CHF 10.- fait à un policier pour que celui-ci renonce à infliger une amende n'est jamais conforme aux usages sociaux.¹⁰²⁷

La doctrine cite comme avantage conforme aux usages sociaux notamment le fait de se faire payer un café ou l'offre de covoiturage lors d'un déplacement sur place pour une inspection.¹⁰²⁸

¹⁰¹⁸ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 80.

¹⁰¹⁹ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 81.

¹⁰²⁰ Arrêt du TAF du 9 juillet 2010, A-7764/2009, c. 6.5 ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 82. Une telle interprétation se justifie également au vu de l'unité du droit : l'art. 322^{decies} al. 1 let. b CP exclut explicitement les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux.

¹⁰²¹ HÄNNI, Personalrecht, N 217.

¹⁰²² FF 2003 4660 (Rapport sur la prévention de la corruption).

¹⁰²³ SCHINDLER, Befangenheit, p. 122.

¹⁰²⁴ FF 2003 4660 (Rapport sur la prévention de la corruption) ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 83.

¹⁰²⁵ Cf. l'arrêt du TPF du 15 septembre 2015, SK.2015.12, c. 5.7.3, où le TPF considérait le fait de recevoir plus de CHF 850.- par an, impliquant une invitation tous les mois et demi, n'était pas conforme aux usages sociaux. Cf. aussi le *règlement concernant la compliance du 23 août 2012 de PUBLICA* (Règlement compliance PUBLICA) qui fixe une limite de CHF 2'000.- par an pour tous les cadeaux reçus (art. 7 al. 3).

¹⁰²⁶ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 83 ; HÄNNI, Treuepflicht, p. 69, NBP 150.

¹⁰²⁷ Cf. PIETH, Art. 322^{octies} CP, N 6, qui cite un cas zurichois de 2011.

¹⁰²⁸ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 83 ; SCHINDLER, Befangenheit, p. 121.

Un employé de l'EPFZ a accepté régulièrement des montants de CHF 10.– ou 20.– de la part de l'entreprise de remorquage qu'il mandatait souvent dans l'exercice de ses fonctions. Puisque l'employé envisageait la possibilité que ces montants lui étaient remis dans l'optique de décrocher le mandat suivant, il n'aurait pas dû les accepter.¹⁰²⁹

- iii. « ni accepter, ni solliciter ou se faire promettre ... ni pour soi-même ni pour des tiers »

Ensuite, l'agent public ne doit ni accepter un avantage, c'est-à-dire le réceptionner dans son propre pouvoir de disposition, ni solliciter un avantage, soit faire une déclaration de volonté unilatérale dans ce sens, ni se faire promettre un avantage, c'est-à-dire accepter l'offre d'un avantage qui sera réceptionné à un moment ultérieur.¹⁰³⁰ 397

Le donateur peut être n'importe qui : une personne morale ou physique, un privé, un administré, un Etat étranger, un autre agent public, etc. Le cas où une entreprise publique offre des avantages à des agents publics tombe donc également sous l'interdiction.¹⁰³¹

En outre, l'agent public ne doit accepter des avantages ni pour lui-même ni pour des tiers. S'agissant des tiers, on peut notamment songer à l'acceptation d'avantages pour des proches, des partenaires commerciaux ou encore des sociétés dans lesquelles l'agent public a, le cas échéant, des participations financières. 398

L'employeur n'est pas considéré comme une « autre personne », puisque l'acceptation d'avantages pour le compte de l'Etat ne peut être considérée comme contraire au devoir de fidélité. Toutefois, il en va autrement lorsque l'avantage est apparemment accepté pour le compte de l'employeur, alors qu'il revient en réalité à l'employé. BENJAMIN SCHINDLER cite comme exemple le cas où une entreprise privée finance le repas de Noël d'une autorité administrative ; il faut admettre dans ce cas que l'avantage revient directement aux employés, du moins si le repas de Noël n'aurait pas eu lieu sans ce financement privé.¹⁰³² Dans ce contexte, il convient de vouer une attention particulière aux cas de financement externe de tâches publiques ou de contrats de *sponsoring* de l'administration publique.¹⁰³³ 399

¹⁰²⁹ Arrêt du TAF du 9 juillet 2010, A-7764/2009, c. 6.5.

¹⁰³⁰ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 84.

¹⁰³¹ Cf. p. ex. le cas des Transports publics fribourgeois qui offraient des abonnements de transport aux membres du Conseil d'Etat (MÜLHAUSER PATRICK, *Freiburger Staatsräte fahren im Kanton gratis Bus und Bahn, SRF* en ligne du 20 novembre 2018). Dans ce contexte, on peut mentionner également les invitations de la part de La Poste et des CFF au Festival du film de Locarno adressées à certains parlementaires fédéraux (BOEGLIN PHILIPPE, *Douces nuits à Locarno, La Liberté* du 27 novembre 2018).

¹⁰³² SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 122, NBP 626.

¹⁰³³ Cf. à ce sujet notamment KAISER RUDOLF, *Drittmittel, Sponsoring und Fundraising – rechtskonforme Finanzierung öffentlicher Aufgaben oder Einstieg in die Korruption ? : ein Vergleich der rechtlichen Situation in der Schweiz und in Deutschland unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Systeme der Hochschulfinanzierung*, Zurich 2008.

iv. Dans l'exercice de la fonction

- 400 Enfin, l'acceptation de l'avantage par l'agent public doit être en rapport avec sa fonction au sein de l'administration publique, c'est-à-dire que l'acceptation doit intervenir « dans l'exercice d'activités procédant du contrat de travail » et non en tant que personne privée.¹⁰³⁴ Il n'est cependant pas décisif de savoir si l'acceptation de l'avantage est intervenue avant ou après l'acte officiel visé ou si elle a effectivement influencé l'exécution des tâches publiques.¹⁰³⁵ Il y a là une différence par rapport à l'infraction de l'acceptation d'un avantage qui n'interdit que les libéralités destinées à influencer l'agent public et donc celles tournées vers un acte futur.¹⁰³⁶
- 401 Puisqu'il n'est pas toujours facile de distinguer l'acceptation de dons comme agent public de l'acceptation de dons en tant que personne privée¹⁰³⁷, la doctrine a élaboré une liste d'éléments qui peuvent servir d'indices à cet égard. Ainsi, il convient de prendre en compte les *intentions reconnaissables du donateur* :¹⁰³⁸ s'il existe un lien avec un acte officiel ou une procédure pendante, l'avantage est probablement en rapport avec les fonctions de l'agent public. Il convient également de s'interroger sur le *type de relation* qui existe entre le donateur et le donataire : une amitié de longue date peut être un indice de la nature privée du cadeau ; en revanche l'absence de toute relation laisse penser que la raison d'être du don est la fonction officielle de l'intéressé.¹⁰³⁹ Le *moment* de l'acceptation du don peut également être révélateur : si les dernières relations remontent à plusieurs années, le risque d'acceptation induite d'un don est moins élevé.¹⁰⁴⁰ En outre, le fait que l'agent public ait une certaine marge de manœuvre, ou même des compétences de décision et les usages sociaux peuvent également constituer des indices.¹⁰⁴¹ Enfin, la *fréquence* des dons peut aussi être un indice pertinent.
- 402 Cette liste d'indices pourrait être résumé en un critère général, qui consisterait à se poser la question de savoir si l'avantage aurait été offert à la personne en question si elle n'avait pas occupé la fonction qu'elle occupait. Si l'on arrive à la conclusion que l'avantage n'aurait pas été offert à une autre personne, on peut en conclure que le don a été accepté comme agent public et non comme personne privée.

X était un chercheur dans le domaine de la cristallogénèse. Ayant notamment développé la technologie « ACRT » et reçu plusieurs prix de la recherche scientifique, il avait la réputation d'être un des meilleurs chercheurs dans son domaine. En 1989, il a rejoint l'EPFL. En 1990, le Philips Laboratorium lui a offert trois appareils techniques pour la

¹⁰³⁴ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 87. Voir également l'arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.3, concernant l'ancien droit.

¹⁰³⁵ HÄNNI, *Treuepflicht*, p. 68 s. ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 612 s. ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 87.

¹⁰³⁶ FF 1999 5084 (Message modification CP 1999) ; cf. également l'ATF 135 IV 198 c. 6.3.

¹⁰³⁷ Arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.3 ; arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.3.

¹⁰³⁸ Arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.3 ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 88 ; MODOIANU, *Intérêts*, p. 444.

¹⁰³⁹ Arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.3 ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 88 ; MODOIANU, *Intérêts*, p. 444.

¹⁰⁴⁰ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 121 ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 88.

¹⁰⁴¹ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 88.

recherche (« Epitaxie-Ofen », « ACRT-Ofen », « Elektroschrank »). Le Tribunal administratif fédéral devait déterminer si X avait accepté ces appareils en tant qu'agent public ou en tant que personne privée. Il a opté pour le second cas de figure, puisqu'il paraissait évident, en raison des circonstances concrètes, que le donateur voulait offrir les appareils à X en tant que personne privée et non à l'EPFL. Le fait qu'ils ont été livrés directement dans les locaux de l'EPFL ne changeait rien à cette appréciation.¹⁰⁴²

v. L'interdiction d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères

Selon l'article 21 al. 4 LPers, qui reprend le contenu de l'article 12 Cst./1874¹⁰⁴³, il est interdit aux agents publics d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères.¹⁰⁴⁴ L'interdiction vise à prévenir les ingérences étrangères.¹⁰⁴⁵ En cas de doute sur le champ d'application de la norme, il convient donc de se demander si un titre ou une décoration remet en question l'indépendance et l'intégrité de l'agent public à l'égard d'Etats étrangers.¹⁰⁴⁶ Si l'agent public est au bénéfice d'un titre ou d'une décoration reçus avant son entrée en fonction, il doit y renoncer expressément pour la durée de son mandat ou de sa fonction ; dans le cas contraire, la personne concernée ne peut pas entrer en fonction.¹⁰⁴⁷ Le fait de porter un titre ou une décoration constitue donc un motif d'incompatibilité.¹⁰⁴⁸ Selon un avis de doctrine relativement ancien, une déclaration faite de bonne foi par l'agent public suffirait pour renoncer au titre ou à la décoration, dès lors qu'il est souvent difficile de renoncer valablement à ces distinctions.¹⁰⁴⁹

403

On entend par titre la désignation d'une charge, d'une fonction ou d'un grade.¹⁰⁵⁰ Seuls les titres honoraires, c'est-à-dire ceux qui n'impliquent pas l'exercice effectif d'une activité ou d'une fonction, tombent dans le champ d'application de l'article 21 al. 4 LPers ; en effet, si le titre implique l'exercice d'une activité ou d'une fonction, il convient d'examiner si cette dernière est admissible au regard de la réglementation des activités accessoires.¹⁰⁵¹

404

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on entend par décoration la « marque extérieure de l'appartenance à une collectivité, réelle ou seulement fictive, qui n'existe que pour honorer des personnes méritantes par une dénomination commune, et qui

405

¹⁰⁴² Cf. arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.7 ss.

¹⁰⁴³ Cf. ci-dessus N 75.

¹⁰⁴⁴ A propos des activités exercées pour un Etat étranger, cf. ci-dessus N 339.

¹⁰⁴⁵ Cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 614 ; BURCKHARDT, Kommentar, p. 103 ; ATF 115 Ia 127, c. 3.b).

¹⁰⁴⁶ KIENER, Art. 6, N 22.

¹⁰⁴⁷ Cf. FF 1999 7165 s. (Message du Conseil fédéral concernant la mise en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale et les adaptations législatives consécutives du 11 août 1999) pour les agents publics, et BO CN 1987, p. 1547 pour les parlementaires. S'agissant des membres du Conseil fédéral, SÄGESSER, Art. 60, N 48, est d'un autre avis.

¹⁰⁴⁸ Cf., pour la notion d'incompatibilité, ci-dessus N 240 ss.

¹⁰⁴⁹ BURCKHARDT, Kommentar, p. 105 s.

¹⁰⁵⁰ Le Petit Robert, p. 2564.

¹⁰⁵¹ GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 97 ; SCHINDLER, Art. 12, N 11 ; BURCKHARDT, Kommentar, p. 104.

est décernée selon des règles précises, de manière qu'elle constitue une institution durable »¹⁰⁵².

En 1987, le Ministre français de la culture a informé Jacky Farine (« Jack Yfar »), à l'époque membre du Grand Conseil du canton de Genève, qu'il avait été nommé « Chevalier de l'ordre des Arts et des Lettres » et que la médaille des arts et des lettres lui était remise. Après avoir constaté que selon l'article 12 Cst./1874, l'acceptation d'une décoration entraîne la perte du mandat de député cantonal, le Grand Conseil a demandé à Jacky Farine s'il voulait conserver son mandat ou sa décoration. A la suite du recours déposé par le député, le Tribunal fédéral a confirmé l'interprétation que le Grand Conseil avait donnée de l'article 12 Cst./1874 : la médaille reçue constituait sans doute une décoration, dès lors que l'ordre des Arts et des Lettres était une institution permanente et que la nomination au grade de chevalier de l'ordre intervenait selon des règles déterminées.¹⁰⁵³ Le Tribunal fédéral n'a en particulier pas retenu l'argument invoqué par Jacky Farine, selon lequel l'article 12 Cst./1874 visait à interdire uniquement les titres, pensions et décorations liés au recrutement des mercenaires et que les distinctions culturelles n'entraient par conséquent pas dans le champ d'application de cette disposition.¹⁰⁵⁴

En application du même article constitutionnel, Jean Ziegler, ancien conseiller national genevois, a dû renoncer à son titre d'Officier de l'ordre des Arts et des Lettres lors de sa réélection au Conseil national en 1987.¹⁰⁵⁵

- 406 Les titres ou les décorations doivent être octroyés par des autorités étrangères : ils doivent relever d'une décision ou d'un acte officiel émanant d'une autorité étatique étrangère.¹⁰⁵⁶ Selon la doctrine, les distinctions octroyées par des établissements universitaires étrangers ne tombent pas dans le champ d'application de l'interdiction ; un doctorat *honoris causa* ou le titre de professeur honoraire peuvent donc être acceptés.¹⁰⁵⁷ De même, les titres ou les décorations décernés par des organisations non-gouvernementales à but idéal, comme par exemple le prix Nobel de la paix, peuvent être acceptés.¹⁰⁵⁸
- 407 Il n'existe en revanche pas de pratique s'agissant des distinctions décernées par des organisations internationales.¹⁰⁵⁹ Il convient à notre avis de se poser la question de savoir si le titre ou la décoration décernés par une organisation internationale remettent en doute l'indépendance de l'agent public. Ce sera en général le cas lorsque les titres ou les décorations sont attribués par des organisations internationales à but militaire – par exemple l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) –, économique – par exemple l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) – ou encore politique – par exemple l'Union européenne ; le cas échéant, l'agent public doit renoncer

¹⁰⁵² ATF 115 Ia 127, c. 3.b).

¹⁰⁵³ Cf. l'ATF 115 Ia 127.

¹⁰⁵⁴ ATF 115 Ia 127, c. 3.b)bb).

¹⁰⁵⁵ BO CN 1987, p. 1546 s.

¹⁰⁵⁶ SCHINDLER, Art. 12, N 8 ; KIENER, Art. 6, N. 22. Des distinctions octroyées par le Saint-Siège et l'ordre souverain militaire hospitalier de Saint-Jean de Jérusalem, de Rhodes et de Malte ne tomberaient cependant pas dans le champ d'application de la norme, cf. SCHINDLER, Art. 12, N 8 et NBP 30.

¹⁰⁵⁷ KIENER, Art. 6, N 22 ; GREBSKI/MALLA, Art. 21, N 99.

¹⁰⁵⁸ SÄGESSER, Art. 60, N 47.

¹⁰⁵⁹ SCHINDLER, Art. 12, N 8.

aux titres ou aux décorations octroyés par ces organisations. En revanche, les distinctions décernées par des organisations à caractère universel, comme par exemple l'ONU ou le Conseil de l'Europe, devraient pouvoir être acceptées.¹⁰⁶⁰

Notons que l'acceptation de titres ou de décorations décernés par des organisations non-gouvernementales à but exclusivement idéal, mais exerçant dans les faits une activité lucrative, comme par exemple la FIFA, tombe dans le champ d'application de l'interdiction générale d'accepter des avantages. En effet, les titres et décorations constituent des avantages. Il convient de les mentionner spécifiquement, car ces organisations peuvent avoir une influence politique et économique considérable ; les prix qu'elles décernent peuvent mettre en doute l'indépendance des agents publics.

d) *Les réglementations spécifiques*

i. La réglementation applicable aux membres du Conseil fédéral

La réglementation en matière d'acceptation d'avantages applicable aux membres du Conseil fédéral est contenue à l'article 8 de l'*Ordonnance sur l'organisation du Conseil fédéral* (Org CF)¹⁰⁶¹ et correspond au standard minimal présenté ci-dessus. L'Aide-mémoire CF statue d'ailleurs expressément que les règles s'appliquant aux membres du Conseil fédéral sont les mêmes que celles qui valent pour le personnel de la Confédération.¹⁰⁶² L'article 8 Org CF et le chiffre 1.9 de l'Aide-mémoire CF contiennent en outre des précisions quant aux cadeaux que la courtoisie empêche de refuser. Le chiffre 1.9 de l'Aide-mémoire CF prévoit en particulier que les secrétariats généraux des départements et la Chancellerie fédérale tiennent un inventaire des dons que les membres du Conseil fédéral ont reçu dans le cadre des contacts qu'ils entretiennent sur les plans national et international et qui ne sont pas de faible importance.

408

En automne 2018, nous avons fait une demande d'accès aux inventaires dressés par les secrétariats généraux des départements pour les années 2013 à 2017. L'accès nous a été accordé pleinement aux listes du DFAE, du DFI et du DEFR. La Chancellerie fédérale nous a informé que les autres départements, à savoir le DETEC, le DDPS, le DFF et le DETEC, ne disposaient pas de telles listes, car ceux-ci n'auraient reçu que des avantages de faible importance conformes aux usages sociaux pendant les cinq dernières années. Parmi les avantages reçus par les ministres responsables du DFAE, du DFI et du DEFR, on trouve plusieurs tapis (chacun autour de CHF 1'500.-) et du caviar (CHF 1'800.-) offerts par le président de l'Azerbaïdjan en 2014 et 2015¹⁰⁶³, un tapis (environ CHF 1'500.-) offert par le président du Sénégal en 2014, un tableau de Horacio Berta de 1951 (USD 380.-) offert par le ministre des affaires étrangères de l'Uruguay en 2016, un tapis (valeur non indiquée) offert par le président de l'Iran en 2016, un téléphone mobile (CHF 500.-) offert par un ambassadeur chinois en 2017, une montre Tissot (valeur non indiquée) offerte par la famille Hayek en 2015, une boîte à musique (valeur non indiquée) offerte par

¹⁰⁶⁰ Cf. SCHINDLER, Art. 12, N 8, pour le même avis.

¹⁰⁶¹ RS 172.111.

¹⁰⁶² Ch. 1.9 Aide-mémoire CF.

¹⁰⁶³ Cf. ci-dessus N 132 pour l'affaire « Caviargate » ou « Azerigate » où l'Azerbaïdjan avait apparemment donné plusieurs millions de francs aux membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, mais également du caviar.

la société Reuge SA en 2015 ou encore une robe traditionnelle du Koweït en brocart d'or (valeur non indiquée) et une collection de pièces de monnaie dorées (valeur non indiquée) offertes par l'émir de Koweït et d'autres responsables de cet Etat en 2016.

L'article 8 Org CF ne contenant aucune disposition spécifique par rapport aux invitations, la règle générale s'applique : les invitations dictées par l'accomplissement des fonctions et ne procurant pas d'avantage personnel peuvent être acceptées ; les autres doivent être refusées. Ainsi, un membre du Conseil fédéral peut par exemple accepter une invitation à un dîner à la Maison-Blanche. En revanche, il ne peut pas accepter, à notre avis, une invitation d'une grande société industrielle à regarder un match de football depuis la loge VIP.

409 S'agissant de l'interdiction d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères, l'article 60 al. 3 LOGA contient la même interdiction que la LPers. L'Aide-mémoire CF précise que cette interdiction cesse au terme de la période de fonction.¹⁰⁶⁴

ii. La réglementation applicable au personnel soumis à l'OPers

410 Lors de son entrée en vigueur en 2002, l'OPers ne contenait que très peu de précisions relatives à l'interdiction d'accepter des avantages. Elle conférait principalement aux départements le pouvoir de réglementer cette question de manière plus détaillée. Dans le cadre d'une révision de l'OPers intervenue en 2012, l'article 93 OPers a cependant été entièrement réécrit et un nouvel article 93a OPers, dédié spécialement aux invitations, a été introduit.¹⁰⁶⁵

411 L'article 93 al. 1 OPers exclut explicitement les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux de l'interdiction d'accepter des avantages. Nous avons relevé plus haut que cette exception est considérée comme implicite à la réglementation légale.¹⁰⁶⁶ L'article 93 al. 1 OPers va toutefois plus loin en précisant que par avantage de faible importance, il faut entendre tout don dont la valeur marchande n'excède pas CHF 200.-. Cela ne veut pourtant pas dire qu'un don d'une valeur marchande inférieure à CHF 200.- ne peut jamais tomber sous le coup de l'interdiction ; en effet, il faut également que l'avantage en question soit conforme aux usages sociaux. Les deux conditions prévues à l'article 93 al. 1 OPers sont donc cumulatives.

412 L'article 93 al. 2 OPers contient une exception à l'exception : les employés participant à un processus d'achat ou de décision ont également l'interdiction d'accepter des avantages de faible importance conformes aux usages sociaux, si, d'une part, l'avantage est offert par un soumissionnaire effectif ou potentiel ou une personne participant au processus de décision ou concernée par celui-ci (let. a ch. 1 et 2). D'autre part, les employés doivent refuser l'avantage s'il est impossible d'exclure tout lien entre l'octroi de l'avantage et le processus d'achat ou de décision (let. b). Cette disposition vise à interdire l'« appâtage »¹⁰⁶⁷, dès lors qu'elle concerne également les soumissionnaires potentiels

¹⁰⁶⁴ Ch. 1.5 Aide-mémoire CF.

¹⁰⁶⁵ RO 2012 4483. Les modifications sont entrées en vigueur le 15 septembre 2012.

¹⁰⁶⁶ Cf. ci-dessus N 396.

¹⁰⁶⁷ « Anfüttern » en allemand, cf. explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 2.

et les cas où il n'est pas possible d'exclure tout lien entre l'octroi de l'avantage et le processus d'achat ou de décision.

L'article 93 al. 3 OPers traite de l'acceptation d'avantages pour des raisons de politesse. Une telle acceptation peut intervenir seulement si elle sert l'intérêt général de la Confédération. Dans ce cas, ce n'est pas l'agent public, mais son employeur qui accepte le don et qui le réalise le cas échéant au profit de la Confédération.¹⁰⁶⁸

Enfin, l'article 93 al. 4 OPers prévoit l'obligation pour l'agent public d'impliquer son supérieur dans la décision d'accepter ou non des avantages. L'obligation vaut non seulement si l'employé a des doutes quant à la légitimité de l'avantage, mais également si au vu des circonstances l'employé aurait dû avoir des doutes ; elle découle directement du devoir de fidélité. La violation de l'obligation d'informer son supérieur dans de tels cas équivaut donc à une violation, certes légère, du devoir de fidélité.¹⁰⁶⁹

L'article 93a OPers contient des précisions relatives à l'acceptation d'invitations. De manière générale, il convient de rappeler que la notion d'avantages comprend également les invitations ; par conséquent, les précisions relatives aux avantages énoncées ci-dessus, notamment la valeur limite de CHF 200.-, s'appliquent également aux invitations. Le Conseil fédéral a cependant indiqué que cette somme pouvait être dépassée.¹⁰⁷⁰ A notre avis, cette question ne se pose même pas, car une invitation pour une sortie qui coûte plus de CHF 200.- donne dans tous les cas une apparence de partialité et est donc susceptible de restreindre l'indépendance et la liberté d'action de l'agent public en question.

413

Les invitations à l'étranger sont, sauf autorisation préalable du supérieur, totalement interdites (art. 93a al. 1 OPers). En revanche, une invitation en Suisse doit être refusée si elle est « susceptible de restreindre [l']indépendance et [la] liberté d'action » de l'agent public concerné. La différence de formulation par rapport à l'article 93 OPers n'a cependant, à notre avis, pas de pertinence pratique : en effet, une invitation non conforme aux usages sociaux restreint en règle générale également l'indépendance et la liberté d'action de l'agent public concerné. Sont exclues de cette réglementation les invitations auxquelles l'agent public doit donner suite dans le cadre de ses fonctions, par exemple dans le domaine diplomatique ou consulaire.¹⁰⁷¹

414

En 2017, le Tribunal administratif fédéral a considéré dans un arrêt concernant un cadre de l'administration fédérale que l'acceptation d'une invitation à un match de hockey suivi d'un repas était un cas limite. Il n'était notamment pas évident de déterminer si l'invitation était de nature privée ou professionnelle. Sans se prononcer sur l'éventuelle conformité au droit fédéral de l'acceptation de l'invitation, le Tribunal administratif fé-

¹⁰⁶⁸ L'art. 93 al. 3 OPers a été précisé par l'arrêté du 2 mars 2012 du Conseil fédéral, intitulé « Gestion des dons remis aux employés dans l'administration fédérale » (FF 2012 7433). Au sens de l'arrêté, les dons présentant un intérêt culturel sont proposés à l'Office fédéral de la culture en vue de leur utilisation dans des collections ou des musées.

¹⁰⁶⁹ Cf. ci-dessus N 214.

¹⁰⁷⁰ Cf. les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 3.

¹⁰⁷¹ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 3.

déral a souligné que le cadre en question aurait dû dans tous les cas informer son supérieur de l'invitation. Il a également ajouté que l'invitation était « manifestement problématique » : « Es ist offensichtlich problematisch, wenn ein in leitender Stellung bei der (...) tätiger Bundesangestellter sich vom CEO (...) zu einem Sportanlass in eine Loge mit Catering einladen lässt »¹⁰⁷².

Par ailleurs, un exemple tiré de l'actualité montre que l'acceptation d'une invitation est toujours délicate. Le consortium d'entreprises choisi pour exécuter des travaux d'entretien sur la route nationale A9 Simplon a organisé en décembre 2015 une fête de la Sainte Barbe. Alors que les festivités liées à cette Sainte sont traditionnelles dans le secteur de la construction de tunnels, la fête en question dépassait clairement le cadre habituel : elle avait lieu dans une salle louée exprès pour la manifestation (et non dans un tunnel, comme d'habitude) et le repas était très copieux. Le consortium y avait invité aussi des employés de l'Office fédéral des routes (OFROU), ainsi que des politiciens locaux. La presse avait également relaté que des agents publics avaient été invités à d'autres repas, encore plus chers, dans des restaurants en Italie. En même temps, il a été révélé que le consortium avait fait valoir des coûts supplémentaires très importants pour les travaux. Le Ministère public de la Confédération mène des investigations dans cette affaire.¹⁰⁷³

- 415 Enfin, plusieurs départements et unités administratives ont adopté des directives encore plus précises en vertu de l'article 94d al. 1 et 2 OPers, en abaissant notamment la valeur maximale de l'avantage pouvant être accepté.

Le Département fédéral des affaires étrangères a par exemple édicté en 2007 une Directive concernant l'acceptation de cadeaux ou d'autres avantages dans le cadre des rapports de travail. Selon cette Directive, les avantages d'une valeur inférieure à CHF 40.– peuvent être acceptés pour un usage personnel, alors que l'acceptation d'avantages d'une valeur de CHF 40.– à 200.– pour un usage personnel est soumise à l'obligation pour l'agent public d'en informer son supérieur hiérarchique par écrit.¹⁰⁷⁴ Notons que les départements et les unités administratives peuvent également introduire des limites de la fréquence avec laquelle un agent public peut recevoir des cadeaux, par exemple en prévoyant une valeur limite par douze mois. C'est ce qu'a fait l'Administration fédérale des finances (AFF) en prévoyant un seuil de CHF 2000.– par an, pour autant que les dons proviennent de différentes personnes.¹⁰⁷⁵ Les employés de l'AFF doivent en outre déclarer au responsable de leur division tous les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux qu'ils ont acceptés.¹⁰⁷⁶

iii. Les réglementations de quelques unités décentralisées

- 416 Plusieurs unités décentralisées de l'administration fédérale ont prévu des réglementations légèrement différentes. Parmi les unités décentralisées de l'administration fédé-

¹⁰⁷² Arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.1.

¹⁰⁷³ Cf. AEBI MISCHA, Heikles Barbara-Fest am Simplon, *Berner Zeitung* en ligne du 23 avril 2016.

¹⁰⁷⁴ PFENNINGER, Cadeaux, p. 12.

¹⁰⁷⁵ Ch. 5.1 al. 2 let. b Instructions de l'AFF sur le comportement.

¹⁰⁷⁶ Ch. 5.1 al. 5 Instructions de l'AFF sur le comportement.

rale ayant le statut d'employeur, on peut citer la réglementation de PUBLICA. Les employés de PUBLICA ont l'obligation d'annoncer à leur supérieur hiérarchique tous les cadeaux de courtoisie et les avantages sociaux courants qu'ils ont acceptés.¹⁰⁷⁷ Le Règlement compliance PUBLICA – qui en tant que directive interne ne peut être qualifié d'acte normatif à proprement parler – prévoit en outre que les employés peuvent en principe accepter les invitations « pour lesquelles l'intérêt de PUBLICA figure au premier plan ».¹⁰⁷⁸ Les frais d'hébergement doivent cependant toujours être payés par l'intéressé ou par PUBLICA. Enfin, alors que les cadeaux et invitations offerts dans le cadre d'une candidature à la passation de contrats avec PUBLICA doivent être refusés dans leur intégralité, les repas pris par les participants à l'occasion des négociations peuvent être acceptés.¹⁰⁷⁹

Les unités décentralisées ayant leur propre statut du personnel prévoient des règles précises concernant l'acceptation d'avantages dans leurs codes de conduite et donc dans des instruments qui ne peuvent être qualifiés d'actes normatifs à proprement parler. Swissmedic connaît une réglementation relativement stricte. Les employés de Swissmedic sont tenus d'annoncer et de faire approuver toute acceptation de cadeaux de courtoisie qui peuvent avoir une valeur maximale de CHF 50.–.¹⁰⁸⁰ Ils peuvent en outre accepter les invitations à déjeuner immédiatement après une réunion ou lors d'une pause pendant la réunion ou les invitations à un repas ou à un apéritif dans le cadre de manifestations publiques.¹⁰⁸¹ Cependant, lorsque ce sont toujours les mêmes personnes qui participent à des réunions régulières, elles doivent veiller à alterner la prise en charge des frais de restauration à midi.¹⁰⁸² Enfin, dans le cadre des inspections périodiques, seules les invitations à déjeuner à la cantine peuvent être acceptées.¹⁰⁸³

417

Une disposition contenue dans les codes de conduite de la FINMA et de l'IFSN a également retenu notre attention.¹⁰⁸⁴ Les employés de la FINMA et de l'IFSN peuvent, « dans les limites du raisonnable et avec la retenue qui est de mise [...] accepter des invitations à des repas, des manifestations culturelles ou autres lorsque celles-ci sont clairement en lien avec leurs fonctions. Il en va de même pour les personnes qui les accompagnent, dans la mesure où celles-ci ont été expressément invitées et que leur participation est conforme aux usages »¹⁰⁸⁵. A la seule lecture de cette règle, on pourrait croire que la limite supérieure fixée dans les codes de chacune de ces autorités ne s'applique pas à ce type d'invitations.¹⁰⁸⁶ Une telle interprétation serait cependant contraire au principe de la légalité. En effet, les invitations constituent un avantage au sens large : la valeur que le repas ou la manifestation représente pour l'agent concerné et pour les personnes qui l'accompagnent ne peut donc pas dépasser la valeur limite de

418

¹⁰⁷⁷ Art. 48 al. 3 OPers-PUBLICA.

¹⁰⁷⁸ Art. 7 al. 5 Règlement compliance PUBLICA.

¹⁰⁷⁹ Art. 7 al. 7 Règlement compliance PUBLICA.

¹⁰⁸⁰ Ch. 6.2 al. 1 Code de conduite Swissmedic.

¹⁰⁸¹ Ch. 6.3 al. 1 Code de conduite Swissmedic.

¹⁰⁸² Ch. 6.3 al. 2 Code de conduite Swissmedic.

¹⁰⁸³ Ch. 6.3 al. 3 Code de conduite Swissmedic.

¹⁰⁸⁴ Cf. également la règle délicate à l'art. 8 al. 4 *Code de conduite de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire IFSN*, état au 1^{er} janvier 2013 (Code de conduite IFSN) que nous n'analyserons cependant pas en détail ici.

¹⁰⁸⁵ Cf. art. 11 al. 3 Code de conduite FINMA et art. 8 al. 3 Code de conduite IFSN.

¹⁰⁸⁶ La valeur maximale est fixée à CHF 100.– pour les employés de la FINMA et à CHF 200.– pour les employés de l'IFSN.

base. Dans le même ordre d'idées, il convient d'interpréter avec beaucoup de retenue le passage « en lien avec leurs fonctions » ; contrairement à ce qui vaut par exemple pour les membres du Conseil fédéral, accepter des invitations à des repas ou à des manifestations culturelles ne fait *a priori* pas partie des tâches de base des employés de la FINMA et l'IFSN. Les employés de la FINMA et de l'IFSN doivent donc respecter, comme tous les autres agents publics, le standard minimal exposé plus haut.

e) *L'acceptation d'avantages dans le Code des obligations*

419 Selon l'article 321b al. 1 CO, « le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent ; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu ». *A contrario*, le travailleur peut garder tout ce qu'il a reçu pour lui-même, pourvu que ces avantages aient un caractère de pourboires et soient d'usage social.¹⁰⁸⁷ Selon la jurisprudence et la doctrine, des avantages d'une valeur de CHF 300.-, 500.- ou encore 6'000.- ne sont déjà plus qualifiés de pourboires.¹⁰⁸⁸ On admet que de tels avantages remettent en cause l'indépendance de l'employé à l'égard du tiers.¹⁰⁸⁹ L'acceptation d'avantages dépassant le seuil du pourboire constitue également une violation du devoir de fidélité prévu à l'article 321a al. 1 CO.¹⁰⁹⁰

420 Notons que la réglementation légale des articles 321a et 321b CO est de droit dispositif ; l'employeur et l'employé peuvent donc convenir d'une autre réglementation dans le contrat individuel de travail. Le Tribunal fédéral a cependant statué que même en l'absence d'un devoir de fidélité expressément prévu par le contrat de travail, l'acceptation de pots-de-vin viole le principe général de la bonne foi.¹⁰⁹¹

4. La réglementation de l'acceptation d'avantages au niveau cantonal

421 Il convient de rappeler tout d'abord que le standard minimal découlant du droit pénal de la corruption vaut également dans les cantons. Il s'ensuit que les réglementations cantonales ne peuvent pas aller en-deçà de ce standard minimal, mais au-delà si les cantons le souhaitent. Une grande majorité des cantons connaissent des dispositions légales expresses en la matière. Notons qu'à l'instar du développement constaté au niveau fédéral, les réglementations cantonales sont devenues plus détaillées au cours des dernières années.¹⁰⁹²

L'acceptation d'avantages est une problématique connue depuis longtemps et toujours actuelle au niveau cantonal, comme le démontrent les exemples d'actualité suivants.

¹⁰⁸⁷ ROHNER/KESSLER, *Zuwendungen*, p. 222. Ces auteurs sont toutefois d'avis que cette interprétation est trop stricte (p. 225).

¹⁰⁸⁸ ROHNER/KESSLER, *Zuwendungen*, p. 222 s., et les références citées. L'arrêt concernant le montant de CHF 6'000.- date de 1966, l'arrêt concernant les montants de CHF 300.- et de CHF 500.- date de 2011.

¹⁰⁸⁹ ROHNER/KESSLER, *Zuwendungen*, p. 222 s.

¹⁰⁹⁰ ROHNER/KESSLER, *Zuwendungen*, p. 224.

¹⁰⁹¹ ROHNER/KESSLER, *Zuwendungen*, p. 226 et la référence citée (ATF 92 II 184, c. 5).

¹⁰⁹² Cf. p. ex. la réglementation détaillée zougnoise (§ 17d *Personalverordnung*, RS/ZG 154.211, révisée en 2015) et la réglementation bernoise (art. 8a s. *Ordonnance sur le personnel*, RS/BE 153.011.1, révisée en 2015).

Entre 2009 et 2012, un cadre de la Direction zurichoise de la justice a accepté l'invitation de la société IT Beelk à participer à des voyages de dégustation de vin au Piémont. Ces voyages coûtaient près de CHF 1'100.- par personne. Le fonctionnaire en question, chef de la section logistique, finances et controlling au sein de la Direction de la justice, était responsable de l'achat d'ordinateurs et d'imprimantes. La société Beelk était un fournisseur important. Le Ministère public zurichois a condamné le fonctionnaire, aujourd'hui à la retraite, à une peine pécuniaire avec sursis.¹⁰⁹³

Les enquêtes sur l'affaire de corruption au SECO ont révélé que l'ancien directeur de l'Office pour l'informatique de la ville de Zurich avait accepté une série de cadeaux, entre autres de Swisscom, Microsoft et Hewlett-Packard (p. ex. un voyage et des billets pour le Grand Prix de Formule 1 à Monza, un voyage et des billets pour la finale du championnat d'Europe de football à Vienne ou encore un voyage et des billets pour le Festival de film à Locarno en compagnie de son épouse). L'acceptation de certains de ces avantages avait été autorisée par le conseiller d'Etat responsable, qui déclarait lors du procès qu'il fallait « faire du bien » aux cadres de temps en temps pour pouvoir les garder : « Man müsse Topleuten auch mal "etwas Gutes tun", um sie zu halten ». L'affaire pénale a été classée pour plusieurs motifs, notamment en raison de la prescription des infractions. Il est également intéressant de noter que la procédure pénale contre les deux responsables de Swisscom a également été classée, chacun d'eux ayant payé CHF 10'000.- à Transparency International Suisse à l'issue du procès.¹⁰⁹⁴ En effet, l'article 53 CP permet de classer une affaire si les auteurs ont « réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre » d'eux. Cette disposition est très critiquable au regard de l'intégrité de l'administration publique ; on pourrait même dire qu'il s'agit là de corruption institutionnalisée et légalisée.¹⁰⁹⁵

Au printemps 2018, il a été révélé qu'en 2015, Pierre Maudet, conseiller d'Etat genevois, s'est rendu à Abu Dhabi avec sa famille et un ami pour assister au Grand Prix de Formule 1. Une enquête pénale est actuellement en cours, notamment afin de déterminer s'il y a eu un échange de prestation autour de ce voyage. Selon le Ministère public, le prince héritier d'Abu Dhabi, Zayed al-Nahyane, aurait pris en charge les frais du voyage, du séjour dans l'hôtel le plus luxueux de l'émirat ainsi que les billets pour le Grand Prix de Formule 1. Pierre Maudet aurait par ailleurs rencontré le prince héritier dans le lobby de l'hôtel et effectué une visite de la salle des opérations de la police locale.¹⁰⁹⁶ A une autre occasion, le conseiller d'Etat aurait en outre accepté de rentrer à Genève depuis Téhéran avec le propriétaire de l'entreprise Mediterranean Shipping Company (MSC), à bord du jet privé de ce dernier.¹⁰⁹⁷ Ces faits n'ayant pas encore été jugés, il convient de noter que Pierre Maudet bénéficie de la présomption d'innocence.

¹⁰⁹³ Cf. STÄUBLE MARIO, Trinken im Piemont : Chefbeamter der Justiz bestraft, *Tages Anzeiger* en ligne du 12 janvier 2016.

¹⁰⁹⁴ Voir pour toute l'affaire STÄUBLE MARIO, Geschenkliste eines Chefbeamten, *Tages Anzeiger* du 6 août 2018.

¹⁰⁹⁵ Les Chambres fédérales discutent actuellement d'une proposition de modification de cet article, cf. l'initiative parlementaire 10.519, « Modifier l'article 53 CP », Daniel Vischer.

¹⁰⁹⁶ Cf. pour le tout p. ex. MANSOUR FATI, Pierre Maudet en mauvaise posture, *Le Temps* en ligne du 15 mai 2018, ou ROSELLI SOPHIE/BRETTON MARC, Pierre Maudet a menti sur son voyage à Abu Dhabi, *Tribune de Genève* du 30 août 2018.

¹⁰⁹⁷ Cf. GAFAFER TOBIAS, Pierre Maudet flog im Privatjet von Teheran nach Genf, *NZZ* en ligne du 30 mai 2018.

- 422 Une minorité de cantons connaît une réglementation sur l'acceptation d'avantages par les membres du gouvernement cantonal.¹⁰⁹⁸ Les réglementations existantes ressemblent du reste à la réglementation applicable aux membres du Conseil fédéral : l'acceptation d'avantages est interdite, mais les cadeaux de faible valeur et d'usage commun sont admis.¹⁰⁹⁹
- 423 En revanche, presque tous les cantons prévoient une réglementation de l'acceptation d'avantages dans leurs lois générales concernant la fonction publique ou dans leurs lois d'organisation de l'administration.¹¹⁰⁰ De manière générale, les réglementations cantonales correspondent au standard minimal identifié ci-dessus. Il convient toutefois de mentionner quelques règles spéciales. Dans le canton de Zoug, les avantages acceptés d'un même donateur au cours d'une année civile peuvent atteindre la valeur de CHF 150.–.¹¹⁰¹ Dans le canton du Tessin, la valeur limite de l'avantage pouvant être accepté est fixée à CHF 50.–.¹¹⁰² Dans le canton de Schaffhouse, les agents publics doivent informer leurs supérieurs lorsque des avantages leur sont offerts.¹¹⁰³ La réglementation glaronaise sur l'acceptation d'avantages s'applique non seulement aux membres des autorités et aux employés, mais également aux privés auxquels l'Etat a confié des tâches publiques.¹¹⁰⁴ Partant, dès qu'un privé accepte un mandat impliquant l'accomplissement de tâches publiques, il est soumis à la même règle que les agents publics en

¹⁰⁹⁸ Nous avons trouvé des réglementations légales expresses dans les cantons de Nidwald (art. 32 *Gesetz über die kantonalen und kommunalen Behörden*, RS/NW 161.1), Glaris (art. 28 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/GL II/A/3/2), Bâle-Ville (§ 2 *Personalgesetz*, RS/BS 162.100), Bâle-Campagne (§ 2 *Personalgesetz*, RS/BL 150), Schaffhouse (§ 1 *Dekret über das Dienstverhältnis und die berufliche Vorsorge des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen*, RS/SH 181.110), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 49 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/AR 142.12), Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 4 *Behördenverordnung*, RS/AI 170.010) et les Grisons (art. 6 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/GR 170.300).

¹⁰⁹⁹ Cf. p. ex. les réglementations glaronaise (art. 28 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/GL II/A/3/2) et nidwaldienne (art. 32 *Gesetz über die kantonalen und kommunalen Behörden*, RS/NW 161.1).

¹¹⁰⁰ Cf. les réglementations des cantons de Zurich (art. 50 *Personalgesetz*, RS/ZH 177.10), Berne (art. 61 *Loi sur le personnel*, RS/BE 153.01 ; art. 8a s. *Ordonnance sur le personnel*, RS/BE 153.011.1), Lucerne (§ 54 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/LU 51), Uri (art. 28 *Personalverordnung*, RS/UR 2.4211), Schwyz (§ 36 *Personal- und Besoldungsgesetz*, RS/SZ 145.110), Obwald (art. 37 *Staatsverwaltungsgesetz*, RS/OW 130.1), Nidwald (art. 43 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/NW 165.1), Glaris (art. 33 *Gesetz über das Personalwesen*, RS/GL II A/6/1), Zoug (§ 28^{quater} *Personalgesetz*, RS/ZG 154.21 ; § 17d *Personalverordnung*, RS/ZG 154.211), Fribourg (art. 66 *Loi sur le personnel de l'Etat*, RS/FR 122.70.1), Soleure (§ 40 *Gesetz über das Staatspersonal*, RS/SO 126.1), Bâle-Ville (§ 18 *Personalgesetz*, RS/BS 162.100), Bâle-Campagne (§ 37 *Personalgesetz*, RS/BL 150), Schaffhouse (art. 32 al. 3 *Personalgesetz*, RS/SH 180.100), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 49 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/AR 142.12), Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 19 al. 2 et 3 *Personalverordnung*, RS/AI 172.310 ; art. 15 s. *Standeskommissionsbeschluss zur Personalverordnung*, RS 172.311), Saint-Gall (art. 68 *Personalgesetz*, RS/SG 143.1), Grisons (art. 52 *Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden*, RS/GR 170.400), Argovie (§ 24 *Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts*, RS/AG 165.100), Thurgovie (§ 78 *Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals*, RS/TG 177.112), Tessin (art. 28 *Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti*, RS/TI 173.100 ; art. 16 ss *Regolamento die dipendenti dello Stato*, RS/TI 173.110), Valais (art. 25 *Loi sur le personnel de l'Etat du Valais*, RS/VS 172.2), Neuchâtel (art. 24 *Loi sur le statut de la fonction publique*, RS/NE 152.510), Genève (art. 25 *Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux*, RS/GE B 5 05.01) et du Jura (art. 23 *Loi sur le personnel de l'Etat*, RS/JU 173.11). Nous n'avons pas trouvé de disposition générale en la matière dans le canton de Vaud.

¹¹⁰¹ Cf. le § 17d *Personalverordnung*, RS/ZG 154.211.

¹¹⁰² Cf. l'art. 20 al. 1 *Regolamento dei dipendenti dello Stato*, RS/TI 173.110.

¹¹⁰³ Cf. l'art. 27 al. 1 *Personalverordnung*, RS/SH 180.111.

¹¹⁰⁴ Cf. l'art. 28 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/GL II/A/3/2.

qui concerne l'acceptation d'avantages. Enfin, les législations valaisanne et neuchâtoise interdisent aux agents publics de prendre un intérêt pécuniaire direct ou indirect ou de participer de manière directe ou indirecte aux fournitures, aux soumissions ou aux autres ouvrages qui intéressent le canton ou ses établissements.¹¹⁰⁵

Enfin, il convient de rappeler que l'article 12 de la Constitution de 1874, à la suite de sa révision en 1931, interdisait également aux membres des gouvernements cantonaux d'accepter des pensions, traitements, titres, présents ou décorations d'un gouvernement étranger.¹¹⁰⁶ Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution en 2000, il n'existe plus de règle fédérale dans cette matière ; les cantons sont désormais libres de prévoir une telle interdiction. A notre connaissance, aucun des cantons n'a cependant repris cette interdiction dans sa législation.

424

En résumé, on peut constater que la législation cantonale de base correspond dans une large mesure au standard minimal en matière d'acceptation d'avantages. Quelques cantons disposent en outre de réglementations de détail novatrices, notamment la réglementation glaronaise qui étend le champ d'application aux privés accomplissant une tâche publique.

425

5. Appréciation

Tous les agents publics, fédéraux et cantonaux, y compris les membres du Conseil fédéral et les employés des unités décentralisées sont soumis au standard minimal en matière d'acceptation d'avantages qui découle des dispositions pénales pertinentes. Les réglementations spéciales ne peuvent donc pas aller en deçà de ce standard minimal, mais peuvent apporter des précisions et prévoir des réglementations plus détaillées, notamment des obligations d'annonce, des seuils concrets qu'un avantage peut atteindre, des limites concernant la fréquence d'acceptation des cadeaux, ainsi que des dispositions spéciales en matière d'invitations. La marge de manœuvre est donc restreinte, même pour les unités décentralisées. Ainsi, les règles susmentionnées qui figurent dans les codes de conduite de la FINMA et de l'IFSN et qui permettent d'accepter des invitations à des événements sociaux doivent être interprétées en tenant compte du standard minimal ; une interprétation large irait à l'encontre du principe de la légalité et ne serait pas conforme aux dispositions pénales.

426

En outre, nous pouvons observer que certaines unités administratives ont adopté des mesures de transparence en matière d'acceptation d'avantages. Ces mesures sont à notre avis opportunes. Les employés de l'AFF ou ceux de Swissmedic doivent par exemple annoncer tous les cadeaux qu'ils reçoivent. A notre avis, de telles règles devraient être généralisées. Pour les unités administratives particulièrement exposées au risque de corruption ou d'irrégularités, nous estimons qu'il convient également d'instaurer un registre répertoriant tous les avantages reçus ou offerts aux agents publics ;

427

¹¹⁰⁵ Cf. l'art. 25 al. 2 Loi sur le personnel de l'Etat du Valais, RS/VS 172.2, et l'art. 24 al. 3 de la Loi sur le statut de la fonction publique, RS/NE 152.510.

¹¹⁰⁶ Cf. ci-dessus N 405 pour un l'exemple de Jacky Farine.

s'il ne doit pas forcément être publié, un tel registre permet de garder une vue d'ensemble des avantages acceptés au sein d'un service ou d'une unité administrative.

428 Enfin, nous avons vu que le canton de Glaris connaît une réglementation innovante en matière d'acceptation d'avantages : elle prévoit l'interdiction d'accepter des avantages également pour les privés auxquels l'Etat a confié l'exercice de tâches publiques. L'introduction d'une telle réglementation dans la loi sur le personnel se justifierait à notre avis également au niveau fédéral et dans les autres cantons.

V. L'utilisation induite d'informations privilégiées

1. La problématique

a) *L'information privilégiée : un bien précieux*

429 Dans le cadre de leur activité, les agents publics apprennent beaucoup de faits et d'informations concernant l'administration publique en général, mais également à propos de projets et d'affaires plus spécifiques. Alors qu'une bonne partie de ces informations sont désormais accessibles au public, certaines restent confidentielles. Dans le contexte de l'intégrité de l'administration publique, nous nous intéresserons à la divulgation ou à l'utilisation de ces informations privilégiées en vue d'obtenir un avantage privé. L'avantage peut revenir à l'agent public lui-même ou à un tiers. Pour la notion d'avantage, nous renvoyons à la définition retenue plus haut en matière d'acceptation d'avantages.¹¹⁰⁷

430 Les faits ou informations privilégiés concernent souvent des mesures dont le succès dépend de leur confidentialité ou de leur non-divulgation. C'est par exemple le cas des contrôles de tout type, des mesures dans le domaine de la politique monétaire ou de l'aménagement du territoire, des informations sur les intentions des pouvoirs publics ou la sécurité nationale, des descentes de police ou encore, de manière plus générale, des informations commercialement sensibles.¹¹⁰⁸ L'utilisation de ces informations par l'agent public ou un tiers avant leur publication officielle peut léser l'intérêt public : la cuisine d'un restaurant peut être exceptionnellement nettoyée avant un contrôle d'hygiène, les personnes soupçonnées de terrorisme peuvent s'échapper et détruire des preuves et le tiers au courant d'un changement de la politique monétaire peut réaliser des gains boursiers.¹¹⁰⁹ L'agent public peut donc tirer un avantage de la connaissance privilégiée de certaines informations. En ce sens, l'interdiction d'utiliser de manière induite des informations privilégiées équivaut donc à une interdiction d'abuser de la connaissance privilégiée de certaines informations : « Es geht somit um das Verbot der

¹¹⁰⁷ Cf. ci-dessus N 395.

¹¹⁰⁸ HÄNNI, Treuepflicht, p. 75 ; OCDE, Après-mandat, p. 19.

¹¹⁰⁹ Cf. également l'arrêt du TAF du 1^{er} octobre 2015, A-6927/2014, où il a été reproché à un agent public d'avoir prévenu le directeur d'une entreprise que cette dernière ferait l'objet d'un contrôle. Le comportement reproché n'a cependant pas pu être vérifié, cf. c. 7.3.1. ss.

Ausnutzung vo[m] dienstlichen Wissensvorsprung durch die Angestellten »¹¹¹⁰. Notons qu'au cours des dernières décennies, l'information est devenue un bien beaucoup plus important dans notre société : une information est parfois plus précieuse qu'une somme d'argent.¹¹¹¹

Nous ne nous intéresserons pas ci-après à l'utilisation ou à la communication d'informations privilégiées qui portent uniquement atteinte à un intérêt privé, par exemple la communication par un agent public de données sur la santé d'une personne à un tiers. Nous ne nous occuperons pas non plus du devoir de réserve, c'est-à-dire de « la retenue que doit s'imposer l'agent public dans l'exercice de certains de ses droits fondamentaux [...] en raison de son statut ou de son activité au service de l'Etat »¹¹¹². Enfin, dans certains cas exceptionnels, la divulgation d'informations confidentielles sert l'intérêt public : nous traiterons de l'alerte éthique plus loin.¹¹¹³

431

b) Les modes de réglementation de l'utilisation induite d'informations privilégiées

Parmi les modes de réglementation de l'utilisation induite d'informations privilégiées, on peut distinguer deux ensembles de normes qui visent à garantir une administration intègre : les normes qui prévoient et protègent le secret de fonction et celles qui réglementent plus spécifiquement les « opérations pour compte propre ».

432

Les agents publics sont tenus d'observer le secret de fonction, traditionnellement appelé en allemand « *Amtsverschwiegenheit* »¹¹¹⁴. Le secret de fonction peut être défini comme l'obligation pour les agents publics « de garder le secret – ou, autrement dit, de se taire, de ne rien révéler – sur les affaires dont ils ont à connaître dans le cadre de leurs fonctions »¹¹¹⁵. Le secret de fonction vise à garantir le déroulement normal de l'activité de l'administration, dès lors que la communication précoce d'une information peut déranger sensiblement ce dernier.¹¹¹⁶ Nous verrons cependant que le champ d'application du secret de fonction, cette « règle fondamentale »¹¹¹⁷ du droit de la fonction publique, s'est sensiblement réduit avec l'introduction du principe de transparence.

433

L'utilisation induite d'informations privilégiées peut ensuite être réglementée à l'aide de dispositions plus spécifiques sur les opérations pour compte propre. Ces règles ne sont apparues que récemment au sein de l'administration publique. Elles sont nettement plus discutées dans certains secteurs du droit privé, notamment dans le commerce des valeurs mobilières.¹¹¹⁸ Les opérations pour compte propre peuvent être in-

434

¹¹¹⁰ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 5.

¹¹¹¹ Cf. SPRECHER, *Transparenz*, p. 149 s., pour le rapport entre l'information et le pouvoir. Cf. également BLEICKER, *Contrôles*, p. 158, en matière d'enjeux de protection des informations confidentielles et secrètes.

¹¹¹² VERNIORY/WAELTI, *Réserve*, p. 811.

¹¹¹³ Cf. ci-dessous N 821 ss.

¹¹¹⁴ Cf. p. ex. THURNHERR, *Öffentlichkeit*, p. 190.

¹¹¹⁵ TANQUEREL, *Secret*, p. 44.

¹¹¹⁶ BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis*, p. 13.

¹¹¹⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif III*, p. 607 ; TANQUEREL, *Secret*, p. 44.

¹¹¹⁸ Cf. à ce sujet p. ex. WAGNER REMO, *Überwachung von Mitarbeitergeschäften im Effektenhandel*, *AJP* 2016, p. 1310–1317, ou GRAF DAMIAN K., *Befugte Weitergabe von Insiderinformationen*, *Jusletter* du 27 mars 2017.

terdites de manière générale, seulement dans un certain secteur à risque ou exclusivement lorsque les opérations en question concernent des papiers-valeurs d'entreprises spécifiques. En outre, la loi peut prévoir des restrictions en matière d'acquisition ou de détention par les agents publics de papiers-valeurs ou autres titres de certaines entreprises ; il s'agit donc de règles qui concernent directement la gestion du patrimoine privé des agents publics.

435 Après avoir présenté brièvement les standards internationaux en la matière, nous traiterons d'abord du secret de fonction (2.) et ensuite des dispositions plus spécifiques réglementant les opérations pour compte propre (3.).

c) *Les standards internationaux*

436 Plusieurs recommandations d'organisations internationales abordent la problématique de l'utilisation induite d'informations privilégiées. Elles recommandent d'interdire tant la divulgation d'informations privilégiées que l'utilisation de celles-ci à des fins privées.¹¹¹⁹ Le Code modèle de conduite des agents publics du Conseil de l'Europe prévoit par exemple que « l'agent public ne doit communiquer des informations que dans le respect des règles et exigences applicables »¹¹²⁰. En même temps, « l'agent public ne doit pas faire un usage inadéquat des informations qu'il ou elle peut obtenir dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹¹²¹.

2. Le secret de fonction

a) *En général*

i. Les droits fondamentaux en jeu

437 Le droit fondamental qui s'oppose traditionnellement au secret de fonction est la liberté d'expression.¹¹²² En cas de divulgation ou d'utilisation d'informations privilégiées en vue d'en tirer un avantage personnel, l'agent public peut certes se prévaloir de la liberté d'expression ; en principe, une restriction à cette liberté sera cependant justifiée par l'intérêt public et proportionnée au but visé. Ce cas doit être distingué de celui du lanceur d'alerte qui divulgue les informations privilégiées dans l'intérêt public.¹¹²³

¹¹¹⁹ Cf. également les chiffres 6 et 10 du Code international de conduite des agents de la fonction publique de l'ONU de 1996 et le ch. 2.2.2 de la Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices en matière de conflits d'intérêts de 2003.

¹¹²⁰ Art. 22 al. 1 Code modèle de conduite des agents publics du Conseil de l'Europe, annexe de la *Recommandation du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics* de 2000.

¹¹²¹ Art. 22 al. 3 Code modèle de conduite des agents publics du Conseil de l'Europe, annexe de la *Recommandation du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics* de 2000.

¹¹²² Cf. p. ex. SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 62 ss.

¹¹²³ Cf. ci-dessous N 821 ss.

ii. Le rapport avec le droit pénal

S'il constitue un devoir des agents publics, le secret de fonction est d'abord protégé par le droit pénal : l'article 320 al. 1^{er} CP punit la révélation d'un secret de fonction par un agent public pendant son mandat ou après la fin de celui-ci d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire.¹¹²⁴ La question se pose dès lors de savoir quel est le rapport entre la réglementation administrative du secret de fonction et sa réglementation pénale. 438

Une partie de la doctrine soutient que le champ d'application de l'article 22 LPers va au-delà de la norme pénale.¹¹²⁵ Le Tribunal pénal fédéral a toutefois affirmé dans un jugement récent que la notion de secret est la même à l'article 320 CP et à l'article 22 LPers : « Der Begriff « Amtsgeheimnis » kann jedoch in Art. 320 StGB kein anderer sein als derjenige von Art. 22 BPG [LPers] und Art. 94 BPV [OPers] (...) »¹¹²⁶. Il s'ensuit que s'il est établi qu'un agent public devait garder une information secrète, la divulgation de cette dernière constituerait tant une violation d'un devoir de fidélité qu'une infraction pénale. Cette grande proximité, voire cette congruence, entre les deux branches de droit a également une conséquence pratique : alors qu'il existe beaucoup de jurisprudence sur la violation du secret de fonction en droit pénal, il n'existe que très peu de jurisprudence sur le devoir de garder le secret ancré dans les statuts du personnel.¹¹²⁷ Rappelons en outre que le droit pénal repose sur une notion large du fonctionnaire : toute personne qui accomplit des tâches publiques est en effet soumise à l'interdiction de divulguer des informations secrètes.¹¹²⁸ 439

Nous renoncerons ici à une analyse détaillée du secret de fonction en droit administratif, dans la mesure où une telle analyse impliquerait un raisonnement relevant essentiellement du droit pénal.¹¹²⁹ Nous nous limiterons à donner une vue d'ensemble des normes administratives qui existent dans ce domaine tout en mettant l'accent sur la réduction de leur portée en raison de l'introduction du principe de transparence au niveau fédéral.¹¹³⁰ 440

b) *Le secret et la transparence au niveau fédéral*

i. L'historique de la réglementation

Contrairement au principe de la transparence et à la législation y afférente, le secret de fonction est protégé depuis longtemps. Il était notamment prévu à l'article 27 al. 1^{er} du 441

¹¹²⁴ Cf., pour la question des différents fondements juridiques du secret de fonction, TANQUEREL, Secret, p. 45 ss.

¹¹²⁵ HELBLING, Art. 22, N 7 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 608.

¹¹²⁶ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 19 novembre 2013, BB.2013.94, c. 3.5. Voir également MOOR, Droit administratif III, p. 235.

¹¹²⁷ HÄNNI, Treuepflicht, p. 77.

¹¹²⁸ Cf. ci-dessus N 19.

¹¹²⁹ Pour une présentation du secret de fonction en droit pénal, cf. p. ex. OBERHOLZER, Art. 320.

¹¹³⁰ Cf. pour une présentation plus complète du secret de fonction en droit de la fonction publique notamment TANQUEREL, Secret, p. 43 ss, et HÄNNI, Personalrecht, N 222 ss.

Statut fédéral, qui interdisait « au fonctionnaire de divulguer les affaires de service qui [devaient] rester secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales ».

442 En comparaison avec la disposition actuelle, on peut constater que l'article 27 était plus explicite dans la mesure où il ne faisait pas que poser le principe, mais précisait – certes, dans des termes vagues – les affaires devant rester confidentielles.¹¹³¹ Cette précision contenue autrefois dans la loi au sens formel se retrouve aujourd'hui au niveau de l'ordonnance. Le déplacement de normes légales à forte densité de la loi au sens formel vers l'ordonnance est une évolution que nous avons déjà observée en matière d'activités accessoires.¹¹³²

ii. Le régime de base : les règles fondant des secrets et les règles énonçant le devoir de garder ces secrets

443 L'ordre juridique suisse actuel contient deux types de dispositions réglementant le secret de fonction des agents publics : les dispositions qui fondent effectivement des secrets et les dispositions énonçant que l'obligation de ne pas divulguer ces secrets constitue un devoir de fonction.

444 A l'instar de l'article 320 CP¹¹³³, l'article 22 al. 1 LPers est l'une des dispositions qui ne fait qu'énoncer l'obligation de garder le secret en renvoyant à des dispositions spéciales : « le personnel est soumis au secret professionnel, au secret d'affaires et au secret de fonction ». Ainsi, chaque catégorie de secret renvoie à un ensemble de dispositions ancrées dans d'autres lois : le *secret professionnel* renvoie par exemple au secret médical ou au secret des avocats ; le *secret d'affaires* renvoie par exemple au secret de fabrication et d'affaires prévu à l'article 321a al. 4 CO ; le *secret de fonction* renvoie par exemple au secret fiscal prévu à l'article 110 de la *Loi sur l'impôt fédéral direct*¹¹³⁴ ou au secret de l'article 61 de la *Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh)*.¹¹³⁵ Deux éléments découlent de cette structure : premièrement, la portée de l'article 22 LPers ne va pas au-delà des prescriptions spéciales qui fondent le secret¹¹³⁶ et, deuxièmement, pour connaître la véritable étendue d'un secret spécifique, il convient en principe de consulter la loi spéciale, la jurisprudence y relative ainsi que la LTrans.¹¹³⁷

445 Les entités décentralisées qui ne sont pas soumises à la LPers prévoient des normes similaires à l'article 22 al. 1 LPers dans leurs statuts du personnel.¹¹³⁸ De même, l'Aide-mémoire CF contient une norme identique pour les membres du Conseil fédéral.¹¹³⁹ Ajoutons cependant que selon la doctrine, l'obligation de garder le secret peut exister

¹¹³¹ TANQUEREL, Secret, p. 47.

¹¹³² Cf. ci-dessus N 318.

¹¹³³ TANQUEREL, Secret, p. 45 s.

¹¹³⁴ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

¹¹³⁵ Cf. pour une liste plus étendue, HELBLING, Art. 22, N 10 ; TANQUEREL, Secret, p. 49 ss ; FF 1999 II 1444 (Message LPers).

¹¹³⁶ FF 1999 II 1444 (Message LPers) ; COTTIER, Art. 4, N 12.

¹¹³⁷ COTTIER, Art. 4, N 10.

¹¹³⁸ Cf. p. ex. les articles 45 OPers-Swissmedic, 41 OPers-IFSN ou 18 Code de conduite FINMA (l'O-Pers-FINMA ne contient pas de mention du secret de fonction).

¹¹³⁹ Cf. ch. 1.8 Aide-mémoire CF. Cf. l'ATF 116 IV 56 pour le cas le plus célèbre d'une violation du secret de fonction impliquant un membre du Conseil fédéral, l'ancienne conseillère fédérale Elisabeth Kopp.

même sans norme spéciale imposant la confidentialité sur certains faits ; dans ce cas, l'obligation découlera directement du devoir de fidélité.¹¹⁴⁰

iii. La réglementation d'exécution : les affaires qui doivent rester confidentielles « de par leur nature » ou en vertu d'instructions

En plus de ce régime de base, l'OPers ainsi que certaines réglementations d'exécution d'entités décentralisées prévoient que les agents publics doivent également garder secrètes les affaires qui doivent le rester « de par leur nature » ou en vertu d'instructions.¹¹⁴¹ Il n'est pas contesté que les affaires du service comprennent « tous les faits que le fonctionnaire apprend en tant que tel, quel que soit leur rapport avec la mission qui lui est confiée »¹¹⁴². Les faits ne doivent pas relever de sa sphère de compétence ; ce qui importe est qu'il en ait eu connaissance en raison de sa fonction d'agent public.¹¹⁴³ Sont exclus les faits qu'il aurait également pu apprendre à titre de personne privée ou dont il pensait qu'ils provenaient d'un tiers et non de l'administration.¹¹⁴⁴

446

En revanche, il est moins évident de savoir quelles affaires doivent rester confidentielles « de par leur nature ».¹¹⁴⁵ En s'appuyant sur la jurisprudence relative à l'article 320 CP, la doctrine de droit administratif soutient qu'il faut qu'il y ait, outre la volonté du maître du secret de maintenir ce dernier, un intérêt légitime, public ou privé, au maintien du secret.¹¹⁴⁶ Une affaire doit donc rester confidentielle de par sa nature lorsque sa divulgation menacerait un intérêt public, tel que la défense nationale, la santé publique ou le déroulement ordinaire de l'activité de l'administration publique, ou qu'elle risquerait d'atteindre la sphère privée de particuliers.¹¹⁴⁷ De plus, conformément au droit pénal, il convient de partir d'une notion « matérielle » du secret, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas que l'affaire soit déclarée formellement secrète.¹¹⁴⁸ Du reste, les affaires qui doivent rester confidentielles en vertu d'instructions ne peuvent être déterminées à l'avance, dans la mesure où cela dépend de l'instruction donnée.

447

Toutefois, depuis l'introduction du principe de transparence au niveau fédéral, l'interprétation de ces notions juridiques indéterminées n'est plus aussi importante, du moins pour une grande partie des cas. En effet, l'introduction de ce principe a sensiblement réduit le champ d'application du secret de fonction, en inversant notamment le raisonnement à suivre à l'égard des informations et des documents administratifs potentiellement secrets. Ainsi, le principe de la transparence, la législation y afférente, ainsi que la jurisprudence rendue à ce sujet permettent de réduire partiellement « le

448

¹¹⁴⁰ TANQUEREL, Secret, p. 48.

¹¹⁴¹ Cf. p. ex. l'art. 94 al. 1 OPers, art. 57 al. 1 OPers-EPF ou art. 20 al. 1 OPers-METAS.

¹¹⁴² Cf. HÄNNI, Treuepflicht, p. 73, qui cite PERRIN RENÉ (Le secret de fonction en droit fédéral suisse, Neuchâtel 1947) ; TANQUEREL, Secret, p. 54.

¹¹⁴³ SCHIBLI, Meinungsfreiheit, p. 64 ; HÄNNI, Treuepflicht, p. 73.

¹¹⁴⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 609 ; SCHIBLI, Meinungsfreiheit, p. 64. Cf. notamment l'ATF 115 IV 233.

¹¹⁴⁵ SCHIBLI, Meinungsfreiheit, p. 64 ; TANQUEREL, Secret, p. 54.

¹¹⁴⁶ TANQUEREL, Secret, p. 54 s. ; HÄNNI, Personalrecht, N 226 ; HÄNNI, Treuepflicht, p. 77.

¹¹⁴⁷ TANQUEREL, Secret, p. 55 ; HÄNNI, Personalrecht, N 226 ; THURNHERR, Öffentlichkeit, p. 191. Cf., pour des exemples qui se rapportent à la sphère privée de particuliers, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, p. 608 s.

¹¹⁴⁸ TANQUEREL, Secret, p. 54 s.

flou qui caractérise la frontière entre le domaine secret et le domaine public de l'activité administrative »¹¹⁴⁹.

iv. L'influence du principe de transparence sur le secret de fonction

449 Selon le Message du Conseil fédéral relatif à la LTrans, l'introduction du principe de transparence au niveau fédéral en 2006 n'a pas mis en cause la raison d'être du secret de fonction.¹¹⁵⁰ La portée des articles énonçant le secret de fonction a cependant été redéfinie : le secret de fonction ne s'applique désormais plus qu'aux informations protégées par les dispositions dérogatoires contenues dans la LTrans, par des dispositions sur le secret prévues par des lois spéciales, ou dans les domaines où la loi sur la transparence ne s'applique pas (p. ex. les documents détenus par la Banque nationale suisse).¹¹⁵¹ Cela signifie, en d'autres termes, que toutes les informations qui sont accessibles au public au sens de la LTrans ne tombent plus dans le champ d'application du secret de fonction.¹¹⁵²

450 Face à un état de fait impliquant des affaires potentiellement secrètes, il convient donc d'abord de déterminer à l'aide des règles et des exceptions de la LTrans si une information doit rester secrète ou non. Aujourd'hui, le raisonnement sur le secret de fonction nécessite dès lors forcément une réflexion sur la transparence. Quatre issues sont alors possibles.¹¹⁵³ Premièrement, on peut arriver à la conclusion que l'information doit être révélée au sens de la LTrans ; dans ce cas, il n'existe aucun devoir pour l'agent public de garder l'information secrète. Au contraire, sur demande d'un citoyen, l'agent public n'a pas le droit de garder l'information secrète.¹¹⁵⁴ Cela vaut d'autant plus pour les informations qui sont de toute façon publiées.¹¹⁵⁵ Deuxièmement, on peut arriver à la conclusion que l'information doit rester secrète en vertu de l'une des exceptions prévues par la LTrans ; dans ce cas, l'agent public doit garder l'information secrète. Troisièmement, il peut s'agir d'une information qui doit rester secrète en vertu d'une loi spéciale.¹¹⁵⁶ Enfin, quatrièmement, on peut arriver à la conclusion que la LTrans ne s'applique pas au cas d'espèce puisque l'entité en question n'y est pas soumise ou parce que l'information elle-même n'est pas soumise à la loi ; dans ce cas, il conviendra de déterminer si une information doit rester secrète de par sa nature, en vertu de prescriptions spéciales ou d'une instruction. En d'autres termes, si la LTrans ne s'applique pas, les dispositions sur le secret de fonction prévalent.

¹¹⁴⁹ TANQUEREL, Secret, p. 59.

¹¹⁵⁰ FF 2003 1821 (Message LTrans).

¹¹⁵¹ FF 2003 1821 et 1833 (Message LTrans) ; COTTIER, Art. 4, N 11 ss ; BLÖCHLINGER, Amtsgeheimnis, p. 29 s. ; HÄNER, Organisationsrecht, p. 1184 ; OBERHOLZER, Art. 320, N 5 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 2032.

¹¹⁵² FF 2003 1833 (Message LTrans) ; COTTIER, Art. 4, N 11 ss ; HÄNNI, Personalrecht, N 224. Cf. TANQUEREL, Secret, p. 48, pour le même raisonnement concernant le droit genevois.

¹¹⁵³ Cf. les quatre catégories d'informations avant l'entrée en vigueur du principe de transparence chez TANQUEREL, Secret, p. 57 s.

¹¹⁵⁴ Cf. HÄNER, Organisationsrecht, p. 1184.

¹¹⁵⁵ HÄNNI, Personalrecht, N 225.

¹¹⁵⁶ Art. 4 LTrans.

On peut donc affirmer que la portée du secret de fonction a été sinon réduite, du moins redéfinie. En effet, sous le régime du principe de confidentialité avec réserve de publicité, il y existait toute une série d'informations non accessibles au public. Aujourd'hui, à l'ère du principe de transparence avec réserve de secret, la donne a fondamentalement changé.¹¹⁵⁷ A cet égard, on peut même se demander si la réglementation du secret de fonction en droit du personnel a encore une portée propre ou si le domaine est aujourd'hui entièrement réglementé par le droit pénal et la nouvelle législation sur la transparence. Cette conclusion serait cependant prématurée : il existe en effet maintes exceptions à l'application de la LTrans. Nous reviendrons sur cette problématique plus loin.¹¹⁵⁸

451

v. La durée du secret de fonction : au-delà de la fin des rapports de service

L'obligation de garder le secret ne s'arrête pas à la fin des rapports de travail ; au contraire, elle subsiste. Cette précision est particulièrement importante au regard de la problématique du pantouflage que nous exposerons ci-dessous.¹¹⁵⁹ En effet, en cas de passage d'un agent public dans le secteur privé (pantouflage), il est primordial que celui-ci continue à respecter le secret de fonction, sans quoi il crée des distorsions à la concurrence privée. Il va de soi que l'obligation cesse d'exister pour toutes les informations qui ont été publiées ou qui deviennent par la suite accessibles au sens de la LTrans.¹¹⁶⁰

452

Les processus internes ou la manière de mener une certaine politique publique sont une catégorie d'informations ou de faits qui peuvent être particulièrement intéressants pour un employeur privé qui engage un ex-agent public. Plus concrètement, il peut par exemple être très intéressant pour une entreprise de conseil fiscal de connaître les algorithmes des programmes qui contrôlent les déclarations d'impôts remplies en ligne. Il convient à notre avis d'appliquer le même raisonnement à ce type d'informations qu'à toutes les autres : si l'information est accessible au sens de la LTrans, l'ex-agent public peut sans autre partager l'information avec sa nouvelle entreprise. Dans ce cas, l'administration publique devrait à notre avis publier officiellement l'information de sorte à s'assurer que toutes les entreprises disposent des mêmes informations sur le déroulement interne de l'administration. En revanche, si l'information est couverte par un secret, l'information doit rester secrète – et cela jusqu'à ce qu'elle soit publiée ou accessible à tous. Notons encore que, contrairement aux informations concernant les processus internes, le savoir-faire et les connaissances professionnelles que l'agent public a acquis pendant ses années de service ne sont pas couverts par le secret de fonction.¹¹⁶¹ Certes, la distinction entre les deux n'est pas toujours facile à opérer.

453

¹¹⁵⁷ Du moins au niveau fédéral, cf. ci-dessous N 456 s. pour le niveau cantonal.

¹¹⁵⁸ Cf. ci-dessous N 797 et 807 ss propos du champ d'application de la LTrans.

¹¹⁵⁹ Cf. ci-dessous N 476 ss.

¹¹⁶⁰ HELBLING, Art. 22, N 44.

¹¹⁶¹ MODOIANU, Intérêts, p. 431.

vi. La réglementation du Code des obligations

- 454 L'obligation de garder le secret est réglementée à l'article 321a al. 4 CO : « [p]endant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur ; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur ». L'article 321a al. 4 CO ne couvre cependant que le secret professionnel et le secret d'affaires et non le secret de fonction.¹¹⁶² Le respect de ce dernier en tant que devoir professionnel peut le cas échéant être inscrit dans le contrat de travail individuel.¹¹⁶³ Rappelons cependant que selon la doctrine l'obligation de garder le secret de fonction vaut même sans base légale ou inscription expresse dans le contrat, dès lors qu'elle découle directement du devoir de fidélité.¹¹⁶⁴
- 455 Notons encore que si une information est accessible au sens de la LTrans, elle l'est indépendamment du statut du personnel auquel est soumis l'employé en possession de l'information. Le contrat de travail individuel ne peut donc pas prévoir l'obligation de garder le secret sur une information accessible au sens de la LTrans.

c) *Le secret et la transparence au niveau cantonal*

- 456 Tous les cantons prévoient le secret de fonction pour les agents publics ; seuls certains d'entre eux le prévoient aussi expressément pour les membres du Conseil d'Etat.¹¹⁶⁵
- 457 La plupart des cantons connaissent une réglementation qui énonce le secret de fonction de manière générale ou à l'aide de notions juridiques indéterminées - comme la réglementation au niveau fédéral. Certains cantons ont en outre revu la formulation de leurs dispositions sur le secret de fonction à la suite de l'introduction du principe de transparence dans leur législation.¹¹⁶⁶ Bien que n'étant pas nécessaire, cette nouvelle formulation souligne l'interdépendance des deux réglementations. La règle genevoise concernant le secret de fonction prévoit par exemple que « les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur

¹¹⁶² HELBLING, Art. 22, N 8.

¹¹⁶³ HELBLING, Art. 22, N 14.

¹¹⁶⁴ Cf. ci-dessus N 445.

¹¹⁶⁵ Cf. les législations lucernoise (§ 9 Gesetz über die Rechtsstellung der obersten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, RS/LU 50), nidwaldienne (art. 27 Gesetz über die kantonalen und kommunalen Behörden, RS/NW 161.1), glaronaise (art. 27 Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung, RS/GL II A/3/2), zougnoise (§ 8 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrats, RS/ZG 151.1), fribourgeoise (art. 17 Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration, RS/FR 122.0.1), bâloises (§ 2 Personalgesetz, RS/BS 162.100, et § 2 Personalgesetz, RS/BL 150), schaffhouseise (§ 1 Dekret über das Dienstverhältnis und die berufliche Vorsorge des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen, RS/SH 181.110), appenzelloise (art. 3 Behördenverordnung, RS/AI 170.010), grisonne (art. 5 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RS/GR 170.300) et neuchâteloise (art. 18 Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale, RS/NE 152.100).

¹¹⁶⁶ Cf. ci-dessous N 799 s. pour le cadre juridique cantonal en matière de transparence.

l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles [...] ne leur permet pas de les communiquer à autrui »¹¹⁶⁷. La disposition énonçant le secret de fonction fait ici expressément le lien entre les deux domaines.

d) *Appréciation*

Le domaine du secret de fonction est fortement influencé par le droit pénal ainsi que par la législation sur la transparence. La matière est donc prédéterminée par ces deux réglementations et les divers employeurs n'ont que peu de marge de manœuvre pour édicter des normes plus précises. Le standard défini par le droit pénal et la législation sur la transparence est valable pour tous les agents publics, fédéraux ou cantonaux, de l'administration centrale ou de l'administration décentralisée.

458

3. Les « opérations pour compte propre »

Les dispositions spécifiques sur les opérations pour compte propre sont un ensemble de normes qui visent à empêcher les agents publics d'utiliser des informations privilégiées à leur propre avantage. Ce type d'utilisation d'informations privilégiées n'implique pas forcément une violation du secret de fonction. La réglementation peut consister en une simple interdiction générale d'utiliser de manière indue des informations privilégiées ou en l'interdiction de détenir des participations financières ou d'entretenir des relations économiques avec certaines personnes.

459

a) *Les droits fondamentaux touchés*

Les dispositions interdisant les opérations pour compte propre touchent à la liberté économique et également le cas échéant à la garantie de la propriété des agents publics. Quant à la condition de la base légale, nous renvoyons aux développements précédents.¹¹⁶⁸ Les intérêts publics justifiant de telles restrictions correspondent aux intérêts déjà cités : maintenir l'intégrité de l'administration publique et préserver la confiance des citoyens à l'égard du service public. A l'instar de ce que nous exposerons au sujet du pantouflage, on peut y ajouter l'intérêt public à la protection des informations internes.¹¹⁶⁹

460

La conformité d'une mesure interdisant la détention de participations financières au critère de la proportionnalité dépendra notamment de sa délimitation : une mesure formulée précisément et n'interdisant que la détention de certaines participations financières dans certaines entreprises sera davantage conforme à l'exigence de proportionnalité. Cette dernière sera également plus facilement respectée s'il y a un lien de connexité clair entre les compétences ou le domaine d'action de l'agent public concerné par l'interdiction et le contenu de l'interdiction. Ainsi, l'interdiction faite à un employé d'une autorité de surveillance des banques de détenir des participations financières

461

¹¹⁶⁷ Art. 9A al. 1 Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RS/GE B 5 05).

¹¹⁶⁸ Cf. ci-dessus N 216 ss.

¹¹⁶⁹ Cf. ci-dessous N 500.

dans des banques est en principe apte et le cas échéant nécessaire à atteindre le but visé ; en revanche, l'interdiction faite à ce même agent public de détenir des participations financières dans une autre entreprise est *a priori* ni apte ni nécessaire à atteindre le but visé. Il en va de même pour l'interdiction d'entretenir des relations économiques avec des entreprises privées : l'interdiction faite au président de l'autorité de surveillance des banques de déposer ses avoirs d'épargne dans une banque assujettie est conforme à l'exigence de proportionnalité ; l'interdiction faite à ce même agent public d'entretenir des relations économiques avec une entreprise d'un autre secteur ne l'est pas. Quant à l'obligation de vendre les participations financières acquises avant le début des rapports de travail avec l'administration publique, il convient de prévoir une période transitoire permettant à l'agent public concerné de vendre ses participations à un moment avantageux.

b) *Les réglementations au niveau fédéral*

462 Les dispositions expresses interdisant les opérations pour compte propre n'ont été introduites que récemment en droit de la fonction publique.¹¹⁷⁰ Pour l'heure, elles ne concernent pas tous les agents publics et ne sont ancrées qu'au niveau de l'ordonnance.

i. L'absence de réglementation pour les membres du Conseil fédéral

463 La question des opérations pour compte propre n'est pas réglementée expressément en ce qui concerne les membres du Conseil fédéral. Rappelons cependant que les dispositions sur les incompatibilités et les activités accessoires analysées ci-dessus limitent la gestion de fortune personnelle des conseillers fédéraux. Nous avons énuméré plusieurs critères qui servent à reconnaître si une participation détenue par un membre du Conseil fédéral peut nuire à l'intégrité de l'administration publique ou à l'apparence d'intégrité de celle-ci.¹¹⁷¹

ii. La réglementation applicable au personnel soumis à l'OPers

464 Selon l'article 94c al. 1 OPers, « les employés ne doivent utiliser des informations non rendues publiques dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction en vue d'obtenir des avantages pour eux-mêmes ou pour un tiers ». La notion d'avantages doit à notre avis être interprétée de manière large ; il convient de se référer à la notion d'avantages retenue en matière d'acceptation d'avantages.¹¹⁷² S'agissant de la notion d'informations non rendues publiques dont les employés ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction, elles englobent, à notre avis et par analogie à la réglementation du secret de fonction, « tous les faits que le fonctionnaire apprend en tant que tel, quel que soit leur rapport avec la mission qui lui est confiée »¹¹⁷³. Les informations

¹¹⁷⁰ Cf. cependant MODOIANU, Intérêts, p. 433 ss, qui soutenait déjà en 1991 que la détention de certaines participations financières était contraire au devoir de fidélité en général.

¹¹⁷¹ Cf. ci-dessus N 305.

¹¹⁷² Cf. ci-dessus N 395.

¹¹⁷³ Cf. ci-dessus N 446.

ne doivent donc pas forcément relever de la sphère de compétence de l'agent public ; ce qui importe c'est qu'il les ait apprises en raison de sa fonction.¹¹⁷⁴

Les explications du Conseil fédéral relatives à la révision de l'OPers de 2012 du Conseil fédéral contiennent des exemples d'informations privilégiées : les informations privilégiées dans le domaine du transport public, des autorisations d'atterrissage, l'octroi d'autorisations d'exploitation, de concessions ou de marchés publics qui peuvent avoir un impact sur la valeur d'objets immobiliers, de participations financières ou de marchandises.¹¹⁷⁵

L'article 94c al. 3 OPers subsume trois variantes sous la notion d'opération pour compte propre : les transactions juridiques que l'agent réalise en son nom propre, que ce soit pour son propre compte ou celui d'un tiers, les transactions juridiques que l'employé organise pour des proches et, enfin, celles que l'employé fait réaliser par un tiers, notamment pour cacher sa propre identité. Par proches, il faut entendre les membres de la famille de l'agent, les personnes vivant dans le même foyer, les amis ou encore les personnes morales dont les décisions peuvent avoir une influence sur l'employé.¹¹⁷⁶ 465

Il va de soi que les informations ne doivent pas déjà avoir été « rendues publiques » ; il n'est pas interdit à l'agent public de vouloir obtenir un avantage pour lui-même à partir d'une information publique et accessible à tous les citoyens. De même, un agent public qui utilise une information privilégiée dans le cadre de ses fonctions agit conformément au devoir de fidélité, car l'article 94c al. 1 OPers interdit l'utilisation de cette information dans le but d'obtenir un avantage pour soi-même ou pour un tiers. 466

Tandis que l'alinéa premier de l'article 94c OPers énonce l'interdiction de base, le deuxième alinéa – la clause « Hildebrand » – traite plus spécifiquement de l'utilisation d'informations non rendues publiques pour effectuer des opérations pour compte propre sur des valeurs mobilières ou sur des devises. Il peut s'agir notamment d'informations concernant des opérations de politique monétaire ou d'informations dont l'agent public a eu connaissance dans sa fonction de réviseur ou surveillant ou dans le cadre d'une privatisation d'une entité de l'administration publique.¹¹⁷⁷ Disposant de ces informations délicates, l'agent public pourrait effectuer des placements financiers ou des opérations spéculatives et en tirer ainsi un avantage pour lui-même ou pour un tiers. Les achats de devises visant à couvrir les besoins journaliers, par exemple pour des voyages privés à l'étranger, sont pour leur part autorisés en tout temps. 467

La règle vise précisément le cas de l'« affaire Hildebrand ». En 2011, l'épouse de Philipp Hildebrand, alors président de la Banque nationale suisse (BNS), a effectué une transaction d'échange : elle a acheté des dollars pour une valeur de CHF 400'000.-. A l'époque, le franc suisse était très fort par rapport aux autres monnaies. Quelques semaines plus tard, la limite de CHF 1.20 / EUR 1.- a été introduite par la BNS. L'euro ainsi que le dollar avaient d'un coup beaucoup plus de valeur et l'épouse de Philipp Hildebrand a donc réalisé un gain de plusieurs dizaines de milliers de francs suisses. Or, son mari était

¹¹⁷⁴ SCHIBLI, *Meinungsfreiheit*, p. 64 ; HÄNNI, *Treuepflicht*, p. 73.

¹¹⁷⁵ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 5.

¹¹⁷⁶ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 6.

¹¹⁷⁷ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 5 s.

apparemment au courant de la transaction. Le règlement interne de la BNS n'interdisait pas ce genre de transaction à l'époque ; c'est la raison pour laquelle plusieurs rapports d'enquête ont conclu que d'un point de vue juridique, rien ne pouvait être reproché à Philipp Hildebrand. Ce dernier a d'ailleurs démissionné peu après la publication de ces faits, mais aucune procédure pénale n'a été ouverte à son encontre.¹¹⁷⁸

468 Enfin, en vertu de l'article 94d OPers, les départements et les unités de l'administration publique peuvent prévoir des réglementations plus sévères concernant les opérations pour compte propre. Ils peuvent notamment interdire la détention de participations par des personnes occupant certaines fonctions.¹¹⁷⁹ L'Administration fédérale des finances a par exemple adopté des « Instructions relatives au comportement du personnel » qui contiennent des dispositions relativement sévères sur les opérations pour compte propre et l'interdiction de détenir certaines valeurs mobilières.

En ce qui concerne les opérations pour compte propre, les Instructions AFF mentionnent, outre le cas prévu par l'article 94c al. 2 OPers, le « front running », le « parallel running », l'« after running »¹¹⁸⁰ et le cas où l'agent public conclut ou révoque des actes juridiques de toute nature en fonction des informations qu'il détient sur des tiers, notamment en ce qui concerne leur capacité de contracter des crédits. De plus, les collaborateurs de l'AFF n'ont pas le droit de détenir des valeurs mobilières d'entreprises de la Confédération cotées en bourse ou d'entreprises assimilées, ainsi que d'entreprises tierces cotées en bourse dont la Confédération détient une participation, s'ils ont connaissance d'informations privilégiées sur une telle entreprise ou s'ils exercent une fonction de cadre.¹¹⁸¹ Ils n'ont pas non plus le droit de détenir des valeurs mobilières d'une entreprise cotée en bourse dont la Confédération ne détient aucune participation s'ils ont connaissance d'informations privilégiées sur cette entreprise.¹¹⁸² Si les collaborateurs détiennent des valeurs mobilières de ces entreprises au début des rapports de travail, ils doivent les vendre dans un délai de six mois.¹¹⁸³

iii. La réglementation de certaines entités décentralisées

469 Parmi les entités décentralisées ayant le statut d'employeur, PUBLICA dispose une réglementation spécifique des opérations pour compte propre. Selon le Règlement compliance de la PUBLICA, les opérations pour compte propre sont autorisées « pour autant qu'elles ne soient pas abusives »¹¹⁸⁴. Ce même règlement stipule que les opérations sont abusives si des transactions de PUBLICA dans des instruments de place-

¹¹⁷⁸ Cf. p. ex. l'article de la *NZZ* en ligne du 7 août 2014, intitulé « Die wichtigsten Daten der Affäre Hildebrand ». Pour la gestion par le Conseil fédéral de l'affaire, cf. également le rapport des Commissions de gestion des Chambres fédérales sur la gestion par le Conseil fédéral des événements ayant mené à la démission du président de la BNS du 15 mars 2013, FF 2013 5047.

¹¹⁷⁹ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 6 s.

¹¹⁸⁰ C'est-à-dire l'utilisation d'informations non rendues publiques pour effectuer préalablement, simultanément ou subséquemment des opérations pour compte propre, cf. ch. 3.1 let. b Instructions AFF.

¹¹⁸¹ Ch. 3.2 al. 1 let. a Instructions AFF et annexe.

¹¹⁸² Ch. 3.2 al. 2 let. b Instructions AFF.

¹¹⁸³ Ch. 3.2 al. 3, 4, 5 et 6 Instructions AFF.

¹¹⁸⁴ Cf. art. 10 Règlement compliance PUBLICA.

ments identiques ou similaires produisent un effet tangible sur le marché, si l'opération pour compte propre a lieu dans les 48 heures qui précèdent ou qui suivent l'exécution d'une transaction comparable par la PUBLICA, et si l'auteur avait connaissance de l'exécution par PUBLICA de la transaction correspondante.¹¹⁸⁵ Le Règlement compliance PUBLICA prévoit en outre qu'un appel d'offres doit être organisé lorsque des actes juridiques importants, c'est-à-dire dont le montant est égal ou supérieur à CHF 150'000.–, sont passés avec des proches d'un employé.¹¹⁸⁶

Parmi les entités décentralisées disposant de leur propre statut du personnel, on peut citer la FINMA et Swissmedic, qui ont des réglementations très similaires. Ainsi, les personnes travaillant pour ces deux entités n'ont pas le droit de détenir, de manière directe ou indirecte, des papiers-valeurs, droits-valeurs ou produits dérivés dont la valeur est essentiellement déterminée par le cours des actions ou la solvabilité des entreprises assujetties.¹¹⁸⁷ Dans le cas de la FINMA, les entreprises assujetties sont par exemple les banques ou les assurances ;¹¹⁸⁸ pour Swissmedic ce sont par exemple les entreprises pharmaceutiques. L'employé qui détient de tels papiers-valeurs au début des rapports de travail doit s'en séparer dans les deux cas dans un délai de six mois.¹¹⁸⁹ Les employés de la FINMA sont en outre soumis à des réglementations spéciales concernant les valeurs mobilières d'un assujetti émanant directement des rapports de travail et les avoirs d'épargne. La FINMA peut aussi prévoir des interdictions de retraits ou de transactions bancaires.¹¹⁹⁰ Enfin, il est interdit aux employés de Swissmedic d'être emprunteurs des entreprises assujetties.¹¹⁹¹ Notons encore que le code de comportement de l'IFSN ne comporte pas de telles dispositions, ce qui est à notre avis critiquable.

470

Précisons que les réglementations que nous venons d'exposer sont contenues dans des codes de conduite qui ne peuvent être qualifiés d'actes normatifs à proprement parler. Il est à notre avis nécessaire de prévoir les règles en matière d'opérations pour compte propre dans les ordonnances sur le personnel de ces entités.

471

iv. La réglementation applicable aux membres des commissions extraparlimentaires

En 2013, le Conseil fédéral a également introduit une norme interdisant l'utilisation induite d'informations privilégiées par les membres des commissions extraparlimentaires. Selon l'article 8^{fbis} al. 1 OLOGA, « les membres des commissions ne peuvent utiliser les informations non publiques dont ils ont connaissance dans le cadre de leur activité au sein de la commission qu'en rapport avec l'exercice de cette activité ». Le

472

¹¹⁸⁵ Cf. art. 11 Règlement compliance PUBLICA.

¹¹⁸⁶ Cf. art. 12 Règlement compliance PUBLICA.

¹¹⁸⁷ Cf. art. 7 al. 1 Code de conduite FINMA et ch. 5.1 Code de conduite Swissmedic.

¹¹⁸⁸ Voir pour la définition exacte des entreprises assujetties de la FINMA, art. 3 *Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers* (LFINMA ; RS 956.1) ; pour Swissmedic, ch. 5.1 Code de conduite Swissmedic.

¹¹⁸⁹ Cf. art. 7 al. 3 Code de conduite FINMA et ch. 5.3 Code de conduite Swissmedic.

¹¹⁹⁰ Cf. art. 7 al. 5 et 6, 8 al. 1, et 9 Code de conduite FINMA.

¹¹⁹¹ Cf. art. 5.2 Code de conduite Swissmedic.

deuxième alinéa interdit explicitement l'utilisation des informations en vue d'obtenir un avantage personnel.

La réglementation très générale contenue dans l'OLOGA n'empêche pas les commissions extraparlimentaires de prévoir des dispositions plus précises. La ComCom a par exemple interdit à certains de ses employés d'effectuer des opérations en bourse avec des entreprises de télécommunication.¹¹⁹²

c) *Les réglementations au niveau cantonal*

473 Aucun canton ne dispose à notre connaissance de prescriptions concernant les opérations pour compte propre destinées au personnel de l'administration publique ou aux membres du Conseil d'Etat. La règle constitutionnelle genevoise déjà mentionnée plus haut est cependant intéressante à cet égard. En effet, selon l'article 103 al. 2 Cst./GE, « l'entreprise dont un membre du Conseil d'Etat est propriétaire ou dans laquelle il exerce, soit directement, soit par personne interposée, une influence prépondérante ne peut être en relations d'affaires directes ou indirectes avec l'Etat ».¹¹⁹³ Comparée aux règles interdisant la détention de valeurs mobilières de certaines entreprises, la règle genevoise n'interdit pas aux membres du Conseil d'Etat de détenir des participations importantes dans des entreprises. A l'inverse, elle exclut, ces entreprises de toute relation d'affaire avec l'Etat. A strictement parler, elle ne constitue donc pas une règle de droit du personnel, mais une règle relevant du droit des marchés publics.

d) *Appréciation*

474 Les réglementations en matière d'opérations pour compte propre au niveau fédéral ont toutes été introduites au cours des dernières années, notamment en réaction à l'affaire Hildebrand. Les réglementations de l'OPers et de l'OLOGA sont très générales ; les dispositions d'exécution de l'AFF ainsi que les réglementations de certaines unités décentralisées sont en revanche plus précises et contiennent également des règles quant à la détention de participations financières et l'entretien par les employés de relations commerciales avec certaines entreprises. Au niveau cantonal, les réglementations en matière d'opérations pour compte propre n'existent quasiment pas.

475 Une réglementation en matière d'opérations pour compte propre est à notre avis importante dans les domaines où les agents publics sont en rapport étroit avec le secteur privé, ce qui est le cas des entités de surveillance ou de régulation. Dans cette perspective, la réglementation actuelle peut être critiquée à deux égards. Premièrement, au lieu d'introduire la réglementation en matière d'opérations pour compte propre dans l'OPers, il aurait été judicieux de l'introduire au niveau de la LPers, pour faire en sorte qu'elle s'applique également aux agents publics soumis à la LPers mais pas à l'OPers. Deuxièmement, nous estimons que les entités décentralisées ayant leur propre statut du personnel n'ont pas réglé la matière de manière suffisante. D'une part, les entités qui connaissent des réglementations expresses ne les ont pas incluses au niveau de

¹¹⁹² FF 2015 1230 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹¹⁹³ Cf. également ci-dessus N 371.

leur ordonnance sur le personnel. D'autre part, il convient de critiquer l'absence de réglementation dans ce domaine pour les employés de l'IFSN, une entité en rapport très étroit avec le secteur privé. Dans la mesure où l'information, en tant que bien, a atteint une importance primordiale dans la société d'aujourd'hui, la thématique des opérations pour compte propre ne devrait pas être négligée.

VI. Le pantouflage (l'emploi d'après-mandat)

1. La problématique

a) *La notion*

Le pantouflage, l'emploi d'après-mandat¹¹⁹⁴, l'emploi après séparation¹¹⁹⁵, la disponibilité autorisée¹¹⁹⁶, le phénomène de la porte tournante ou de la porte tambour¹¹⁹⁷, la corruption séquentielle¹¹⁹⁸ ou encore l'essaimage¹¹⁹⁹ : nombreux sont les termes pour décrire les mouvements de personnel entre les secteurs public et privé. Alors que les pays anglo-saxons se réfèrent plutôt au concept de porte tournante (« revolving door »), les pays francophones, et avant tout la France, utilisent le terme de pantouflage. Ce dernier a également été repris par la doctrine et la pratique suisses.¹²⁰⁰ Nous utiliserons, nous aussi, le terme de pantouflage.

476

L'origine du terme pantouflage remonte au 19^e siècle. Pendant longtemps, les ingénieurs en France étaient uniquement ceux issus de l'Ecole polytechnique nationale.¹²⁰¹ A partir du milieu du 19^e siècle, lorsque de plus en plus d'entreprises privées furent chargées de la réalisation de grands travaux, comme par exemple la construction des lignes de chemin de fer, l'Etat central permit à ses propres ingénieurs de travailler dans ces entreprises, pendant une certaine période ou définitivement. Ce mouvement vers le secteur privé avait cependant un prix : les ingénieurs devaient payer une somme d'argent à l'Etat, somme dénommée la « pantoufle ».¹²⁰² C'est ainsi que le départ vers le secteur privé fut bientôt appelé « pantouflage ». Aujourd'hui, le terme pantouflage est utilisé pour toute catégorie d'agents publics et non pas seulement pour les ingénieurs.¹²⁰³

¹¹⁹⁴ OCDE, *Après-mandat*, p. 1 ss.

¹¹⁹⁵ OCDE, *Après-mandat*, p. 25.

¹¹⁹⁶ VIGOUROUX, *Déontologie*, p. 37.

¹¹⁹⁷ Cf. p. ex. ZINNBAUER, *Revolving Door*.

¹¹⁹⁸ Voir le titre en allemand de la motion parlementaire 08.3647 (« Verbot sequenzieller Korruption ») du 3 octobre 2008.

¹¹⁹⁹ VIGOUROUX, *Déontologie*, p. 37.

¹²⁰⁰ Cf. p. ex. QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 299 ss ; le titre de la motion 08.3647 du 3 octobre 2008 (« Lutte contre la corruption. Interdire le pantouflage ») et de la motion 10.3896 du 29 novembre 2010 (« Pas de pantouflage pour les anciens conseillers fédéraux »).

¹²⁰¹ BODIGUEL, *Ethique*, N 35.

¹²⁰² THOMAS, *Histoire*, p. 60 ; BODIGUEL, *Ethique*, N 35.

¹²⁰³ Cf. pour le tout BODIGUEL, *Ethique*, N 35.

b) *Les différentes formes de pantouflage*

- 477 Lorsqu'on parle de pantouflage, il est souvent question non pas des mouvements de personnel entre les secteurs public et privé, mais des conséquences – négatives – en termes d'intégrité que ces mouvements induisent pour l'administration publique.¹²⁰⁴ Plusieurs situations différentes peuvent poser problème. Une première distinction peut être opérée en fonction de la direction du mouvement de personnel, c'est-à-dire entre, d'une part, le passage d'agents publics dans le secteur privé et, d'autre part, l'embauche dans la fonction publique de personnes du secteur privé.
- 478 S'agissant du passage du secteur public vers le secteur privé, il convient de distinguer quatre situations potentiellement problématiques. Premièrement, lorsqu'un agent public est à la recherche d'un nouvel emploi, il peut être tenté d'accorder des faveurs ou un traitement préférentiel à un administré, une entreprise soumissionnaire, une entité surveillée ou, plus généralement, un « client » de l'administration publique. Il se met ainsi dans une bonne position de négociation pour obtenir un emploi auprès de ce client.¹²⁰⁵
- 479 Deuxièmement, lorsque l'agente publique sait déjà qu'elle quittera l'administration, elle peut être encline à adopter un « comportement bienveillant » à l'égard de son nouvel employeur.¹²⁰⁶ Ce comportement bienveillant peut intervenir notamment « sous forme de contrats, de dons, de subventions ou d'une application laxiste des règles »¹²⁰⁷.
- 480 Troisièmement, lorsque l'agent public a déjà quitté l'administration, il peut utiliser des informations confidentielles en faveur de son nouvel employeur.¹²⁰⁸ Les informations peuvent par exemple concerner le fonctionnement interne d'une branche de l'administration, les pratiques d'un service dans l'examen de requêtes ou les procédures dans l'exécution d'une surveillance étatique.¹²⁰⁹ De telles informations peuvent permettre au nouvel employeur de se soustraire, partiellement ou totalement, à des obligations légales.¹²¹⁰ Comme le déclare un auteur américain : « Business [...] knows the power of information. One way to get information is to hire people who have it »¹²¹¹. Cela peut être le cas si l'agent public « change de camp », c'est-à-dire lorsqu'il intervient au nom de son nouvel employeur face à l'administration dans une procédure ou une négociation en cours.¹²¹² Plus généralement, la troisième hypothèse s'avère réalisée à chaque fois que l'agent public passe dans le secteur privé, mais qu'il reste dans le même domaine.¹²¹³ Il en va par exemple ainsi lorsqu'un agent public travaillant pour

¹²⁰⁴ ZINBAUER, *Revolving Door*, p. 6 ; DE ROSSA GISIMUNDO, *Corruption*, p. 10.

¹²⁰⁵ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 274 ; QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 302 ; ZINBAUER, *Revolving Door*, p. 9 ; OCDE, *Après-mandat*, p. 30.

¹²⁰⁶ OCDE, *Après-mandat*, p. 30.

¹²⁰⁷ OCDE, *Après-mandat*, p. 30

¹²⁰⁸ OCDE, *Après-mandat*, p. 33.

¹²⁰⁹ FF 1999 9086 (Rapport sur les occupations accessoires).

¹²¹⁰ FF 1999 9086 (Rapport sur les occupations accessoires).

¹²¹¹ *Revolving Door Working Group, Trust*, p. 26.

¹²¹² OCDE, *Après-mandat*, p. 33.

¹²¹³ L'OCDE cite les secteurs à risque suivants : fonctions réglementaires, secteurs des jeux et des alcools, douanes, impôts, achats et gestion des marchés publics, parrainage ou partenariat public-privé, cf. OCDE, *Après-mandat*, p. 67.

l'administration fiscale se reconvertit en conseiller fiscal, lorsqu'une agente publique membre de l'autorité de surveillance des banques devient banquière ou lorsqu'un agent public ayant attribué un marché public travaille pour l'entreprise soumissionnaire.

Quatrièmement, lorsque l'agent public a déjà quitté l'administration publique, il profite, le cas échéant, d'un accès privilégié aux agents publics qui sont ses ex-collègues de travail.¹²¹⁴ Ces derniers peuvent se sentir plus enclins à lui accorder des consultations privées ou un accès indu à des informations internes. Cette hypothèse est délicate, notamment si l'ex-agent public fait du lobbying.¹²¹⁵

481

Dans les quatre cas de figure, plutôt que d'aller travailler pour l'entreprise privée en question, il arrive également que l'ex-agente publique participe de manière importante au capital de celle-ci, ce qui peut le cas échéant avoir les mêmes conséquences négatives.¹²¹⁶

Notons encore que les deux dernières hypothèses entraînent également une entorse à la concurrence entre les entreprises privées. Tant en ce qui concerne l'utilisation induite d'informations confidentielles que l'accès privilégié aux décideurs, l'entreprise ou la personne qui en bénéficie dispose d'un avantage concurrentiel sur tous les autres sujets qui n'ont pas les mêmes possibilités.¹²¹⁷

482

Nous pouvons illustrer la problématique du mouvement de personnel du secteur public vers le secteur privé à l'aide de trois exemples tirés de l'actualité.¹²¹⁸ Au niveau international, l'acceptation par l'ancien président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, d'un mandat pour la banque Goldman Sachs avait suscité la polémique, notamment parce que cette banque a souvent été considérée comme l'un des acteurs responsables de la crise financière de 2008.¹²¹⁹ Alors que le comité d'éthique *ad hoc* de la Commission européenne a jugé en 2016 que José Manuel Barroso n'avait enfreint aucune règle en vigueur, il a souligné que le choix de l'ancien commissaire était peu judicieux.¹²²⁰ Début 2018, la médiatrice de l'Union européenne a demandé au comité d'éthique de ré-examiner le cas, entre autres parce qu'il a été révélé qu'en 2017, José Manuel Barroso

¹²¹⁴ QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 302 ; ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 9 ; REVOLVING DOOR WORKING GROUP, *Trust*, p. 12.

¹²¹⁵ OCDE, *Après-mandat*, p. 31 s. ; ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 13, estime que les anciens fonctionnaires ou membres du législatif sont engagés surtout à cause de leurs réseaux et moins pour leurs compétences professionnelles. Cf. également l'étude économique de BLANES I VIDAL JORDI/DRACA MIRKO/FONS-ROSEN CHRISTIAN, *Revolving Door Lobbyists*, *American Economic Review* 7/2012, p. 3731-3748, qui démontrent un lien entre le salaire de l'ancien fonctionnaire en tant que lobbyiste et son réseau.

¹²¹⁶ Cf. notamment l'article 432-13 du *Code pénal français*.

¹²¹⁷ REVOLVING DOOR WORKING GROUP, *Trust*, p. 11. Une étude américaine a montré que les entreprises ayant engagé beaucoup d'anciens fonctionnaires avaient des rendements boursiers au-dessus de la moyenne. Une autre étude a démontré un lien entre l'engagement d'anciens fonctionnaires et la durée du processus pour obtenir une approbation pour des cultures génétiquement modifiées, cf. ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 13 s.

¹²¹⁸ Pour plus d'exemples de l'Union européenne, cf. ALTER-EU, *Block*, Annexe 1. Pour des exemples des Etats-Unis d'Amérique, cf. REVOLVING DOOR WORKING GROUP, p. 31 ss.

¹²¹⁹ Cf. p. ex. PFLIMLIN EDOUARD, Barroso chez Goldman Sachs : polémique et « clarifications », *Le Monde* du 13 septembre 2016.

¹²²⁰ Cf. *l'Opinion of the Ad Hoc Ethical Committee* de la Commission européenne du 26 octobre 2016, disponible qu'en anglais sous ec.europa.eu > A propos de la Commission européenne > Principes et valeurs > Codes de conduite > Ethique et intégrité des commissaires européens > The independent ethical committee.

avait rencontré, en sa qualité de représentant de Goldman Sachs, un commissaire européen,¹²²¹ selon la décision finale de la médiatrice datant de juillet 2018, la Commission européenne avait fait preuve de « mauvaise administration »¹²²² dans l'affaire Barroso.¹²²³

Au niveau fédéral, on peut citer le cas d'un ancien vice-directeur de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), qui a accepté en 2009 le poste de directeur d'une compagnie privée d'assurance maladie. A l'OFSP, il était responsable de l'unité assurances maladie.¹²²⁴ En 2012, il a quitté la compagnie privée d'assurance maladie pour travailler de nouveau dans le secteur public, en tant que chef du secteur des soins de santé au sein de département pour la santé publique du canton de Bâle-Ville.¹²²⁵

Enfin, au niveau cantonal, le passage de l'ancienne directrice générale adjointe de l'administration fiscale genevoise, la « star du fisc genevois »¹²²⁶, dans une étude d'avocats a été commenté dans les médias. Auparavant responsable de nombreux rulings concernant de grandes entreprises à Genève, elle a « changé de camp ».¹²²⁷

483 Le mouvement de personnel du secteur privé vers le secteur public – le « reverse revolving door »¹²²⁸ – est généralement considéré comme moins délicat.¹²²⁹ Il convient néanmoins de mentionner que la situation peut être problématique lorsqu'une personne qui a travaillé auparavant pour un « client » de l'administration publique, par exemple dans une entreprise soumissionnaire ou dans une entreprise surveillée par une autorité publique, est engagée par l'administration.¹²³⁰ Le nouvel agent public peut alors être enclin à appliquer ou à formuler des réglementations pour son ancien employeur et, ce faisant, à lui accorder un traitement de préférence.¹²³¹ La même situation peut se produire lorsqu'une personne a travaillé comme lobbyiste pour une ou plusieurs entreprises.

¹²²¹ Communiqué de presse de la Médiatrice européenne du 15 mars 2018 (« La Médiatrice demande à la Commission de réexaminer la nomination de M. Barroso »).

¹²²² Pour les plaintes pour mauvaise administration auprès du Médiateur européen, cf. ci-dessous N 1090 ss.

¹²²³ Cf. la décision de la Médiatrice européenne du 20 juillet 2018 en la matière, disponible qu'en anglais (« Decision of the European Ombudsman in the joint inquiry into complaints 194/2017/EA, 334/2017/EA, and 543/2017/EA on the European Commission's handling of post-mandate employment of former Commissioners, a former Commission President and the role of its 'Ethics Committee' »).

¹²²⁴ Rapport GTID Corruption 2011, p. 11.

¹²²⁵ Cf. le communiqué de presse du canton de Bâle-Ville du 31 janvier 2012 (« Neuer Leiter des Bereichs Gesundheitsversorgung im Gesundheitsdepartement »).

¹²²⁶ Cf. FAVRE ALEXIS, La star du fisc genevois rejoint l'étude de Christian Lüscher et Charles Poncet, *Le Temps* du 10 février 2017.

¹²²⁷ Cf. FAVRE ALEXIS, La star du fisc genevois rejoint l'étude de Christian Lüscher et Charles Poncet, *Le Temps* du 10 février 2017.

¹²²⁸ Revolving Door Working Group, Trust, p. 14.

¹²²⁹ OCDE, Après-mandat, p. 11.

¹²³⁰ OCDE, Après-mandat, p. 20. Cf. par exemple JUNOD, Conflits, p. 95 s., pour le cas d'un Chief Counsel de la Food and Drug Administration aux Etats-Unis. Ce dernier travaillait pour une étude d'avocat qui défendait l'industrie des produits thérapeutiques et du tabac, avant de rejoindre l'administration.

¹²³¹ Revolving Door Working Group, Trust, p. 14.

Le tableau suivant résume les différents cas de figure :

484

Tableau 3 : Les formes de pantouflage

Secteur public → secteur privé	Secteur privé → secteur public
<p>L'agent public travaille encore pour l'administration publique</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) L'agent public accorde des faveurs à une entreprise pour se mettre dans une bonne position de négociation en vue d'un futur emploi 2) L'agent public adopte un comportement bienveillant à l'égard de son nouvel employeur, une fois que ce dernier est connu <p>L'agent public a quitté l'administration publique</p> <ol style="list-style-type: none"> 3) L'ancien agent public utilise indûment des informations confidentielles en faveur de son nouvel employeur ou en sa propre faveur 4) L'ancien agent public bénéficie d'un accès privilégié à l'administration publique 	<p>Embauche d'une personne ayant travaillé pour un « client » de l'administration publique ou comme lobbyiste</p>

c) *Le renouveau d'intérêt pour le pantouflage*

Certains pays, comme la France, connaissent depuis longtemps une réglementation du pantouflage.¹²³² La prise de conscience internationale de cette problématique n'est cependant intervenue que récemment. Depuis une vingtaine d'années diverses organisations internationales s'occupent de ce domaine et les Etats sont toujours plus nombreux à le réglementer.¹²³³

485

Le renouveau d'intérêt pour le pantouflage est notamment dû à l'augmentation importante des mouvements de personnel entre les secteurs public et privé,¹²³⁴ qui peut être mise en rapport avec les réformes administratives des dernières décennies.¹²³⁵ D'une part, l'étroite collaboration entre les secteurs public et privé dans de nombreux domaines augmente le risque que l'agent public soit confronté à des situations de conflit d'intérêts même après avoir quitté l'administration publique. D'autre part, les réformes du droit de la fonction publique ont mené à une diversification des parcours professionnels des agents publics. Une personne ne reste plus forcément toute sa vie au sein de son entreprise privée ou dans la fonction publique. Au contraire, le fait

486

¹²³² Cf. notamment l'article 432-13 du Code pénal français.

¹²³³ Selon l'OCDE, la grande majorité de ses membres avaient, en 2011, adopté des réglementations élémentaires du pantouflage, cf. OCDE, *Après-mandat*, p. 12.

¹²³⁴ Aux Etats-Unis par exemple, en 1970, seulement 10% des anciens membres du Congrès sont devenus des lobbyistes après leur mandat public ; en 2012, plus de 50% des anciens membres du Congrès se sont enregistrés en tant que lobbyistes, cf. ZINBAUER, *Revolving Door*, p. 10 ; REVOLVING DOOR WORKING GROUP, *Trust*, p. 7 et 46.

¹²³⁵ Cf. ci-dessus N 80 ss.

d'avoir acquis des connaissances dans l'un des secteurs est souvent considéré comme un atout pour trouver un travail dans l'autre secteur. La mobilité entre les deux secteurs est donc devenue une pratique courante, voire encouragée.¹²³⁶

487 Cette nouvelle réalité est souvent en contradiction avec l'exigence d'intégrité de l'administration publique : « L'indépendance en matière de personnel s'oppose bien souvent au besoin de disposer de personnes expérimentées et possédant des compétences spécifiques »¹²³⁷. En ce qui concerne plus particulièrement les autorités de surveillance et de réglementation, le Contrôle parlementaire de l'administration a jugé qu'« une distance absolue entre l'autorité et la branche empêche la recherche de solutions adéquates, tandis qu'une trop grande proximité engendre le risque pour l'autorité de ne pas pouvoir prendre de décisions en toute indépendance »¹²³⁸. La réglementation du pantouflage doit donc prendre en compte les deux exigences. Elle ne vise pas à interdire les mouvements de personnel entre les secteurs public et privé, mais à en limiter les conséquences négatives.¹²³⁹ Selon l'OCDE, les autorités doivent « trouver un juste milieu entre le renforcement de l'intégrité du secteur public au moyen d'instruments adaptés à l'après-mandat et le maintien d'une certaine liberté de recrutement afin de pouvoir attirer des candidats expérimentés et qualifiés dans la fonction »¹²⁴⁰.

d) *Les modes de réglementation du pantouflage*

488 Il n'existe pas de mesure unique qui permettrait de prévenir tous les effets négatifs du pantouflage. Les stratégies de gestion du pantouflage se servent plutôt de diverses mesures dont l'interaction vise à prévenir les conflits d'intérêts découlant du pantouflage. Il convient en plus de prendre en compte le fait que les personnes concernées ne sont plus au service de l'administration publique au moment où l'on souhaite prendre une mesure, ce qui peut poser des difficultés particulières.¹²⁴¹

489 Les réglementations du secret de fonction et des opérations pour compte propre figurent parmi les mesures limitant les effets négatifs du pantouflage. Nous avons exposé ces réglementations ci-dessus.¹²⁴²

A cet égard, on peut citer un ancien arrêt zurichois concernant le secret de fonction. Le canton de Zurich avait interdit à un ancien fonctionnaire fiscal « de se prévaloir, dans l'exercice de sa nouvelle activité de mandataire professionnel dans le domaine fiscal, de

¹²³⁶ OCDE, *Après-mandat*, p. 3 et 24. Cf. aussi ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 8 s., pour les arguments en faveur des mouvements de personnel entre les secteurs public et privé.

¹²³⁷ Cf. le Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée, FF 2016 1581 et 1587.

¹²³⁸ FF 2016 1585 (Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée). Selon ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 15 s., la trop grande proximité entre l'administration publique et le monde des affaires aurait mené, entre autres, à la crise financière ou à l'accident de Deepwater Horizon en 2010.

¹²³⁹ ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 18 ; REVOLVING DOOR WORKING GROUP, *Trust*, p. 13.

¹²⁴⁰ OCDE, *Après-mandat*, p. 12. Cf. également le rapport sur les occupations accessoires, FF 1999 9093.

¹²⁴¹ OCDE, *Après-mandat*, p. 12 et 38.

¹²⁴² Cf. ci-dessus N 429 ss.

décisions fiscales non publiées dont il avait eu connaissance pendant son service, fût-ce envers les autorités fiscales »¹²⁴³.

Le devoir de récusation constitue une autre mesure envisageable ; dans le contexte du pantouflage, elle signifie que le nouvel agent public a l'obligation de se récuser dans tous les dossiers qui concernent son ancien employeur.¹²⁴⁴ De même, l'agent public qui sait déjà qu'il va changer d'emploi est tenu de se récuser dans les affaires impliquant son futur employeur. Enfin, les déclarations d'intérêts ou de patrimoine peuvent également contribuer à limiter les effets négatifs du pantouflage. Nous y reviendrons ci-dessous.¹²⁴⁵

490

Cependant, ces mesures ne suffisent souvent pas pour régler le phénomène du pantouflage, comme le montre l'affaire schwyzoise suivante jugée par le Tribunal fédéral.¹²⁴⁶ L'ingénieur cantonal schwyzois, après avoir été impliqué dans la procédure d'attribution d'un marché public, a quitté le service public pour aller travailler dans l'entreprise ayant remporté l'adjudication de ce marché. Le Tribunal fédéral a jugé que le rôle de l'ingénieur dans cette procédure avait été secondaire et de nature purement formelle et qu'il n'y avait donc pas eu de violation du devoir de récusation de l'art. 29 al. 1 Cst. Mais à notre avis, l'ingénieur donne à tout le moins l'apparence de prévention. Pour éviter ce genre de situation qui pourrait nuire à la réputation de l'administration publique, d'autres mesures, notamment un délai de carence ou un devoir d'informer l'Etat de la conclusion d'un contrat de travail, seraient à notre avis indiquées.

Le délai de carence est une mesure plus spécifique ; il est également appelé « délai de viduité »¹²⁴⁷, période « cooling-off »¹²⁴⁸, délai d'attente¹²⁴⁹ ou encore, en droit privé du travail, interdiction de concurrence. Il s'agit d'un laps de temps qui suit la fin des rapports de travail avec l'administration publique, pendant lequel l'ancien agent public n'a pas le droit d'exercer une activité lucrative, du tout ou dans certaines entreprises privées, ni de représenter une entité dans ses relations avec des administrations publiques spécifiques.¹²⁵⁰ L'interdiction est souvent limitée à de futurs employeurs qui sont en contact étroit avec l'unité de l'administration publique concernée. Cela peut concerner les entreprises surveillées (p. ex. la surveillance étatique des banques), les administrés soumis à une réglementation d'une entité (p. ex. la réglementation du

491

¹²⁴³ Oberrekurskommission des Kantons Zürich (ORK) 1949 n° 46, p. 47 (citation trouvée chez BELLWALD PETER, *Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten*, Berne 1985, p. 63, NBP 200).

¹²⁴⁴ Cf. *Revolving Door Working Group, Trust*, p. 54 s.

¹²⁴⁵ Cf., pour les déclarations d'intérêts, ci-dessous N 560 ss, et pour le devoir de récusation, ci-dessous N 598 ss.

¹²⁴⁶ Arrêt du TF du 26 septembre 2011, 2C_450/2011, c. 3. Cf. également ci-dessous N 621.

¹²⁴⁷ Cf. p. ex. FF 2016 1587 (Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée). L'expression « délai de viduité » vient du droit de la famille et désignait à l'époque le délai imposé aux femmes veuves ou divorcées avant de pouvoir se remarier. Cf. également ci-dessous N 762 le parallèle qui est fait entre le mariage et la fonction publique en ce qui concerne les serments.

¹²⁴⁸ Cf. p. ex. FF 2016 1587 (Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée).

¹²⁴⁹ Cf. p. ex. FF 2015 1208 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹²⁵⁰ Il n'existe que peu d'études empiriques sur l'effet à long terme des délais de carence. Une étude concernant les fonctionnaires du Congrès américain a cependant démontré que l'institution de délais de carence aide à limiter les effets négatifs du pantouflage, cf. ZINNBAUER, *Revolving Door*, p. 19 s.

marché des médicaments) ou les entreprises soumissionnaires de marchés publics.¹²⁵¹ Un autre secteur souvent cité dans ce contexte est celui du fisc. Enfin, l'interdiction peut concerner spécifiquement l'activité du lobbying.¹²⁵² Il est également imaginable d'instituer un délai de carence en cas de passage du secteur privé au secteur public pour empêcher que le nouvel agent public accorde des avantages à son ancien employeur. Les unités de l'administration publique peuvent aussi engager directement la personne concernée, mais lui interdire de s'occuper pendant une certaine période des dossiers concernant son ancien employeur.¹²⁵³

492 Diverses mesures de transparence à l'égard de l'employeur ou à l'égard du public servent également à limiter les conséquences négatives du pantouflage. Ces mesures sont à notre avis très importantes. Un devoir d'annonce peut être instauré pour l'agent public qui négocie avec une entreprise privée en vue d'obtenir un nouvel emploi.¹²⁵⁴ De même, l'agent public devrait être obligé d'annoncer à son employeur qu'il a conclu un contrat de travail avec une entreprise, pour que l'unité de l'administration publique puisse prendre des mesures adéquates.¹²⁵⁵ Certains ordres juridiques prévoient également l'obligation de consulter une commission spécialisée avant de pouvoir rejoindre le secteur privé.¹²⁵⁶ Ces informations peuvent ensuite être répertoriées dans un registre, qui peut même être mis à disposition du public. En Norvège, il existe par exemple un registre contenant toutes les activités professionnelles d'après-mandat des agents publics.¹²⁵⁷

493 Enfin, l'Etat peut prendre des mesures qui s'adressent directement aux entreprises privées. Il peut prévoir que celles qui ont engagé un ancien agent public ne peuvent pas participer aux marchés publics pendant une certaine période – un délai de carence pour les entreprises.¹²⁵⁸ La loi peut également soumettre l'administration publique à une interdiction totale d'entretenir des relations d'affaires directes ou indirectes avec une entreprise dont un membre de l'administration publique est propriétaire ou au sein de laquelle il exerce une influence prépondérante.¹²⁵⁹ A noter que les mesures prises à l'égard des entreprises concernées restreignent la liberté économique de ces dernières.

¹²⁵¹ Cf. cependant QUELOZ, *Prävention*, p. 441, qui plaide pour une interdiction totale pour un ancien fonctionnaire d'avoir des contacts professionnels avec ses anciens collègues de la fonction publique.

¹²⁵² Au Canada p. ex., les ministres, ministres d'Etat, membres de cabinets ministériels et les cadres dirigeants de l'administration sont interdits du lobbying d'après-mandat pendant les cinq ans qui suivent la fin de leurs fonctions dans l'administration, cf. OCDE, *Après-mandat*, p. 71.

¹²⁵³ Cf. p. ex. les réglementations de Swissmedic et de l'IFSN ci-dessous N 538 ss.

¹²⁵⁴ OCDE, *Après-mandat*, p. 42.

¹²⁵⁵ Cf. p. ex. les réglementations de la FINMA et de Swissmedic ci-dessous N 538 ss.

¹²⁵⁶ Cf. pour la France, MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 307 ss. Pour des exemples d'autres pays OCDE, *Après-mandat*, p. 85 ss.

¹²⁵⁷ OCDE, *Après-mandat*, p. 95.

¹²⁵⁸ Cf. p. ex. la réglementation espagnole, OCDE, *Après-mandat*, p. 94. L'OFROU semble par ailleurs appliquer une pratique similaire, cf. FF 2015 1232 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹²⁵⁹ Cf. l'art. 103 al. 2 Cst./GE et ci-dessus N 371 et 473.

e) *Le but de la réglementation*

La réglementation du pantouflage vise avant tout à maintenir la réputation de l'administration fédérale et la confiance du public. En effet, en cas de passage de personnel entre les secteurs public et privé, il sera souvent difficile de prouver un conflit d'intérêts effectif ; dans la majeure partie des cas, c'est l'apparence qui pose problème. Quant au délai de carence, il sert à faire passer un certain laps de temps entre les deux charges de travail d'une même personne, pour « calmer le jeu ».

494

2. Les droits fondamentaux touchés

Les mesures en matière de pantouflage restreignent la liberté économique des agents publics et des entreprises concernées.¹²⁶⁰ Elles doivent donc reposer sur une base légale suffisante, être justifiées par un intérêt public et proportionnées au but visé. Nous nous concentrerons ici sur l'atteinte à la liberté économique des agents publics causée par les délais de carence.

495

S'agissant de la condition de la base légale, nous renvoyons aux développements précédents.¹²⁶¹ Il convient cependant de discuter ici la question de savoir si, en l'absence d'une base légale explicite prévoyant un délai de carence, le devoir de fidélité constitue une base légale suffisante pour fonder une telle mesure. En effet, le délai de carence se rapporte à l'après-fonctionariat, c'est-à-dire à une période pendant laquelle l'agent public n'est plus au service de la collectivité publique et donc plus soumis au devoir de fidélité. Nous répondons à cette question en deux temps.

496

Il importe tout d'abord de distinguer les deux problématiques connexes suivantes : l'application du devoir de fidélité au-delà des rapports de travail et l'existence d'une base légale explicite prévoyant un délai de carence. Nous avons précisé ci-dessus que le devoir de fidélité, bien qu'il s'éteigne normalement à la fin des rapports de travail, peut parfois produire des effets au-delà de la fin de ces derniers.¹²⁶² Tel est notamment le cas pour le secret de fonction. A notre avis, c'est également le cas pour le pantouflage, car l'agent public a le devoir de respecter un certain comportement non seulement pendant la durée de son service, mais également après la fin du contrat. Les mesures restreignant les effets négatifs du pantouflage, y compris un éventuel délai de carence, découlent dès lors du devoir de fidélité.

497

Cette précision étant apportée, il convient de se demander si l'on peut prévoir un délai de carence même en l'absence d'une base légale explicite, c'est-à-dire en se fondant directement sur le devoir de fidélité. La réponse doit être nuancée. Si l'engagement s'effectue par décision administrative, l'employeur public ne peut à notre avis pas imposer unilatéralement un délai de carence sans base légale explicite. En effet, selon les cas, le délai de carence peut représenter une restriction de la liberté économique d'une certaine gravité et doit donc reposer sur une base légale. La réponse est moins claire

498

¹²⁶⁰ Cf. notamment l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 29 juin 2016, VB.2016.00044, c. 5.

¹²⁶¹ Cf. ci-dessus N 216 ss.

¹²⁶² Cf. ci-dessus N 206.

en ce qui concerne les agents publics engagés par voie de contrat, c'est-à-dire dans les cas où les agents publics sont impliqués – en théorie du moins¹²⁶³ – dans l'élaboration du contrat de travail. Selon la logique du droit privé et en application par analogie de celui-ci, les deux parties devraient pouvoir, à notre avis, inclure une clause prévoyant un délai de carence même en l'absence d'une base légale explicite. Cette manière de faire est cependant problématique au niveau de l'égalité de traitement entre agents publics : dans les faits, l'inclusion d'une telle clause dépendrait du pouvoir de négociation des parties. Plus concrètement, cela signifie que si l'agent public est en position de force, un délai de carence ne sera pas inclus dans le contrat. Une telle situation violerait non seulement l'égalité de traitement, mais serait également arbitraire : le pouvoir de négociation des parties ne constitue pas un motif sérieux et objectif. En résumé, l'absence d'une base légale explicite prévoyant un délai de carence crée des inégalités parmi les agents publics, même si le devoir de fidélité constituerait une base légale suffisante pour l'inclusion d'une telle clause. Une base légale explicite est donc nécessaire.

499 Enfin, précisons que si la législation pertinente sur le personnel prévoit l'application du CO à titre de droit public supplétif pour les questions qui ne sont pas régies explicitement par cette législation, l'employeur public doit pouvoir se fonder sur l'article pertinent du CO.¹²⁶⁴

Dans un arrêt de 2016, le Tribunal administratif du canton de Zurich a jugé que le devoir de fidélité ne constituait pas une base légale suffisante pour fonder une interdiction de concurrence dans un cas impliquant un médecin de l'hôpital universitaire, et ce en dépit du fait que le médecin en question avait consenti à la clause litigieuse. Les juges administratifs zurichois ont laissé ouverte la question de savoir si la clause devait être qualifiée de contrat de droit public ou de décision soumise à acceptation. Selon eux, le devoir de fidélité ne constituait de toute façon pas une base légale suffisante pour fonder une interdiction de concurrence, étant donné qu'il ne produisait des effets que pendant la durée des rapports de travail. Le Tribunal administratif zurichois est donc arrivé à la conclusion que l'interdiction de concurrence ne reposait pas sur une base légale suffisante.¹²⁶⁵

Comme expliqué ci-dessus et contrairement à ce que soutiennent les juges administratifs zurichois, le devoir de fidélité produit des effets au-delà de la fin des rapports de travail en ce qui concerne la problématique du pantouflage. Au regard des développements précédents, nous estimons donc qu'il aurait été important d'analyser de plus près la nature juridique de la clause d'interdiction de concurrence. Si la clause litigieuse avait été qualifiée de contrat de droit public, elle aurait été valable à notre avis.

500 Les intérêts publics justifiant une restriction de la liberté économique se recoupent avec les intérêts publics relatifs à la réglementation des activités accessoires : préserver la

¹²⁶³ Cf. au sujet du pouvoir des candidats d'influencer le contenu du contrat de travail, TANQUEREL, Manuel, N 275.

¹²⁶⁴ Cf. ci-dessous N 543 s.

¹²⁶⁵ Cf. l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 29 juin 2016, VB.2016.00044.

confiance des citoyens à l'égard du service public et maintenir l'intégrité dans l'administration publique. En effet, selon l'OCDE, « le mécanisme de la porte tournante fait peser des doutes graves sur l'intégrité de l'action et de la législation publique »¹²⁶⁶. Dans le contexte particulier du pantouflage, il faut y ajouter l'intérêt public à la protection des informations internes¹²⁶⁷, l'intérêt public à la protection des secrets d'affaires d'entreprises privées dont l'agent public a éventuellement eu connaissance¹²⁶⁸, ainsi que l'intérêt public à préserver une concurrence entre les entreprises privées.¹²⁶⁹

Le délai de carence doit enfin être proportionné au but visé. Il peut être limité à plusieurs égards, notamment quant à son champ d'application matériel, à sa durée ainsi qu'à son champ d'application personnel.¹²⁷⁰ Pour satisfaire au critère de l'aptitude à atteindre le but visé, le délai de carence peut par exemple être limité aux entreprises actives dans le secteur dans lequel l'agent public a œuvré lorsqu'il était au service de la collectivité publique. Ainsi, interdire à un agent public de l'administration fiscale d'exercer une activité de cuisinier n'est pas une mesure apte à atteindre le but visé, alors que lui interdire d'exercer une activité d'avocat fiscaliste l'est. Quant au critère de la nécessité, le délai de carence peut être limité dans le temps – le fait qu'il ne s'agisse pas d'une mesure permanente découle d'ailleurs déjà de la dénomination même du « délai de carence ». La durée adéquate dépendra du secteur concerné, de la position que l'agent public occupait, ainsi que de ses responsabilités. Le délai de carence peut être limité à certaines personnes au sein d'une unité de l'administration publique, par exemple aux cadres, ou aux agents d'unités administratives disposant d'un certain degré d'indépendance. Enfin, en ce qui concerne la proportionnalité au sens étroit, il convient de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce.¹²⁷¹ Une éventuelle compensation financière en faveur de l'agent public peut constituer un critère déterminant pour la pesée des intérêts.

501

3. Les standards internationaux

Le pantouflage n'est pas mentionné dans les conventions internationales en matière de prévention de la corruption, mais la problématique apparaît dans plusieurs résolutions ou recommandations des organisations internationales en matière d'intégrité. Citons par exemple l'article 26 du Code modèle de conduite pour les agents publics du Conseil de l'Europe qui interdit à l'agent public de tirer abusivement parti de sa fonction pour obtenir une possibilité d'emploi hors de la fonction publique, l'oblige à annoncer toute offre d'emploi ainsi que l'acceptation de toute offre d'emploi, prévoit un délai de carence et proscrit à l'agent public d'utiliser ou de divulguer des informations confidentielles obtenues en sa qualité d'agent public.¹²⁷²

502

¹²⁶⁶ OCDE, Après-mandat, p. 23. Cf. également REVOLVING DOOR WORKING GROUP, Trust, p. 11.

¹²⁶⁷ OCDE, Après-mandat, p. 34.

¹²⁶⁸ OCDE, Après-mandat, p. 34.

¹²⁶⁹ OCDE, Après-mandat, p. 23.

¹²⁷⁰ Cf. par analogie l'art. 340 al. 2 CO et ci-dessous N 543 s.

¹²⁷¹ Cf. l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 29 juin 2016, VB.2016.00044, c. 5.2.

¹²⁷² Le Code modèle de conduite des agents publics est l'annexe de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics de 2000. Pour d'autres exemples, cf. notamment art. 7 du

4. La réglementation du pantouflage applicable aux membres du Conseil fédéral

a) Le projet de loi de 2013

503 Un projet de loi élaboré par la Commission des institutions politiques du Conseil national tendant à l'introduction d'un délai de carence pour les conseillers fédéraux sortants a été soumis aux Chambres fédérales en 2013. Le projet se basait sur deux initiatives parlementaires déposées en 2010.¹²⁷³ Celles-ci constituaient une réponse directe à l'acceptation par un ancien conseiller fédéral, peu après sa démission, d'un mandat au sein d'un conseil d'administration dans le secteur privé. D'autres passages d'anciens magistrats dans l'économie privée avaient déjà alimenté le débat public auparavant.

Il s'agissait de Moritz Leuenberger qui avait accepté un mandat au conseil d'administration de l'entreprise de génie civil Implenia. En tant qu'ancien chef du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) et donc responsable du dossier du tunnel ferroviaire du Gothard, Moritz Leuenberger avait souvent eu affaire à Implenia, l'une des entreprises active sur le chantier de ce tunnel et qui soumissionne souvent pour des marchés publics de la Confédération.¹²⁷⁴ L'acceptation de ce mandat fut controversée, parce que certains craignaient qu'Implenia bénéficie, grâce au réseau de l'ex-magistrat, d'un avantage indu par rapport à ses concurrents. D'aucuns reprochaient en outre à Moritz Leuenberger d'avoir déjà réservé un traitement préférentiel à Implenia, alors qu'il était encore en fonction.¹²⁷⁵ Ces rumeurs n'ont pas été confirmées. Ce cas démontre cependant que même en l'absence de preuves concrètes de traitements de faveur, l'acceptation d'un mandat dans le secteur privé peut porter atteinte à la confiance qu'ont les citoyens dans les institutions.

D'autres exemples méritent également d'être cités : le mandat de Joseph Deiss au conseil d'administration d'Emmi, le mandat de Kaspar Villiger à la présidence du conseil d'administration de l'UBS et au conseil d'administration de Nestlé et Swiss Re, ou encore le mandat de Flavio Cotti au conseil d'administration du Crédit Suisse.¹²⁷⁶ Contrairement à ces mandats dans des entreprises, l'élection d'Eveline Widmer-Schlumpf à la tête de la fondation Pro Senectute n'a que peu intéressé les médias, même si cette organisation est

Code international de conduite des agents de la fonction publique de l'ONU, le ch. 16 de la Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public de 2003, le principe 17 de l'Annexe à la Recommandation du Conseil de l'Europe relative à la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique de 2017, ou encore l'art. 15 du Code de conduite modèle relatif à l'intégrité des élus locaux et régionaux du Conseil de l'Europe de 1999.

¹²⁷³ Les initiatives parlementaires 10.511 de Max Binder (« Anciens conseillers fédéraux. Pas de pantouflage avant un certain délai ») et 10.517 de Susanne Leutenegger Oberholzer (« Anciens conseillers fédéraux. Délai d'attente avant de pantoufler »).

¹²⁷⁴ Cf. p. ex. RUTISHAUSER ARTHUR, Leuenbergers Entscheide zur Neat haben Implenia geholfen, *Tages Anzeiger* du 26 novembre 2010.

¹²⁷⁵ Cf. RENZ FABIAN, Leuenbergers Implenia-Mandat stösst auf Kritik, *Tages Anzeiger* du 23 novembre 2010, et l'article cité à la note de bas de page 1274.

¹²⁷⁶ Cf. BLUMER CLAUDIA, Leuenberger bei Implenia: «Eine Karenzfrist wäre sinnvoll», *Tages Anzeiger* du 23 novembre 2010.

financée, pour près de la moitié, par des fonds publics. Cela est peut-être dû au fait que le motif de l'acceptation du mandat ne semble pas avoir été d'ordre financier.¹²⁷⁷

Dans le rapport accompagnant le projet de loi de 2013, la Commission des institutions politiques du Conseil national expliquait qu'il s'agissait de prévenir les conflits d'intérêts tant pendant qu'après la fin du mandat fédéral et qu'une réglementation du pantouflage visait à « préserver l'image du Conseil fédéral en tant qu'institution »¹²⁷⁸. Le projet prévoyait un délai de carence de deux ans pour les conseillers fédéraux sortants.¹²⁷⁹ Pendant ces deux ans, les anciens magistrats n'auraient pu exercer une quelconque activité rémunérée pour une société de capitaux ou pour des organisations ou personnes de droit public ou privé dont l'existence dépend de la contribution financière de la Confédération.¹²⁸⁰ Quant à la constitutionnalité du projet, la Commission des institutions politiques du Conseil national estimait que « l'intérêt général d'avoir un gouvernement crédible, qui fasse passer le bien public avant les intérêts particuliers, justifi[ait] la restriction légale de la liberté économique des anciens conseillers fédéraux »¹²⁸¹. Le projet prévoyait également un délai de carence pour les cadres du plus haut niveau hiérarchique.¹²⁸²

La réponse du Conseil fédéral suivit sans délai. Elle contenait tout d'abord une réaction aux reproches adressés à certains anciens conseillers fédéraux : « Le Conseil fédéral ne peut que s'insurger contre une telle insinuation : il rejette fortement toute allusion qui laisserait entendre que les anciens conseillers fédéraux qui ont soulevé le débat par les activités controversées qu'ils ont acceptées ont préparé le terrain alors qu'ils étaient encore en fonction »¹²⁸³. Il poursuit en soutenant que l'introduction de telles dispositions ne ferait qu'« exposer le gouvernement et ses membres à une suspicion généralisée »¹²⁸⁴ et que des lois si difficilement applicables resteraient lettre morte. Toujours selon le Conseil fédéral, « plus l'Etat édicte ce genre de lois plus la méfiance du citoyen à l'égard du système s'accroît »¹²⁸⁵. Enfin, le projet violerait les droits constitutionnels des conseillers fédéraux¹²⁸⁶, serait formulé de manière trop imprécise¹²⁸⁷ et comporterait des désavantages financiers trop grands pour les anciens magistrats.¹²⁸⁸

Le projet de loi a été soumis aux Chambres fédérales, mais liquidé après que le Conseil des Etats refusa à deux reprises d'entrer en matière sur le sujet. Il n'existe donc à ce

¹²⁷⁷ L'ancienne conseillère fédérale gagne CHF 15'000.– par an pour un taux d'occupation de 20%, cf. BAILLAT LISE, La troisième vie d'Eveline Widmer-Schlumpf, *Le Temps* du 23 octobre 2016.

¹²⁷⁸ FF 2013 4656 (Rapport sur le projet pantouflage).

¹²⁷⁹ Il a été précisé que cette règle ne s'applique pas aux conseillers fédéraux non-réélus puisque ces derniers ne donnent pas l'impression d'avoir préparé la reconversion, cf. Rapport sur le projet pantouflage, FF 2013 4657.

¹²⁸⁰ FF 2013 4657 (Rapport sur le projet pantouflage). La Commission des institutions politiques du Conseil national voulait cependant introduire une exception pour les fonctions dans les entreprises dans lesquelles le conseiller fédéral en question avait déjà des participations avant d'être élu.

¹²⁸¹ FF 2013 4662 (Rapport sur le projet pantouflage).

¹²⁸² Cf. ci-dessous N 516 s.

¹²⁸³ FF 2013 5897 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹²⁸⁴ FF 2013 5897 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹²⁸⁵ FF 2013 5898 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹²⁸⁶ FF 2013 5901 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹²⁸⁷ FF 2013 5901 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹²⁸⁸ FF 2013 5092 (Avis CF sur le projet pantouflage).

jour pas de règle contraignante qui interdise aux anciens membres du Conseil fédéral d'accepter des mandats dans des entreprises ou même dans un établissement de droit public le jour suivant leur démission.¹²⁸⁹ Cette absence de réglementation est critiquée par certains auteurs de la doctrine, notamment au regard de la réputation du Conseil fédéral en tant qu'institution.¹²⁹⁰

b) *La nouvelle disposition introduite dans l'Aide-mémoire CF*

507 La discussion publique autour de ce sujet a néanmoins eu un certain effet : en 2011, une nouvelle règle de comportement relative au pantouflage a été insérée dans l'*Aide-mémoire à l'intention des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération*¹²⁹¹ : « Les membres du Conseil fédéral qui souhaitent exercer une activité lucrative après l'expiration de leur mandat choisissent leurs nouvelles activités avec la circonspection nécessaire et renoncent à toute activité pouvant donner lieu à un conflit d'intérêts en raison de leur mandat précédent. »¹²⁹². Cette règle de droit souple ne prévoit ni délai de carence ni sanction en cas de violation. Elle rend cependant les membres du Conseil fédéral et le chancelier de la Confédération attentifs à la problématique du pantouflage et à l'atteinte potentielle à la réputation que cela peut causer.

c) *Appréciation*

508 Il convient de revenir ici sur les arguments avancés par le Conseil fédéral contre le projet de loi de 2013 ; ils ne nous convainquent pas. Le Conseil fédéral soutenait que la réglementation violerait la liberté économique des conseillers fédéraux. Certes, un délai de carence tel que prévu par le projet constituerait une restriction de la liberté économique ; toutefois, une telle restriction peut à notre avis se justifier. La base légale et l'intérêt public, notamment l'intérêt à disposer d'une administration publique intègre, ne posent pas de problème ; l'argumentation se focaliserait donc sur le critère de la proportionnalité. Une mesure limitée quant à la durée et aux personnes et organisations visées serait à notre avis conforme à la proportionnalité.¹²⁹³

509 Le Conseil fédéral estimait ensuite qu'une restriction des possibilités de gain après avoir quitté le gouvernement « aggraverait la situation des conseillers fédéraux » par rapport à celle des personnes travaillant dans l'économie privée. Il convient de rappeler qu'après leur démission, les anciens ministres touchent une rente équivalente à la moitié de leur salaire, soit environ CHF 225'000.-.¹²⁹⁴ La rente correspond presque au triple du salaire médian annuel en Suisse qui s'élevait à CHF 78'000.- en 2016.¹²⁹⁵ On

¹²⁸⁹ Cf. SÄGESSER, Art. 60, N 10.

¹²⁹⁰ Cf. notamment SÄGESSER, Art. 60, N 10, et SCHINDLER, Art. 144, N 17.

¹²⁹¹ FF 2013 5898 (Avis CF sur le projet pantouflage). Cf., à propos de l'Aide-mémoire CF, ci-dessous N 715 ss.

¹²⁹² Ch. 1.23 Aide-mémoire CF.

¹²⁹³ Voir pour le même avis SCHINDLER, Art. 144, N 17.

¹²⁹⁴ Art. 3 al. 1 *Ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats* (RS 172.121.1). L'exercice d'une activité lucrative peut avoir des conséquences sur le droit à la rente, cf. l'art. 5 de la même ordonnance.

¹²⁹⁵ Cf. le communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 14 mai 2018 (« Le salaire médian s'est élevé à 6502 francs en 2016 »).

devrait pouvoir en déduire que les anciens magistrats ne sont pas guidés par des motivations financières. De plus, un conseiller fédéral connaît ces conditions avant d'accepter le mandat et il peut faire son choix en conséquence ; une personne dont l'objectif est de gagner beaucoup d'argent pendant les deux années qui suivent sa démission est libre de ne pas accepter le mandat de conseiller fédéral.

S'y ajoute le fait que ces « désavantages » seraient limités dans le temps et n'empêcheraient pas l'ancien magistrat en question d'accepter un travail très bien payé après l'écoulement du délai de carence. Le Conseil fédéral pensait cependant qu'il serait plus difficile de trouver un travail après l'écoulement des deux ans, car « les propositions de mandat sont en général présentées lorsque le magistrat quitte ses fonctions »¹²⁹⁶. En même temps, il soulignait que c'est uniquement à cause de leurs compétences professionnelles que les anciens conseillers fédéraux reçoivent des offres de travail. Quant à nous, nous tirons une autre conclusion de ces deux prémisses : si après l'écoulement de deux ans, l'entreprise n'est plus intéressée à engager l'ancien magistrat, on peut fortement douter du fait qu'elle le voulait en raison de ses compétences. En d'autres termes, les compétences ne se perdent pas en deux ans ; l'ancien membre du Conseil fédéral aurait les mêmes chances d'obtenir un mandat après l'écoulement de ce délai si l'entreprise n'était vraiment intéressée que par ses compétences professionnelles.

Nous sommes donc en faveur d'une réglementation contraignante du pantouflage des membres du Conseil fédéral. Sans vouloir insinuer que d'anciens conseillers fédéraux auraient préparé le terrain alors qu'ils étaient encore en fonction, un passage dans le secteur privé, comme par exemple celui de l'ancien conseiller fédéral Moritz Leuenberger, présente l'institution du Conseil fédéral sous un mauvais jour. Même si un ancien magistrat agit de bonne foi, l'apparence de l'existence d'un conflit d'intérêt suffit pour nuire à la réputation du Conseil fédéral. L'introduction d'un délai de carence pour les membres du Conseil fédéral découle à notre avis de l'exigence d'intégrité, d'autant plus qu'il s'agit là d'une mesure temporaire qui sert avant tout à tempérer – comme le nom « *cooling-off period* » l'indique – les esprits.

5. La réglementation du pantouflage du personnel de l'administration publique

Il existe plusieurs réglementations différentes en matière de délai de carence pour les différentes catégories du personnel fédéral. Nous retracerons d'abord le développement de ces réglementations et nous les analyserons ensuite plus en détail. Il n'existe pour le moment aucune jurisprudence au sujet des délais de carence au niveau fédéral ; notre analyse se basera donc uniquement sur le texte des dispositions pertinentes.¹²⁹⁷

¹²⁹⁶ FF 2013 5902 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹²⁹⁷ Cf. cependant au plan cantonal le cas zurichois concernant une interdiction de concurrence faite à un médecin d'un hôpital universitaire, l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich (VGr VB.2016.00044 du 29 juin 2016) et l'arrêt de l'ingénieur schwyzois (arrêt du TF du 26 septembre 2011, 2C_450/2011, cf. ci-dessous N 621).

a) *Le développement des différentes réglementations*

i. La prise de conscience

513 Les autorités fédérales se sont occupées pour la première fois de la problématique du pantouflage à la fin des années 1990. Dans son rapport sur les occupations accessoires des fonctionnaires¹²⁹⁸, la Commission de gestion du Conseil national, consciente de la problématique, a recommandé au Conseil fédéral « de faire rappeler systématiquement aux fonctionnaires qui quittent l'administration les tenants et aboutissants du secret de fonction »¹²⁹⁹. Elle l'a en outre invité à examiner la possibilité d'introduire des dispositions juridiques ou éthiques à ce sujet.¹³⁰⁰ Si le Conseil fédéral a approuvé la première recommandation relative au pantouflage, il a rejeté la seconde. Selon lui, de telles dispositions « compliquant le passage des agents fédéraux au secteur privé »¹³⁰¹ auraient affaibli l'attrait de la Confédération en tant qu'employeur : des candidats potentiels renonceraient à entrer dans la fonction publique si des restrictions concernant l'emploi d'après-mandat existent.¹³⁰²

ii. La pression du GRECO et du GTID Corruption

514 La problématique a de nouveau été débattue à la fin des années 2000 à la suite du passage problématique d'un haut fonctionnaire dans le secteur privé.¹³⁰³ En 2008, une motion parlementaire demandant l'introduction d'un délai de carence de trois ans pour les cadres de la Confédération a été déposée.¹³⁰⁴ Le Conseil fédéral avait proposé au Parlement de rejeter la motion, en notant qu'il allait adopter en 2009 un nouvel article sur le pantouflage, à la suite d'un rapport du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) allant dans ce sens.¹³⁰⁵ En effet, dans son rapport d'évaluation d'avril 2008 sur les premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints sur la Suisse, le GRECO avait invité les autorités à réglementer le pantouflage.¹³⁰⁶ L'article 94a al. 1 OPers, entre-temps entièrement révisé, obligeait les agents publics à se récuser s'ils devaient traiter l'affaire d'une personne dont ils avaient reçu ou accepté une offre de travail ou lorsque la décision impliquait une partie représentée par une personne ayant travaillé dans la même unité d'organisation de l'administration publique au cours des deux années précédentes.¹³⁰⁷ L'ancien article 94a al. 2 OPers prévoyait la possibilité pour les

¹²⁹⁸ FF 1999 9056 ss (Rapport sur les occupations accessoires).

¹²⁹⁹ FF 1999 9093 (Rapport sur les occupations accessoires).

¹³⁰⁰ FF 1999 9093 s. (Rapport sur les occupations accessoires).

¹³⁰¹ FF 2000 4569 (Réponse CF au rapport sur les occupations accessoires).

¹³⁰² FF 2000 4569 (Réponse CF au rapport sur les occupations accessoires).

¹³⁰³ Il s'agissait du cas de Daniel Wiedmer, cadre de l'Office fédéral de la santé publique, qui avait accepté la direction opérative de l'assurance maladie Assura. En tant que chef de division, il avait exercé la haute surveillance sur les assureurs-maladie et avait validé les primes de l'assurance de base, cf. WEIDMANN ANDREAS, *Die Tricks der Krankenversicherung Assura*, *St. Galler Tagblatt* du 10 novembre 2018.

¹³⁰⁴ Motion 08.3647 (« Lutte contre la corruption. Interdire le pantouflage »).

¹³⁰⁵ Cf. l'avis du Conseil fédéral par rapport à la motion parlementaire 08.3647.

¹³⁰⁶ GRECO, Rapport d'Evaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 188, recommandation ix).

¹³⁰⁷ Cf. ci-dessous N 640 ss pour la problématique de la récusation hors procédure administrative.

unités administratives qui prenaient ou préparaient des décisions de convenir avec leurs employés cadres d'un délai de carence de deux ans.¹³⁰⁸

Au cours des années suivantes, le Gouvernement a cependant continué d'être sous pression en raison de la problématique du pantouflage. En 2011, le comité du GTID Corruption, doutant du fait que les secrétariats généraux connaissent l'article 94a al. 2 OPers, a émis l'avis selon lequel, « cette thématique [devrait] être discutée de manière approfondie et réglementée par les instances compétentes »¹³⁰⁹.

515

iii. Le projet de loi de 2013

En 2013, un projet de loi prévoyait l'introduction d'un délai de carence obligatoire pour certains agents de la Confédération ; il s'agissait du projet de loi mentionné ci-dessus, qui visait également l'introduction d'un délai de carence pour les membres du Conseil fédéral.¹³¹⁰ Par rapport à l'article en vigueur à l'époque, ce projet présentait deux grandes différences. D'un côté, il proposait d'intégrer les dispositions sur le pantouflage dans la LPers et donc dans une loi au sens formel.¹³¹¹ De l'autre côté, il voulait instituer une obligation d'inclure un article sur le délai de carence dans les contrats de travail avec les cadres.¹³¹² En revanche, à l'instar de l'article en vigueur, le projet concernait seulement les cadres travaillant pour les unités administratives qui prenaient ou préparaient des décisions dans les domaines de la surveillance, de la taxation ou de l'adjudication, ou des décisions de portée comparable.

516

Dans sa réponse, le Conseil fédéral considérait la mesure proposée comme une « restriction objectivement injustifiable de la liberté économique et un obstacle considérable à la mobilité professionnelle des personnes concernées sans parler des difficultés financières qu'il [pouvait] leur occasionner »¹³¹³. Il estimait en plus qu'une telle réglementation créerait de grosses difficultés de recrutement à l'échelon des cadres supérieurs de l'administration, puisque les personnes compétentes n'accepteraient pas de telles restrictions.¹³¹⁴ Enfin, il notait une certaine incohérence par rapport au champ d'application de la nouvelle mesure : elle ne viserait que les employeurs régis par la LPers et non les unités de l'administration décentralisée non régies par la LPers.¹³¹⁵ Comme nous l'avons vu ci-dessus, les Chambres ne sont pas entrées en matière sur ce projet.¹³¹⁶

517

¹³⁰⁸ Cf. RO 2009 6417. Avec la révision de 2012, l'ancien article 94a al. 2 est devenu l'art. 94b. Le libellé de la disposition ne changea pas.

¹³⁰⁹ Rapport GTID Corruption 2011, p. 11. Cf., pour le GTID Corruption, ci-dessous N 921.

¹³¹⁰ Cf. ci-dessus N 503 ss. Il s'agit des initiatives parlementaires 10.511 et 10.517, cf. NBP 1273.

¹³¹¹ FF 2013 4661 (Rapport sur le projet pantouflage).

¹³¹² FF 2013 4661 (Rapport sur le projet pantouflage).

¹³¹³ FF 2013 5902 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹³¹⁴ FF 2013 5903 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹³¹⁵ FF 2013 5903 s. (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹³¹⁶ Cf. ci-dessus N 506.

iv. Appréciation de l'argumentation du Conseil fédéral

518 Là encore, certains arguments du Conseil fédéral ne convainquent pas entièrement. En ce qui concerne la restriction de la liberté économique, on peut invoquer les mêmes arguments que ceux mentionnés ci-dessus pour le délai de carence des conseillers fédéraux.¹³¹⁷ La mesure étant limitée dans le temps, applicable seulement à certains employés et valant seulement pour certaines entreprises, on peut considérer qu'elle est conforme à la proportionnalité. Il nous paraît en outre peu probable qu'elle occasionne des « difficultés financières » aux cadres concernés : avec leurs compétences, ceux-ci devraient pouvoir trouver un travail dans un secteur non couvert par le délai de carence. Quant à l'argument de la difficulté de recrutement, nous ne pensons pas qu'il faille le retenir. La motivation de travailler pour la Confédération ne devrait pas découler en premier lieu de la rémunération ou d'éventuelles possibilités d'emploi d'après-mandat. Elle devrait plutôt se fonder sur la volonté de se mettre au service du public et de l'intérêt général. Ajoutons encore que le fait que le Conseil fédéral ait entretemps décidé de réglementer la matière au niveau infra-légal montre qu'il ne pense pas qu'imposer un délai de carence constitue une violation « grave » des droits constitutionnels des agents publics concernés. Enfin, de manière plus générale, l'argumentation du Conseil fédéral tend à appliquer des raisonnements de l'économie privée au secteur public ; c'est à notre avis une approche erronée.

v. L'adoption de plusieurs réglementations du pantouflage

519 A peine six mois plus tard, le Conseil fédéral s'est à nouveau occupé de la problématique du pantouflage. Il a décidé d'imposer un délai de carence de six mois au président ou à la présidente du conseil d'administration de la FINMA.¹³¹⁸ A la fin de l'année 2014, il a en outre annoncé des dispositions réglementaires sur les délais de carence des cadres et dirigeants des unités décentralisées de l'administration fédérale ainsi que des commissions extraparlimentaires. L'« ordonnance sur le délai de carence »¹³¹⁹, qui modifie également l'ancien article 94a al. 2 OPers sur le pantouflage, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

520 Il existe donc actuellement une réglementation du pantouflage pour les catégories de personnel suivantes : les cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale centralisée (b), les membres de certaines commissions extraparlimentaires et les membres de certains conseils d'administration et d'institut des établissements de la Confédération (c), le personnel de certaines unités décentralisées de l'administration fédérale (e) et les employés soumis à la réglementation du CO (e). Ces réglementations sont toutes entrées en vigueur au cours des dix dernières années.

¹³¹⁷ Cf. ci-dessus N 508 ss.

¹³¹⁸ Communiqué de presse du 17 décembre 2014 (« Le Conseil fédéral crée le cadre juridique nécessaire à l'instauration d'un délai de carence lors du départ de membres d'organes de direction »). Cf. également ci-dessus N 539.

¹³¹⁹ RO 2015 5019 (« Ordonnance sur le délai de carence applicable aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale, aux membres des organes de direction des établissements de la Confédération et aux membres des commissions extraparlimentaires du 25 novembre 2015 »).

b) *La réglementation applicable aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale centralisée*

i. L'article 94b OPers

L'article 94b al. 1^{er} OPers prévoit la possibilité de convenir avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale d'un délai de carence de six mois au moins et de douze mois au plus. Font partie des « cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale » les secrétaires d'Etat, les directeurs d'office et les personnes exerçant des responsabilités comparables au sein des départements, les secrétaires généraux des départements, les suppléants des secrétaires d'Etat, des directeurs d'office et des secrétaires généraux des départements, ainsi que d'autres agents ayant une influence déterminante sur des décisions prises au cas par cas de grande portée ou ayant accès à des informations essentielles. En revanche, la possibilité de convenir d'un délai de carence n'est pas prévue pour les agents subalternes.

521

Un délai de carence peut être intégré dans le contrat de travail « s'il faut s'attendre à ce que [l']activité future [des cadres], rémunérée ou non, auprès de certains employeurs ou mandants mène à un conflit d'intérêts »¹³²⁰. Selon l'alinéa 2, il y a conflit d'intérêts notamment lorsque « la nouvelle activité risque de nuire à la crédibilité et à la réputation de l'unité administrative concernée ou de la Confédération »¹³²¹ ou lorsque « l'influence des personnes visées à l'al. 1^{er} sur des décisions prises au cas par cas ou leur accès à des informations peut donner à penser qu'elles ne sont plus indépendantes lors d'un changement de poste auprès d'un employeur ou d'un mandant concernés »¹³²². Les deux hypothèses visent au fond la même chose – le maintien ou la protection de la réputation de l'administration publique –, mais se focalisent sur des éléments différents : alors que la première hypothèse met l'accent sur la réputation générale de la Confédération, la deuxième se concentre sur l'apparence que peut donner l'agent public concerné. Si l'on considère que l'agent public fédéral représente toujours la Confédération, on peut partir de l'idée que lorsque la deuxième hypothèse est remplie, la première l'est également.

522

Comme déjà mentionné ci-dessus, le délai de carence est de six mois au moins et de douze mois au plus. Le délai maximal a été réduite lors de la révision plus récente : en effet, la version de l'article sur le pantouflage en vigueur entre 2010 et 2015 prévoyait un délai maximal de deux ans. Le motif de cette réduction ne ressort pas des travaux préparatoires et ne nous semble pas évident ; à notre avis un délai maximal de deux ans, voire de trois ans, serait plus adéquat, étant donné que les parties peuvent l'adapter en fonction du cas d'espèce.

523

La formulation ouverte de la disposition laisse à l'employeur une grande marge de manœuvre dans sa décision d'inclure ou non un délai de carence dans le contrat de travail. L'art. 94b al. 1^{er} OPers est en outre une disposition potestative, c'est-à-dire que

524

¹³²⁰ Art. 94b al. 1 OPers.

¹³²¹ Art. 94b al. 2 let. a OPers.

¹³²² Art. 94b al. 2 let. b OPers.

même si l'activité future d'un cadre mène à un conflit d'intérêts, l'employeur n'est pas obligé d'inclure une disposition sur le délai de carence dans le contrat de travail.¹³²³ Notons encore que la disposition ne prévoit pas de sanction en cas de violation du délai de carence. Rien n'empêche pourtant les parties au contrat de travail de convenir également d'une éventuelle sanction en cas de violation. L'éventail des sanctions possibles est cependant très réduit par rapport à d'autres violations de règles de comportement, étant donné que l'agent public qui viole une disposition sur le délai de carence n'est plus au service de la Confédération et qu'il n'est donc plus susceptible de se voir infliger une sanction disciplinaire. Les sanctions prévues sont en principe de type financier et revêtent notamment la forme d'une peine conventionnelle.¹³²⁴ Cette dernière peut consister en la restitution d'un multiple du salaire mensuel de l'ancien agent public.

525 Enfin, selon l'article 94b al. 4 OPers, les parties peuvent désormais convenir d'une indemnité versée à l'agent public pour le délai de carence ; cette indemnité correspond au plus au montant du salaire actuel, déduction faite de tous les revenus, indemnités et prestations de prévoyance perçus durant ce délai.¹³²⁵

ii. Appréciation

526 En l'absence de jurisprudence en la matière et vu la formulation ouverte de la disposition, il est difficile de se prononcer sur la véritable portée de l'article 94b OPers. Il semble cependant que les autorités compétentes ne font que peu usage de la possibilité de convenir d'un délai de carence.¹³²⁶

527 La question se pose de savoir s'il ne se justifierait pas d'inclure systématiquement une clause de pantouflage dans les contrats des employés cadres de la Confédération. Rappelons que l'inclusion systématique d'une telle clause ne veut pas encore dire qu'un délai de carence doit être observé dans tous les cas : si l'agent public veut exercer, après son service pour la Confédération, un travail exempt de tout risque de conflit d'intérêts, il peut le faire sans observer un délai de carence. L'inclusion systématique d'une telle clause ne signifie pas non plus que le délai de carence ne peut pas être adapté aux circonstances du cas d'espèce. Au regard de ce qui précède, l'inclusion systématique s'impose à notre avis au vu de l'exigence d'intégrité.

528 En outre, la formulation de l'article 94b OPers ne nous convainc pas. Ainsi, plutôt que d'inclure une clause de pantouflage dans les contrats « s'il faut s'attendre à ce que [l']activité future [des cadres] » mène à un conflit d'intérêts, la disposition en question devrait être rédigée d'une manière telle que les cadres *doivent* observer un délai de carence *si* leur activité future mène à un conflit d'intérêts. Il est en effet difficile de prévoir au moment de la conclusion du contrat l'activité que l'agent public exercera

¹³²³ DE ROSSA GISIMUNDO, *Corruption*, p. 11.

¹³²⁴ Cf. les articles 160 à 163 CO.

¹³²⁵ Cf. en outre les alinéas 5 et 6 du même article. Au sens du rapport sur les conflits d'intérêts 2015, les entités ne voient cependant pas le besoin de convenir d'une indemnisation pour les délais d'attente, cf. FF 2015 1238.

¹³²⁶ Cf. FF 2015 1237 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

après la fin des rapports de service. La décision sur l'observation effective d'un délai de carence ne devrait donc pas intervenir au début des rapports de service, mais au moment où les détails de l'activité future sont connus.

De plus, il conviendrait à notre avis de ne convenir d'une indemnité que dans des cas exceptionnels, lorsque les possibilités de l'agent public d'exercer une activité professionnelle qui lui correspond sont considérablement limitées.¹³²⁷ Dans tous les autres cas, la restriction à la liberté économique est à notre avis proportionnée, même en l'absence d'une compensation financière. 529

En définitive, plusieurs éléments de la réglementation actuelle du pantouflage pour les cadres de l'administration centralisée font que celle-ci n'est pas apte à assurer l'intégrité de l'administration publique. 530

c) *La réglementation applicable aux membres de commissions extraparlimentaires et de conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération*

Les articles 8e^{ter} et 8j^{bis} OLOGA ont été introduits au cours de la révision de 2015 mentionnée ci-dessus. Dès lors que leur contenu est identique, exception faite de leur champ d'application personnel, nous analyserons ces deux dispositions en même temps. 531

i. Les articles 8e^{ter} et 8j^{bis} OLOGA

L'article 8e^{ter} OLOGA s'applique aux membres de commissions extraparlimentaires assumant des fonctions de surveillance ou de réglementation. Même si l'annexe 2 de l'OLOGA contient une liste de toutes les commissions extraparlimentaires, il n'est pas évident de savoir quelles commissions assument des fonctions de surveillance ou de réglementation.¹³²⁸ L'article 8e^{ter} OLOGA crée donc une nouvelle catégorie de commissions extraparlimentaires. C'est le Conseil fédéral, l'autorité de nomination des membres, qui juge si une commission donnée fait partie de cette catégorie ou non. 532

L'article 8j^{bis} OLOGA s'applique aux membres des conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération assumant des fonctions de surveillance ou de réglementation. Là encore, il n'est pas possible, à la seule lecture de la disposition et après consultation de l'annexe 1 OLOGA, de savoir quels établissements de la Confédération assument des fonctions de surveillance ou de réglementation. De plus, cette nouvelle catégorie se chevauche partiellement avec la catégorie de personnel créée par l'article 6a LPers, soit celle des cadres et dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération. 533

¹³²⁷ Cf. pour un avis contraire PÄRLI, Konkurrenzverbot, p. 334.

¹³²⁸ A l'exception de celles contenant le mot « surveillance » dans leur titre, comme p. ex. la commission de surveillance du fonds de compensation de l'assurance-chômage et la commission fédérale de surveillance de l'instruction aéronautique préparatoire.

534 Le contenu des deux dispositions est le même. Le Conseil fédéral, autorité de nomination de toutes les personnes visées, peut prévoir un délai de carence « s'il faut s'attendre à ce qu'après leur départ [...], la reprise immédiate d'une activité auprès d'un employeur ou d'un mandant du domaine surveillé ou réglementé mène à un conflit d'intérêts »¹³²⁹. Contrairement à ce qui vaut pour les cadres de l'administration fédérale centralisée, le délai de carence ne fait pas l'objet d'une convention entre les parties au contrat de travail ; le Conseil fédéral décide unilatéralement s'il veut imposer ou non un délai de carence aux personnes visées aux articles 8^eter et 8^jbis OLOGA.

535 Tous les autres éléments de la réglementation correspondent par ailleurs à celle prévue à l'article 94b OPers.¹³³⁰ Ainsi, il est fait référence aux deux mêmes hypothèses pouvant mener à un conflit d'intérêts, le délai de carence est de six mois au moins et de douze mois au plus, et il est possible de prévoir une indemnité pour le délai de carence.

ii. Appréciation

536 Une fois encore, l'absence de jurisprudence en la matière nous empêche de nous prononcer sur la véritable portée des deux articles en question. On peut cependant s'interroger sur le choix législatif de créer de nouvelles catégories de personnel. En effet, plutôt que de compliquer davantage le domaine du droit du personnel au niveau fédéral, on aurait pu inclure une disposition sur le pantouflage dans la législation sur les cadres des entreprises et établissements de la Confédération. On aurait en outre pu renvoyer à cette réglementation s'agissant des membres des commissions extraparlimentaires.

537 Au niveau du contenu, la seule différence par rapport à la réglementation s'appliquant aux cadres de l'administration centrale réside dans le fait que le Conseil fédéral peut imposer unilatéralement un délai de carence aux personnes visées aux articles 8^eter et 8^jbis OLOGA ; le délai de carence ne fait pas l'objet d'une convention entre les parties. Par ailleurs, les observations que nous avons formulées pour la réglementation applicable aux cadres de l'administration fédérale centrale – l'inclusion systématique d'un délai de carence dans le contrat de travail et la technique législative – s'imposent également en ce qui concerne les membres des commissions extraparlimentaires et des conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération. Il convient donc, ici aussi, de conclure que les réglementations actuelles ne suffisent pas pour satisfaire à l'exigence d'intégrité de l'administration publique.

d) *La réglementation de trois unités décentralisées*

538 Enfin, il convient de présenter brièvement les réglementations du pantouflage de trois unités de l'administration décentralisée – la FINMA, Swissmedic et l'IFSN – qui, étant chargées de tâches de surveillance et de réglementation, entretiennent des rapports particulièrement étroits avec le secteur privé.

¹³²⁹ Articles 8^eter al. 1 et 8^jbis al. 1 OLOGA.

¹³³⁰ Cf. ci-dessus N 521 ss.

Les nombreux cas où des collaborateurs de ces trois entités ont passé du secteur privé au secteur public (ou l'inverse) ont par ailleurs fait l'objet de vives discussions publiques au cours des dernières années. On peut citer notamment le cas d'Eugen Haltiner, président du conseil d'administration de la FINMA entre 2006 et 2010, qui avait auparavant travaillé en tant que manager chez UBS.¹³³¹ Pendant son mandat à la tête de la FINMA, il avait entre autres traité le dossier du « sauvetage » d'UBS par la Confédération.¹³³² On peut en outre citer le cas de Patrick Raaflaub qui est devenu président du conseil d'administration de la FINMA après avoir travaillé longtemps pour la société d'assurance Swiss Re. Après quatre ans à la tête de la FINMA, il a de nouveau rejoint son ancien employeur.¹³³³ Quant à Swissmedic, on peut citer le cas de Franz Schneller qui est devenu président de Swissmedic en 2005 après avoir été à la tête de la filiale suisse du groupe pharmaceutique Lundbeck. Moins de deux ans plus tard, il a quitté Swissmedic pour devenir consultant dans la branche de la santé.¹³³⁴ Enfin, les rapports étroits entre l'IFSN et l'industrie nucléaire ont même fait l'objet d'une interpellation spécifique au Parlement fédéral.¹³³⁵

La FINMA dispose d'une réglementation du pantouflage plutôt sévère. Tous les collaborateurs directement responsables de la surveillance d'assujettis de la FINMA avec lesquels ils sont en contact permanent sont soumis à un délai de carence d'une durée maximale d'un an, sans droit à une indemnité. L'art. 38a al. 3 OPers-FINMA n'est pas formulé de manière potestative : l'inclusion d'une clause concernant le délai de carence est donc systématique et obligatoire pour les personnes directement responsables de la surveillance. Cependant, si la surveillance est exercée par plusieurs collaborateurs, le délai de carence peut être imposé uniquement aux supérieurs hiérarchiques directs.¹³³⁶ Enfin, la réglementation du pantouflage contient un élément innovateur, à savoir l'obligation d'annonce en cas de conclusion d'un contrat de travail avec un assujetti.¹³³⁷ A la suite d'une telle annonce, la FINMA peut prendre les mesures nécessaires, notamment libérer le collaborateur de l'obligation de travailler, transférer ce dernier ou l'inviter à se récuser dans les dossiers délicats.¹³³⁸

539

Une réglementation spéciale est prévue pour le président du conseil d'administration de la FINMA : il n'est pas autorisé à exercer une activité, rémunérée ou non, dans le domaine soumis à la surveillance de la FINMA pendant une période de six mois après son départ du conseil d'administration.¹³³⁹ Cette réglementation est, d'un côté, plus sévère

¹³³¹ Jusqu'en 2009, c'était la Commission fédérale des banques. Cf. p. ex. l'article de sda/Reuters publié dans la *NZZ* du 18 août 2010, « Haltiner – Wegen Nähe zur UBS in der Kritik ».

¹³³² Cf. également l'ATF 137 II 431 ; la même personne aurait dû se récuser dans l'affaire de la remise de données bancaires aux autorités américaines, cf. ci-dessous N 620.

¹³³³ Cf. p. ex. FLUBACHER RITA, *Karriere eines ungeliebten Aufsehers*, *Tages-Anzeiger* du 8 mai 2014.

¹³³⁴ Cf., pour cet exemple et d'autres, DÉCLARATION DE BERNE, *Essais cliniques dans les pays en développement : le rôle de Swissmedic dans la protection des participants vulnérables*, septembre 2013, disponible sur internet.

¹³³⁵ Interpellation 14.4102 (« Quelle indépendance pour l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire? ») du 9 décembre 2014.

¹³³⁶ Art. 38a al. 4 OPers-FINMA.

¹³³⁷ Art. 38a al. 1 OPers-FINMA.

¹³³⁸ Art. 38a al. 2 OPers-FINMA.

¹³³⁹ Cf. les « Conditions requises pour exercer la fonction de membre du conseil d'administration de la FINMA », approuvées par décision du Conseil fédéral du 6 décembre 2013.

que la réglementation du pantouflage pour les collaborateurs – elle concerne tout le domaine soumis à la surveillance de la FINMA – et, de l'autre côté, moins stricte – la durée du délai de carence est de seulement six mois ; il s'agit donc d'un délai très court.

- 540 L'ordonnance sur le personnel de Swissmedic ne contient pas de dispositions sur le délai de carence. Les employés sont cependant tenus d'informer Swissmedic en cas de conclusion d'un contrat de travail ou d'acceptation d'un mandat d'un fabricant ou commerçant de médicaments.¹³⁴⁰ Swissmedic peut ensuite prendre les mesures nécessaires pour éviter les conflits d'intérêts, notamment l'attribution d'une autre fonction, la récusation ou la libération des fonctions.¹³⁴¹ Une réglementation spéciale s'applique au directeur de l'Institut : ce dernier est libéré de ses fonctions pendant le délai de résiliation s'il a conclu un contrat de travail avec une entreprise de fabrication ou de commercialisation de médicaments.¹³⁴² Swissmedic connaît en plus une réglementation interne spéciale pour ses employés qui ont auparavant travaillé pour une entreprise assujettie : il est interdit à ces derniers de traiter des dossiers concernant leur ancien employeur pendant un délai de douze mois à partir du début de leur emploi chez Swissmedic.¹³⁴³
- 541 Enfin, le règlement sur le personnel de l'IFSN contient essentiellement la même réglementation du pantouflage que celle qui s'applique aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale centralisée.¹³⁴⁴ A l'instar de Swissmedic, l'IFSN prévoit une réglementation interne selon laquelle les collaborateurs ne peuvent pas, pendant une durée de deux ans à partir de leur emploi à l'IFSN, surveiller leurs anciens employeurs.¹³⁴⁵
- 542 Les trois réglementations précitées présentent des différences et des similitudes. D'une part, alors que le délai de carence s'applique de manière systématique aux collaborateurs responsables de la surveillance à la FINMA, un tel délai n'existe pas pour les employés de Swissmedic. L'IFSN a choisi la voie du milieu en prévoyant la possibilité de convenir d'un délai de carence. D'autre part, les trois entités prévoient d'autres mesures que le délai de carence, notamment l'obligation d'annoncer la conclusion d'un contrat de travail avec une entreprise surveillée (FINMA, Swissmedic) et l'interdiction pour les nouveaux employés de traiter des dossiers concernant l'ancien employeur (Swissmedic, IFSN). De manière générale, on peut se poser la question de savoir si les différences de réglementation dans ce domaine peuvent se justifier, étant donné qu'il s'agit là de trois entités assumant des fonctions de surveillance ou de réglementation et que leurs rapports avec le secteur privé sont particulièrement étroits. A notre avis, l'inclusion d'une clause prévoyant un délai de carence devrait être systématique pour les unités de l'administration entretenant des rapports étroits avec le secteur privé, du moins en ce qui concerne les cadres.

¹³⁴⁰ Les titulaires d'une autorisation selon les art. 5 et 18 LPT, cf. art. 44 al. 1 OPers-Swissmedic.

¹³⁴¹ Art. 44 al. 2 OPers-Swissmedic.

¹³⁴² Art. 44 al. 3 OPers-Swissmedic.

¹³⁴³ FF 2015 1229 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹³⁴⁴ Art. 6a OPers-IFSN.

¹³⁴⁵ FF 2015 1229 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

e) *La réglementation du CO : la prohibition de faire concurrence*

Contrairement au droit de la fonction publique, le droit privé du travail prévoit depuis longtemps la possibilité de restrictions quant à la nature des activités que les employés peuvent exercer après la fin des rapports de travail avec un employeur privé.¹³⁴⁶ Ainsi, selon l'article 340 al. 1 CO, « le travailleur [...] peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser ». Cette interdiction de faire concurrence peut durer au maximum trois ans et n'est valable que si le travailleur a eu connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur.¹³⁴⁷ Elle doit également être limitée quant au lieu et au genre d'affaires concernés.¹³⁴⁸

543

En plus de constituer la réglementation directement applicable aux contrats de travail de certains agents publics, la réglementation du CO peut le cas échéant s'appliquer aussi à titre de droit public supplétif, conformément à l'article 6 al. 2 LPers. A cet égard, il convient cependant de se demander dans quels cas un ancien agent public peut faire « concurrence » à la Confédération dans la mesure où cette dernière n'est en principe pas en concurrence avec des employeurs privés.¹³⁴⁹ Les cas où l'ancien agent public concurrence la Confédération dans sa nouvelle activité seront donc rares.

544

Au niveau cantonal, le Tribunal administratif du canton de Zurich a traité de cette problématique dans l'arrêt susmentionné concernant l'interdiction faite à un médecin de l'hôpital universitaire d'effectuer certaines interventions pendant trois ans sur le territoire du canton de Zurich.¹³⁵⁰ Les juges administratifs zurichois ont d'abord observé que le médecin en question avait acquis les connaissances nécessaires pour effectuer les interventions pertinentes avant son engagement à l'hôpital universitaire et que ces dernières ne constituaient donc pas des secrets de fabrication ou d'affaires. Ils ont en outre estimé que les patients qui suivaient leur médecin dans un autre hôpital ne le faisaient pas en raison des connaissances que ce dernier aurait acquises pendant son activité à l'hôpital cantonal, mais bien en raison de caractéristiques et de capacités personnelles du médecin. Enfin, le Tribunal administratif zurichois a noté que la politique du canton consistant à ne permettre certaines interventions que dans un seul hôpital du territoire cantonal était une décision politique qui devait être mise en œuvre par d'autres mesures que l'interdiction imposée aux médecins de faire concurrence.¹³⁵¹

f) *Appréciation générale*

Les réglementations en matière de pantouflage sont relativement récentes et n'existent que pour certaines catégories d'agents publics, notamment les cadres de l'administration fédérale centrale, les membres de certaines commissions extraparlimentaires et

545

¹³⁴⁶ Cf., à propos de la prohibition de faire concurrence en droit privé, PÄRLI, Konkurrenzverbot, p. 323 ss.

¹³⁴⁷ Art. 340a al. 1 et 340 al. 2 CO.

¹³⁴⁸ Art. 340a al. 1 CO.

¹³⁴⁹ HELBLING, Art. 20, N 54.

¹³⁵⁰ Cf. ci-dessus N 499.

¹³⁵¹ Cf. l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 29 juin 2016, VB.2016.00044, c. 5.2 ss.

de certains conseils d'administration et d'institut des établissements de la Confédération ainsi que le personnel de certaines unités décentralisées de l'administration fédérale. La législation dans ce domaine n'apparaît pas très cohérente et ne semble être ni connue ni appliquée par les employeurs. Elle est critiquable à trois égards au moins.

- 546 Premièrement, nous pouvons constater que les catégories de personnel soumises à une réglementation du pantouflage ne correspondent pas aux catégories identifiées ci-dessus. Le choix du législateur de créer de nouvelles catégories dans le domaine du pantouflage est discutable, notamment parce qu'il complique le domaine du droit du personnel. Ainsi, il n'est pas évident de savoir pourquoi une réglementation du pantouflage n'a pas été incluse dans la législation sur les cadres des entreprises et établissements de la Confédération. De manière plus générale, on pourrait également penser à une réglementation qui s'applique à tous les cadres de l'administration fédérale, indépendamment du fait qu'ils appartiennent à l'administration fédérale centrale ou à l'administration fédérale décentralisée.
- 547 Deuxièmement, nous pouvons constater qu'aucune des réglementations en matière de pantouflage n'est contenue dans une loi au sens formel. Ces réglementations ont été introduites au fur et à mesure dans différentes ordonnances et se basent directement sur le devoir de fidélité. Cela pose à nouveau la question de l'opportunité de ce choix législatif, surtout parce que le Conseil fédéral considère que les délais de carence constituent des « atteintes considérables » à la liberté économique.¹³⁵² Pour les cadres des entreprises et établissements de la Confédération, le principe du délai de carence aurait pu être prévu à l'article 6a LPers.
- 548 Enfin, le contenu des différentes réglementations varie, notamment en ce qui concerne l'inclusion systématique d'une clause prévoyant un délai de carence et l'obligation d'annoncer l'acceptation d'une offre de travail. Ces différences ne se justifient cependant pas toujours. Il nous paraît en particulier inopportun, voire arbitraire, de faire dépendre l'application d'un délai de carence de la volonté de l'employeur ou de la volonté de l'agent. Pour être conforme au principe d'intégrité que nous exposerons plus loin¹³⁵³, l'observation d'un délai de carence doit être systématique lorsque l'activité future d'un agent public comporte le risque d'un conflit d'intérêts. Un tel risque existe en règle générale pour tous les cadres, indépendamment du fait qu'ils appartiennent à l'administration centrale ou à l'administration fédérale décentralisée. Comme exposé ci-dessus, la formulation de la disposition devrait donc être telle que la décision sur l'application d'un délai de carence soit prise lorsque tous les détails de l'activité future de l'agent public sont connus. Il faut donc plutôt penser à un système dans lequel les agents publics annoncent à leurs employeurs s'ils envisagent d'exercer une activité professionnelle après la fin de leurs rapports de service. Si l'activité en question comporte le risque de conflits d'intérêts, l'employeur peut imposer un délai de carence ou subordonner l'exercice à des conditions.

¹³⁵² Cf. ci-dessus N 505 et FF 2013 5901 (Avis CF sur le projet pantouflage).

¹³⁵³ Cf. ci-dessus N 977 ss.

6. La réglementation du pantouflage au niveau cantonal

Dans son premier rapport d'évaluation de 2008, le GRECO avait non seulement recommandé aux autorités fédérales de réglementer le pantouflage, mais il les avait également invitées à proposer aux autorités cantonales de procéder de la même manière.¹³⁵⁴ Nous avons vu ci-dessus que cet appel a eu un effet au niveau fédéral. Cependant, une majorité écrasante des autorités cantonales n'a pas donné suite à l'invitation. La Cour des comptes du Canton de Vaud a même constaté à cet égard que le pantouflage était « une notion inconnue dans les services [cantonaux vaudois] audités »¹³⁵⁵.

549

Seul le canton du Tessin connaît une réglementation spécifique du pantouflage. L'article 29a de la loi tessinoise sur le personnel cantonal interdit aux agents publics qui quittent l'administration d'assumer des mandats de représentation dans des affaires qu'ils ont déjà traitées comme fonctionnaires publics : « Dopo la cessazione del rapporto d'impiego, le persone che intraprendono un'attività privata dipendente o indipendente non possono assumere mandati di rappresentanza nell'ambito di pratiche che hanno già trattato in precedenza come dipendenti dello Stato ». Le cas échéant, les autorités cantonales invitent les intéressés à désigner un autre représentant.¹³⁵⁶ La règle tessinoise vise spécifiquement le cas des « changements de camp » dans des affaires en cours et empêche ainsi que l'ancien agent public traite ou négocie directement avec ses anciens collègues de l'administration publique. Son champ d'application est cependant limité ; elle n'instaure pas de délai de carence et n'introduit pas d'autres mesures connexes.¹³⁵⁷

550

L'absence quasi totale de réglementations en matière de pantouflage au niveau cantonal est critiquable, à notre avis, dans la mesure où les effets négatifs du pantouflage existent également à ce niveau. Une prise de conscience de la problématique du pantouflage par les cantons est indispensable.¹³⁵⁸

551

7. Aspect de droit comparé : le pantouflage dans l'Union européenne

La problématique du pantouflage au sein de l'Union européenne a été plusieurs fois au centre de l'attention médiatique ces dernières années.¹³⁵⁹ L'acceptation par l'ancien commissaire Barroso d'un mandat de conseiller au sein de la banque Goldman Sachs

552

¹³⁵⁴ GRECO, Rapport d'évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 188, recommandation ix).

¹³⁵⁵ Cf. Cour des comptes du Canton de Vaud, Audit de la gestion des risques de conflits d'intérêts et de corruption. Analyse comparative dans cinq entités de l'administration, projet de rapport n° 26 du 16 décembre 2013, p. 34.

¹³⁵⁶ Art. 29a al. 2 Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti (RS/TI 173.100).

¹³⁵⁷ La disposition a été jugée « partiellement insatisfaisante » par DE ROSSA GISIMUNDO, Corruption, p. 11.

¹³⁵⁸ Dans le même sens, DE ROSSA GISIMUNDO, Corruption, p. 11.

¹³⁵⁹ Cf. le site corporateurope.org/revolvingdoorwatch qui contient une liste régulièrement actualisée des mouvements du personnel dans les deux sens.

n'est qu'un exemple parmi d'autres.¹³⁶⁰ L'Union européenne connaît une réglementation du pantouflage tant pour les commissaires que pour les fonctionnaires européens.¹³⁶¹

a) *La réglementation applicable aux commissaires européens*

553 La réglementation du pantouflage des membres de la Commission se trouve dans le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE). Selon l'article 245, les membres de la Commission « prennent, lors de leur installation, l'engagement solennel de respecter, pendant la durée de leurs fonctions et après la cessation de celles-ci, les obligations découlant de leur charge, notamment les devoirs d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation, après cette cessation, de certaines fonctions ou de certains avantages »¹³⁶². Cette obligation est explicitée dans le Code de conduite s'appliquant aux membres de la Commission.¹³⁶³ Selon son article 11 al. 2, les anciens membres de la Commission sont tenus d'informer la Commission lorsqu'ils envisagent d'exercer une activité professionnelle dans les deux années qui suivent la cessation de leurs fonctions. Le délai est de trois ans pour un ancien président de la Commission. La Commission, le cas échéant après avoir demandé l'avis du comité d'éthique *ad hoc*, se prononce ensuite sur la compatibilité de l'activité en question et les devoirs d'honnêteté et de délicatesse prévus à l'article 245 TFUE (art. 11 al. 3 Code de conduite de la Commission européenne). L'article 11 al. 4 et 5 du même Code de conduite contient en outre une interdiction de lobbying pendant deux ans pour les anciens membres de la Commission, et pendant trois ans pour un ancien président. La médiatrice européenne a récemment proposé d'étendre ce délai à plusieurs années afin d'assurer que les anciens commissaires informent cette dernière de leurs nouveaux mandats.¹³⁶⁴ Enfin, précisons que les anciens membres de la Commission européenne doivent respecter

¹³⁶⁰ Cf. ci-dessus N 482 pour l'affaire Barroso. Un autre cas concernait le commissaire Martin Bangemann qui avait accepté un contrat avec Telefónica avant la fin de son mandat en 1999. En réaction, le conseil de l'Union européenne avait saisi la Cour de justice européenne dans le but de priver l'ancien commissaire de ses droits à pension. Il a retiré la demande après que Martin Bangemann a accepté de renoncer à rejoindre Telefónica pendant la durée d'un an et de ne représenter aucun tiers auprès des institutions européennes pendant deux ans. Cf. la décision du Conseil de l'Union européenne du 17 décembre 1999 (2000/44/CE, CECA, Euratom).

¹³⁶¹ Dans un rapport spécial sur la gestion des conflits d'intérêts dans certaines agences de 2012, la Cour des comptes de l'Union européenne avait constaté que le cadre réglementaire consacré aux conflits d'intérêts n'était pas suffisant, notamment concernant la problématique du pantouflage, cf. Rapport spécial n° 15/2012. Cf. également CHTI, *Agencies*, p. 253 ss ; ALTER-EU, *Block*, p. 3 ss.

¹³⁶² La version anglaise des devoirs d'honnêteté et de délicatesse est libellé comme suit : « duty to behave with integrity and discretion ». En cas de contravention, la Cour de Justice peut, le cas échéant, prononcer la déchéance du droit à pension de l'intéressé ou d'autres avantages.

¹³⁶³ Décision de la Commission du 31 janvier 2018 relative à un code de conduite des membres de la Commission européenne (C(2018) 700 final). Le code a été adapté à la suite de l'affaire Barroso, sur l'initiative de l'actuel président de la Commission.

¹³⁶⁴ Cf. la décision de la Médiatrice européenne du 20 juillet 2018 en la matière, disponible qu'en anglais (« Decision of the European Ombudsman in the joint inquiry into complaints 194/2017/EA, 334/2017/EA, and 543/2017/EA on the European Commission's handling of post-mandate employment of former Commissioners, a former Commission President and the role of its 'Ethics Committee' »).

les devoirs d'honnêteté et de délicatesse au-delà de la période des deux ou trois ans ; il s'agit donc là d'une obligation à vie.¹³⁶⁵

Dans son avis du 26 octobre 2016 sur l'affaire Barroso, le comité d'éthique *ad hoc* notait que la Cour de Justice n'avait pas encore eu l'occasion de clarifier la portée de cette obligation ; les notions d'honnêteté et de délicatesse restaient donc vagues.¹³⁶⁶ Il estimait en outre que l'acceptation par José Manuel Barroso d'un mandat au sein de la banque Goldman Sachs ne violait pas l'article 245 TFUE, mais le comité a qualifié à plusieurs reprises le comportement de l'ancien président de la Commission de peu délicat. Pour l'instant, il n'est donc pas possible de répondre clairement à la question de savoir quel type de comportement d'un ancien membre de la Commission équivaldrait, après l'écoulement du délai de carence de deux, voire trois, ans, à une violation de l'article 245 TFUE.

b) *La réglementation applicable aux fonctionnaires européens*

Selon l'article 16 du *Statut des fonctionnaires de l'Union européenne*, les agents publics sont également tenus de respecter les devoirs d'honnêteté et de délicatesse après la cessation de leurs fonctions.¹³⁶⁷ S'ils envisagent d'exercer une activité professionnelle, rémunérée ou non, dans les deux années qui suivent la cessation de leurs fonctions au sein de l'UE, ils doivent le déclarer au moyen d'un formulaire.¹³⁶⁸ Si l'exercice de l'activité en question est en lien avec l'activité exercée par l'intéressé durant les trois dernières années de service et risque d'être incompatible avec les intérêts de l'institution européenne concernée, l'autorité compétente peut interdire à l'intéressé de l'exercer ou subordonner son exercice à des conditions.¹³⁶⁹ En outre, il est en principe interdit aux anciens cadres d'exercer, pendant les douze mois suivant la cessation de leurs fonctions, des activités de lobbying ou de défense vis-à-vis du personnel de leur ancienne institution.¹³⁷⁰ Les institutions publient chaque année des informations sur la mise en œuvre de cette interdiction, y compris une liste des cas examinés.¹³⁷¹

554

c) *Appréciation et comparaison avec la réglementation suisse*

Ce bref survol de la réglementation européenne montre que celle-ci est plus cohérente que celle existant au niveau fédéral, du moins quant à deux points. Premièrement, les agents publics qui ont le plus de responsabilités et qui sont le plus exposés au risque de conflits d'intérêts, notamment les commissaires européens, sont soumis à une réglementation sévère. Nous avons vu qu'en Suisse, les membres du Conseil fédéral et

555

¹³⁶⁵ DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 66. Cf. aussi l'avis du Comité d'éthique *ad hoc* du 26 octobre 2016 *ad* Barroso, ch. 9 (cf. NBP 1220).

¹³⁶⁶ Cf. l'avis du Comité d'éthique *ad hoc* du 26 octobre 2016 *ad* Barroso, ch. 8 (cf. NBP 1220).

¹³⁶⁷ Cet article n'est cependant souvent pas respecté, cf. CHITI, *Agencies*, p. 263.

¹³⁶⁸ Art. 16 al. 2 Statut des fonctionnaires de l'Union européenne. Voir à ce propos également LIVOLSI THOMAS/SCHIANO ROBERTO, *Droits et obligations du fonctionnaire (Art. 11 à 26 bis)*, in Perillo Eva/Giacobbo Peyronnel Valérie (édit.), *Statut de la fonction publique de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles 2017, p. 173

¹³⁶⁹ Art. 16 al. 2 Statut des fonctionnaires de l'Union européenne.

¹³⁷⁰ Art. 16 al. 3 Statut des fonctionnaires de l'Union européenne.

¹³⁷¹ Art. 16 al. 4 Statut des fonctionnaires de l'Union européenne.

certain hauts fonctionnaires ne sont par contre pas soumis à un délai de carence. Deuxièmement, tous les fonctionnaires sont tenus de respecter les devoirs d'honnêteté et de délicatesse après la cessation de leurs fonctions. Il est donc explicitement statué que le devoir de fidélité produit des effets au-delà des rapports de travail. L'application d'un délai de carence pour les fonctionnaires dépend ensuite des circonstances du cas d'espèce et non, comme en Suisse, du fait qu'une telle clause avait été incluse dans le contrat de travail. Un tel système nous semble plus opportun. Nous pouvons donc en conclure que la réglementation européenne peut servir d'exemple à plusieurs égards pour une révision des réglementations du pantouflage au niveau fédéral.

8. Excursus : le délai de carence en droit de la révision

- 556 Le droit de la révision connaît une problématique similaire à celle du pantouflage. En effet, lorsque le même réviseur s'occupe de l'audit d'une entreprise donnée pendant une longue période, des relations amicales ou de confiance se développent souvent entre le réviseur et les représentants de l'entreprise.¹³⁷² Cette confiance risque de compromettre l'indépendance du réviseur et, par conséquent, ses prestations en matière d'audit.¹³⁷³ C'est pour corriger ce type de situations que le législateur suisse a introduit en 2007 et 2008 des dispositions légales visant à maintenir l'indépendance des réviseurs et notamment des délais de carence.¹³⁷⁴
- 557 L'article 11 de la *Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs* (LSR)¹³⁷⁵ prévoit des délais de carence en cas de mouvements de personnel entre les deux camps. Selon l'article 11 al. 1 let. b LSR, lorsqu'un collaborateur cadre d'une entreprise rejoint une société de révision, cette dernière ne peut fournir à l'ancien employeur du collaborateur des prestations en matière de révision pendant deux ans. De même, au sens de l'article 11 al. 1 let. c LSR, lorsqu'une personne ayant collaboré à l'établissement des comptes dans une entreprise rejoint une société de révision, cette personne ne peut s'occuper de l'audit de son ancien employeur. L'article 11 al. 2 LSR instaure en outre une interdiction pour une entreprise d'engager des personnes qui, pendant les deux années précédentes, ont dirigé des prestations en matière de révision pour cette entreprise. Ces délais de carence, présentés ici de manière schématique, s'appliquent seulement aux sociétés d'intérêt public.¹³⁷⁶
- 558 Notons encore que le droit de la révision contient également d'autres dispositions pour maintenir l'indépendance des réviseurs.¹³⁷⁷ Tout d'abord, l'article 728 al. 1 CO statue que l'organe de révision doit être indépendant et former son appréciation en toute objectivité et que cette indépendance « ne doit être ni restreinte dans les faits, ni en appa-

¹³⁷² SANWALD/HUSER, Rotationspflichten, p. 461.

¹³⁷³ SANWALD/HUSER, Rotationspflichten, p. 461.

¹³⁷⁴ RO 2007 4791 et RO 2007 3971. La réforme est une conséquence de la loi américaine « Sarbanes-Oxley », cf. PFIFFNER, Revisionsstelle, p. 821 ss.

¹³⁷⁵ RS 221.302.

¹³⁷⁶ Pour la notion de société d'intérêt public, cf. SANWALD/HUSER, Rotationspflichten, p. 464.

¹³⁷⁷ PFIFFNER, Revisionsstelle, p. 834 ss.

rence ». L'article 728 al. 2 CO contient ensuite des obligations spécifiques. Ainsi, le réviseur ne peut par exemple pas occuper des fonctions décisionnelles au sein de la société contrôlée ou détenir des participations directes ou indirectes dans cette dernière, entretenir des relations étroites avec des personnes cadres au sein de l'entreprise, conclure des contrats à des conditions non conformes aux règles du marché et, enfin, accepter des cadeaux de valeurs ou d'avantages particuliers.¹³⁷⁸

Cette brève digression en matière de droit de la révision montre que les règles concernant les mouvements de personnel entre deux camps ne sont pas inconnues en droit privé. Au contraire, la problématique d'une trop grande proximité entre surveillant et surveillé a été reconnue par le législateur et réglementée par ce dernier au niveau de la loi formelle. De plus, nous avons vu qu'il existait également d'autres règles de comportement dans ce domaine.

559

VII. La déclaration d'intérêts

1. La problématique

a) Généralités

La déclaration d'intérêts par les agents publics ou les membres du gouvernement est une mesure de promotion de l'intégrité et de la transparence de l'administration publique relativement nouvelle.¹³⁷⁹ Le système de base consiste en l'annonce par les agents publics, et le cas échéant par leurs proches, de leurs intérêts privés ou professionnels ou encore des éléments de leur patrimoine, à leur supérieur hiérarchique ou à une autre autorité désignée. Les déclarations d'intérêts et de patrimoine des agents publics peuvent ensuite être publiées, typiquement dans un registre des intérêts, accessible aux citoyens librement ou sur demande. La notion de « déclaration d'intérêts » que nous utiliserons par la suite comprend tant la déclaration d'intérêts que la déclaration d'éléments du patrimoine.

560

L'obligation de déclarer les intérêts privés se recoupe avec d'autres mesures promouvant l'intégrité. Ainsi, puisqu'une activité accessoire constitue également un lien d'intérêt, les agents publics soumis à l'obligation d'annoncer les activités accessoires dévoilent déjà une partie de leurs intérêts. La portée de la déclaration d'intérêts est cependant plus générale : on déclare non seulement les activités accessoires, mais *tous* les intérêts privés. Enfin, la déclaration des intérêts ne doit pas être confondue avec l'obligation générale d'annoncer un *conflit* d'intérêts.¹³⁸⁰ Alors que l'annonce d'un conflit d'intérêts concerne une situation concrète qui risque de porter atteinte à l'intégrité de l'administration publique, la déclaration des intérêts est une mesure préventive où

561

¹³⁷⁸ Cf. tous les alinéas de l'art. 728 CO.

¹³⁷⁹ Cf. p. ex. PETERS, *Lessons*, p. 415 ; OCDE, *Asset*, p. 22 ss, et p. 101. Ces régimes existent également au sein des universités, cf. p. ex. la *Harvard University Policy on Individual Financial Conflicts of Interest for persons holding faculty and teaching appointments*.

¹³⁸⁰ Cf. ci-dessus N 214.

l'on annonce des intérêts de manière abstraite sans les relier à une situation concrète. Le lien d'intérêt ne doit donc pas être confondu avec le conflit d'intérêts : « il peut y avoir lien d'intérêts (et obligation de déclaration de celui-ci), mais non conflit »¹³⁸¹.

b) *Les buts des déclarations et registres d'intérêts*

562 Dans le sillage du mouvement demandant une administration publique plus transparente, l'objectif principal des déclarations et registres d'intérêts est de créer plus de transparence sur les intérêts des agents publics.¹³⁸² Selon l'OCDE, la divulgation d'intérêts susceptibles de « porter atteinte à l'exercice désintéressé de fonctions publiques » permettrait un contrôle adéquat de l'accomplissement de ces dernières et de l'intégrité de l'administration publique.¹³⁸³ Les déclarations et registres d'intérêts préviendraient ainsi les conflits d'intérêts et les actes de corruption.¹³⁸⁴ Certes, les déclarations et registres d'intérêts ne préviennent pas d'éventuelles situations de conflit d'intérêts :¹³⁸⁵ ils n'ont pas pour conséquence d'interdire l'exercice d'une activité ou d'exclure l'agent public d'une prise de décision.¹³⁸⁶ Cela étant, l'obligation de déclarer ses intérêts est considérée comme un outil complémentaire en matière d'intégrité de l'administration publique.¹³⁸⁷ Le fait d'être informé des intérêts de l'agent public permet à ses supérieurs et au public d'identifier à l'avance les intérêts qui pourraient poser problème¹³⁸⁸ ou, le cas échéant, de juger si la personne en question a bien géré les situations de conflits d'intérêts. En outre, grâce à l'obligation de déclarer ses intérêts, l'agent public serait plus conscient de ses intérêts privés ce qui mènerait à une responsabilisation de ce dernier.¹³⁸⁹

Les régimes de déclaration d'intérêts ont été critiqués. Il a tout d'abord été contesté qu'ils mènent effectivement à une responsabilisation des agents publics ; ces derniers reconnaîtraient leurs conflits d'intérêts potentiels, mais ne se rendraient pas compte de la mesure dans laquelle leur comportement a été influencé par leurs intérêts.¹³⁹⁰ Une deuxième critique concerne le coût et la charge administrative que peut représenter la mise en place d'un régime de déclaration et de registre d'intérêts.¹³⁹¹ Bien que ce soient les agents publics qui doivent remplir les déclarations, l'administration est souvent en charge de l'envoi, de la collecte, du contrôle et, le cas échéant, de la publication des déclarations. A cet égard, un système dans lequel les agents publics publient directement leurs intérêts, par

¹³⁸¹ MORET-BAILLY, *Conflits*, p. 67.

¹³⁸² SCHAUB, Art. 144, N 8 ; MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 343 ; OCDE, *Asset*, p. 29. Cf. également ci-dessous N 775 ss à propos de la transparence en général.

¹³⁸³ OCDE, *Après-mandat*, p. 40.

¹³⁸⁴ OCDE, *Asset*, p. 28 ; DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 115.

¹³⁸⁵ DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 114 ; PETERS, *Lessons*, p. 415 ; HIGGINS, *Corruption*, p. 67 ; ANECHIARICO/JACOBS, *Integrity*, p. 47.

¹³⁸⁶ SCHAUB, Art. 144, N 8.

¹³⁸⁷ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 457 ; HIGGINS, *Corruption*, p. 68 ; OCDE, *Asset*, p. 12.

¹³⁸⁸ HIGGINS, *Corruption*, p. 38 et 67 ; ANECHIARICO/JACOBS, *Integrity*, p. 47.

¹³⁸⁹ HIGGINS, *Corruption*, p. 38 et 67 ; ANECHIARICO/JACOBS, *Integrity*, p. 47 ; MESSICK, *Issues*, p. 7.

¹³⁹⁰ COSGROVE/WHITAKER, *Solutions*, p. 5. L'étude concerne le domaine de la recherche médicale. Les auteurs proposent d'interdire les conflits d'intérêts dans ce domaine. Cf. également PETERS, *Lessons*, p. 415.

¹³⁹¹ MESSICK, *Issues*, p. 7 ; DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 114 s. ; OCDE, *Asset*, p. 94 ss.

exemple, sur un site web est moins coûteux pour l'administration publique.¹³⁹² Des logiciels spécialisés peuvent par ailleurs alléger le fardeau administratif.¹³⁹³ Enfin, il existe le risque d'une « surinformation », dans la mesure où l'administration et le public seraient surchargés de données souvent peu pertinentes.¹³⁹⁴ L'administration ou le public pourraient se retrouver avec une masse si importante d'informations que la vérification de celles-ci est impossible. Nous reviendrons à la surabondance d'informations plus loin ; elle peut effectivement être problématique.¹³⁹⁵

c) *Les modalités possibles d'un régime de déclaration ou de registre d'intérêts*

Les régimes de déclaration d'intérêts peuvent être conçus de maintes manières différentes. Tout d'abord, le champ d'application personnel peut être limité aux membres du gouvernement, aux hauts fonctionnaires ou aux agents publics disposant d'une certaine marge de manœuvre. Le champ d'application personnel peut également inclure les époux, enfants ou autres personnes vivant dans le même ménage que l'agent public. 563

Ensuite, les agents publics peuvent être tenus d'annoncer tous les intérêts privés ou un nombre limité d'éléments défini par la loi ; ils doivent par exemple donner des informations sur leurs participations dans des entreprises, leurs fonctions dans des organisations de tout type, leurs dettes, leur patrimoine immobilier ou mobilier, leurs revenus en tout genre ou leurs activités accessoires.¹³⁹⁶ Pour les dettes et les éléments du patrimoine, il est possible de prévoir un seuil minimal à partir duquel un élément doit être déclaré.¹³⁹⁷ Il est également possible de prévoir que seuls les intérêts concernant une certaine période doivent être déclarés.¹³⁹⁸ 564

Les données récoltées peuvent être conservées à l'interne de l'administration publique ou mises à disposition du public dans un registre.¹³⁹⁹ Le registre peut être accessible librement ou sur demande motivée des personnes intéressées.¹⁴⁰⁰ 565

Enfin, il convient de définir le mode de contrôle. Les déclarations d'intérêts peuvent être contrôlées systématiquement, de manière aléatoire ou seulement en cas de soupçon fondé.¹⁴⁰¹ Le contrôle peut en outre être effectué par le supérieur hiérarchique, une autorité administrative ou encore une commission indépendante.¹⁴⁰² Une publication permet aux citoyens et aux médias de procéder également à un contrôle.¹⁴⁰³ 566

¹³⁹² Cf. p. ex. pour les universités FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 231.

¹³⁹³ Cf. CHÊNE, *Technology*, p. 1 ss.

¹³⁹⁴ PETERS, *Lessons*, p. 415 ; DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 116.

¹³⁹⁵ Cf. ci-dessous N 789 s.

¹³⁹⁶ MESSICK, *Issues*, p. 12.

¹³⁹⁷ MESSICK, *Issues*, p. 12.

¹³⁹⁸ P. ex. la loi française, cf. MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 343.

¹³⁹⁹ MESSICK, *Issues*, p. 9 s.

¹⁴⁰⁰ OCDE, *Asset*, p. 88 s.

¹⁴⁰¹ OCDE, *Asset*, p. 72.

¹⁴⁰² MESSICK, *Issues*, p. 14 s. En France, les déclarations d'intérêts sont contrôlées par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), cf. MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 344 s., et CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 189 s. Pour l'HATVP, cf. ci-dessous N 934 s.

¹⁴⁰³ MESSICK, *Issues*, p. 9.

2. Les droits fondamentaux en jeu

- 567 Les régimes de déclaration d'intérêts et surtout la publication de ces derniers dans des registres librement accessibles sont le plus souvent en conflit avec le droit constitutionnel à la protection des données. Ce dernier est garanti au niveau fédéral aux articles 13 al. 2 et 10 Cst. et, au niveau européen, à l'article 8 CEDH. La récolte de données concernant les intérêts des agents publics ainsi que la publication de ces données constituent des traitements de données et, par conséquent, des atteintes aux droits constitutionnels des personnes concernées.¹⁴⁰⁴ Une telle mesure doit donc reposer sur une base légale suffisante, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé.
- 568 Pour la condition de la base légale, nous renvoyons aux développements précédents.¹⁴⁰⁵ Les articles 17 et suivants de la *Loi fédérale sur la protection des données* (LPD)¹⁴⁰⁶ contiennent en outre des précisions à cet égard. Ainsi, les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale ; pour le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité, la base légale doit en principe être une loi au sens formel.¹⁴⁰⁷
- 569 Les intérêts publics justifiant une atteinte au droit à la protection des données des agents publics sont, entre autres, la prévention des conflits d'intérêts et de la corruption, la confiance des citoyens dans les autorités et la transparence de l'administration publique.¹⁴⁰⁸ Selon le domaine concerné, des intérêts publics spécifiques peuvent également s'y ajouter.¹⁴⁰⁹
- 570 Quant à la proportionnalité d'un régime de déclaration d'intérêts ou de patrimoine, il convient de procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, le droit à la protection des données et à la vie privée, et, d'autre part, l'intérêt à la transparence.¹⁴¹⁰ De manière générale, la protection des données des agents publics, qui exercent une fonction officielle et accomplissent une tâche publique, est moins étendue que celle des employés dans le secteur public.¹⁴¹¹ Le droit à la protection des données des candidats à une élection ou des personnes élues peut en outre être restreint dans une plus forte mesure.¹⁴¹² Lors de la pesée des intérêts, il convient en outre de prendre en compte la position hiérarchique des agents concernés : ceux qui exercent une fonction supérieure dans la hiérarchie doivent, le cas échéant, tolérer même la publication de données sensibles les concernant, alors que ce ne sera en principe pas le cas des agents subalternes.¹⁴¹³ Enfin, alors que l'intérêt à la protection des données tend à l'emporter lorsqu'il est question

¹⁴⁰⁴ Cf. CEDH, *Wytych c. Pologne* (déc.), n° 2428/05, 25 octobre 2005, p. 9 s. ; MESSICK, *Issues*, p. 8.

¹⁴⁰⁵ Cf. ci-dessus N 216 ss.

¹⁴⁰⁶ RS 235.1.

¹⁴⁰⁷ Art. 17 al. 1 et 2 LPD. Cf. BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, p. 379 ss.

¹⁴⁰⁸ Cf. CEDH, *Wytych c. Pologne* (déc.), n° 2428/05, 25 octobre 2005, p. 10 et 11.

¹⁴⁰⁹ Cf. l'arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.2.2. L'intérêt public spécifique dans ce cas était la santé publique.

¹⁴¹⁰ Cf. à ce propos également ci-dessous N 810 ss.

¹⁴¹¹ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.3.1 ; FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 181 ; WALTER, *Accès*, p. 96.

¹⁴¹² Cf. CEDH, *Wytych c. Pologne* (déc.), n° 2428/05, 25 octobre 2005, p. 10 s.

¹⁴¹³ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.3.1 ; WALTER, *Accès*, p. 97.

de données sensibles ou de profils de la personnalité, l'intérêt à la transparence prévaut si la publication des données n'a qu'une simple conséquence désagréable ou moindre sur la personne concernée.¹⁴¹⁴ Précisons que selon le Tribunal administratif fédéral, les données de nature financière ou organisationnelle entourant la relation de travail ne constituent pas des données sensibles.¹⁴¹⁵ Ainsi, les données sur le montant des salaires des agents de la Confédération ne constituent pas des données sensibles.¹⁴¹⁶ En revanche, les données relatives aux activités accessoires peuvent être considérées comme sensibles.¹⁴¹⁷

Ajoutons encore que l'anonymisation n'est pas une mesure pertinente dans le domaine de la publication des liens d'intérêts. Ainsi, dans un cas concernant des déclarations d'intérêts des membres d'une commission extraparlamentaire, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'il « appara[issait] [...] impossible de [les] rendre anonyme[s] [...], car celles-ci n'ont de sens que si un lien peut être fait entre l'identité du déclarant et les intérêts – ou les absences – d'intérêts »¹⁴¹⁸. Ce constat peut être étendu à toutes les déclarations d'intérêts.

571

Dans une affaire concernant les déclarations d'intérêts des membres d'une commission extraparlamentaire, la Commission fédérale pour les vaccinations, le Tribunal administratif fédéral a jugé que les données contenues dans ces déclarations d'intérêts « ne sauraient de toute évidence être considérées comme “sensibles” ou comme formant un “profil de la personnalité” »¹⁴¹⁹. Il a soutenu ensuite que la publication des déclarations d'intérêts n'est « que » désagréable pour les membres de la commission extraparlamentaire, en particulier parce que les données concernées n'ont jamais suscité de doute quant à l'indépendance des membres et parce que les revues scientifiques demandaient également à leurs auteurs la divulgation de leurs intérêts économiques. S'agissant de l'intérêt public à la transparence, le Tribunal administratif fédéral l'a jugé prépondérant, car « le droit d'accès [servait] à protéger la santé publique »¹⁴²⁰. La condition de la prépondérance de l'intérêt public était donc « clairement remplie »¹⁴²¹.

Dans une décision de recevabilité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'obligation, pour un élu d'un gouvernement local en Pologne, de faire des déclarations détaillées sur sa situation patrimoniale était conforme au droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH).¹⁴²² La déclaration devait contenir des informations sur les économies de l'élu en question, ses biens immobiliers, ses participations dans des sociétés, ses revenus de toute sorte, ses activités accessoires, ses biens mobiliers d'une valeur dépassant PLN 10'000.– ainsi que ses prêts d'une valeur dépassant PLN 10'000.–. Quant à la publication sur internet de ces informations, la Cour a jugé qu'il s'agissait là d'une manière d'assurer

¹⁴¹⁴ Arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.2.2.

¹⁴¹⁵ Arrêt du TAF du 17 février 2011, A-3609/2010, c. 5.4, et FLÜCKIGER/MINETTO, Communication, p. 572.

¹⁴¹⁶ FLÜCKIGER/MINETTO, Communication, p. 572.

¹⁴¹⁷ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1 et 5.2.

¹⁴¹⁸ Arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.1. Cf. l'ATF 142 II 340, c. 4.1, et du 2 décembre 2015, 1C_74/2015, c. 3.

¹⁴¹⁹ Arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.2.2.

¹⁴²⁰ Arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.2.2.

¹⁴²¹ Arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.2.2.

¹⁴²² Cf. CEDH, *Wytych c. Pologne* (déc.), n° 2428/05, 25 octobre 2005.

le contrôle public des déclarations : « The general public has a legitimate interest in ascertaining that local politics are transparent and Internet access to the declarations makes access to such information effective and easy. Without such access, the obligation would have no practical importance or genuine incidence on the degree to which the public is informed about the political process »¹⁴²³.

572 Dans certains cas, l'intérêt à la transparence et l'intérêt à l'intégrité de l'administration publique prévalent même lorsque des liens d'intérêts d'employés d'entreprises privées sont concernés. En effet, il peut exister un intérêt public important à connaître d'éventuels liens ou conflits d'intérêts lorsque le secteur privé joue un rôle significatif dans l'accomplissement de tâches publiques, en accord notamment avec l'article 6 al. 2 let. c OTrans.¹⁴²⁴ Selon les cas, les exigences d'intégrité s'appliquent donc non seulement aux agents publics, mais également aux privés exécutant directement ou indirectement des tâches publiques.

Ainsi, le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'il existe en principe un intérêt public prépondérant à connaître les noms, qualifications et liens d'intérêts des experts privés chargés de rédiger des rapports dans la procédure d'admission de médicaments de Swissmedic, sous réserve de l'audition de ces derniers.¹⁴²⁵ Dans la mesure où la publication de ces données rend les processus d'admission des médicaments plus transparents, elle sert à protéger notamment la santé publique. Le Tribunal fédéral a par ailleurs ajouté que l'admission de médicaments sur le marché constitue un avantage financier majeur pour les entreprises demanderesse. Une telle situation comporte des risques élevés d'abus et le besoin de transparence est donc d'autant plus grand. Ainsi, peu importe pour le Tribunal fédéral que les experts aient été mandatés par contrat privé et qu'ils n'exercent pas directement des tâches publiques, contrairement aux collaborateurs de Swissmedic : « Dass die Firmenexperten privat beauftragt worden sind und im Gegensatz zu den Mitarbeitenden von Swissmedic oder den Experten des HMEC nicht (direkt) öffentliche Funktionen ausüben, ist insoweit nicht von Belang »¹⁴²⁶.

3. Les standards internationaux

573 L'obligation pour les agents publics de déclarer leurs intérêts est contenue dans plusieurs textes de droit international. Aucune des dispositions n'est cependant contraignante. Selon l'article 8 al. 5 de la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (UNCAC), les Etats parties s'efforcent de mettre en place des mesures et des systèmes demandant aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment tous placements et tous avoirs d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public. Plusieurs recommandations mentionnent en outre la déclaration

¹⁴²³ Cf. CEDH, *Wypych c. Pologne* (déc.), n° 2428/05, 25 octobre 2005, p. 12.

¹⁴²⁴ Cf. l'ATF 142 II 340, c. 4.6 ss.

¹⁴²⁵ Cf. l'ATF 142 II 340.

¹⁴²⁶ Cf. l'ATF 142 II 340, c. 4.6.3.

d'intérêts.¹⁴²⁷ Citons par exemple l'article 5 du *Code international de conduite des agents de la fonction publique* qui demande aux agents publics « dans la mesure exigée par leur situation officielle et conformément à la loi ou aux règles administratives, [à] déclarer leurs intérêts commerciaux et financiers [...] si ceux-ci peuvent donner lieu à conflit d'intérêts »¹⁴²⁸.

4. Les déclarations et registres d'intérêts au niveau fédéral

En Suisse, les régimes de déclaration d'intérêts avec registre public sont devenus pratique courante pour les pouvoirs législatifs.¹⁴²⁹ Les parlementaires fédéraux et cantonaux se sont désormais habitués à devoir dévoiler leurs intérêts privés, de manière générale et avant de s'exprimer sur un sujet en lien avec leurs intérêts. Au niveau fédéral, un débat est en cours sur la question de savoir si les parlementaires fédéraux doivent également dévoiler les montants de leurs revenus, ce qui n'est pas encore le cas pour l'instant.¹⁴³⁰ En revanche, l'outil de la déclaration d'intérêts est encore peu répandu au sein du pouvoir exécutif. Au cours des dernières années, plusieurs catégories d'agents publics ont cependant été soumises à l'obligation de dévoiler leurs intérêts.

574

¹⁴²⁷ Cf. ch. 16 et ch. 1.2.1 de la Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices en matière de conflits d'intérêts de 2003 et l'art. 14 du Code modèle de conduite pour les agents publics, annexe de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics de 2000.

¹⁴²⁸ Ch. 5 Code international de conduite des agents de la fonction publique.

¹⁴²⁹ Cf. pour le niveau fédéral, l'art. 11 *Loi sur l'Assemblée fédérale, LParl* ; RS 171.10. Tous les cantons sauf Uri, Obwald et Appenzell Rhodes-Intérieures connaissent un régime de déclaration d'intérêts pour les parlementaires : § 5a *Kantonsratsgesetz* (RS/ZH 171.1), art. 15 al. 1 let. a *Loi sur le Grand Conseil* (RS/BE 151.21), § 49a *Gesetz über die Organisation und Geschäftsführung des Kantonsrates* (RS/LU 30), § 2b *Geschäftsordnung für den Kantonsrat des Kantons Schwyz* (RS/SZ 142.110), Art. 4 *Gesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Landrates* (RS/NW 151.1), Art. 73a *Landratsverordnung* (RS/GL II A/2/3), § 63 *Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Kantonsrats* (RS/ZG 141.1), Art. 55 *Loi sur le Grand Conseil* (RS/FR 121.1), § 25 *Kantonsratsgesetz* (RS/SO 121.1), § 7 *Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates* (RS/BS 152.100), § 5 *Gesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Landrats* (RS/BL 131), Art. 4 *Gesetz über den Kantonsrat* (RS/SH 171.100), Art. 29 *Geschäftsordnung des Kantonsrates* (RS/AR 141.2), Art. 31^{bis} et art. 31^{ter} *Geschäftsreglement des Kantonsrates* (RS/SG 131.11), Art. 11 *Gesetz über den Grossen Rat* (RS/GR 170.100), § 7 *Gesetz über die Organisation des Grossen Rates und über den Verkehr zwischen dem Grossen Rat, dem Regierungsrat und der Justizleitung* (RS/AG 152.200), § 4 *Geschäftsordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau* (RS/TG 171.1), Art. 48 *Legge sul Gran Consiglio e sui rapporti con il Consiglio di Stato* (RS/TI 171.100), Art. 8 *Loi sur le Grand Conseil* (RS/VD 171.01), Art. 12 *Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs* (RS/VS 171.1), Art. 39 et 40 *Loi d'organisation du Grand Conseil* (RS/NE 151.10), art. 29A *Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève* (RS/GE B 1 01), Art. 14a *Loi d'organisation du Parlement de la République et Canton du Jura* (RS/JU 171.21).

¹⁴³⁰ Cf. p. ex. les interventions parlementaires suivantes : Initiative parlementaire 15.441 (« Soumettre les parlementaires à l'obligation de déclarer les revenus provenant d'activités qui figurent au registre des intérêts », Peter Keller) ; Initiative parlementaire 15.449 (« Faire la transparence sur les revenus et les liens d'intérêts des parlementaires », Groupe socialiste) ; Initiative parlementaire 15.463 (« Liens d'intérêts des députés. Indication des rémunérations versées », Groupe des Verts) ; Initiative parlementaire 10.419 (« Pour une transparence des revenus, indemnités et autres avantages des parlementaires fédéraux », Jean-Charles Rielle) ou encore l'initiative parlementaire 06.462 (« Divulgarion des liens d'intérêts financiers », Louis Schelbert). Cependant, à partir du 2 décembre 2019, les parlementaires devront indiquer si les activités qu'ils exercent sont rémunérés ou non, cf. RO 2018 3461.

a) *L'absence d'obligation de déclaration d'intérêts pour les membres du Conseil fédéral et pour le personnel soumis à la LPers*

575 Il n'existe pas de régime de déclaration ou de registre d'intérêts proprement dits pour les membres du Conseil fédéral.¹⁴³¹ Certes, ces derniers publient leurs *curriculum vitae* sur leurs sites internet respectifs. Les informations qui y sont contenues ne sont cependant pas harmonisées et se rapportent plus au passé qu'au présent. Notons que si la personne concernée siégeait aux Chambres fédérales avant son élection au Conseil fédéral, ses liens d'intérêts sont publiés par les Services du Parlement.

576 L'absence d'obligation de déclaration d'intérêts pour les membres du Conseil fédéral est à notre avis critiquable. Nous estimons en effet que ces derniers devraient être obligés de déclarer leurs intérêts, à l'instar des catégories du personnel que nous analyserons ci-après. Ces informations devraient être publiés dans un registre sur internet. L'obligation de déclarer les intérêts est à notre avis particulièrement importante quant aux participations que détiennent les membres du Conseil fédéral dans des entreprises privées.¹⁴³² Une obligation de déclarer les intérêts permet par ailleurs également de contrôler la bonne application des dispositions sur le devoir de récusation des membres du Conseil fédéral.¹⁴³³

577 Il n'existe pas non plus de régime de déclaration d'intérêts général pour le personnel soumis à la LPers.¹⁴³⁴ Certaines unités décentralisées, soumises à la LPers mais non à l'OPers, ont cependant introduit un tel système.

b) *Les réglementations spéciales de quelques unités décentralisées*

578 Swissmedic, la FINMA et PUBLICA connaissent des réglementations spécifiques en matière de déclaration d'intérêts. A l'instar de la problématique des opérations pour compte propre, les règles se trouvent dans les codes de conduite de ces unités décentralisées. Les employés de Swissmedic sont tenus de « déclarer à leur supérieur hiérarchique direct tous les faits qui pourraient influencer sur leur indépendance professionnelle dans l'exercice de leur activité pour l'institut »¹⁴³⁵. Le code de conduite de Swissmedic contient en outre une liste exemplative d'éléments à déclarer, notamment la détention de brevets concernant des produits thérapeutiques commercialisés ou en cours de développement, la détention de participations dans des entreprises qui sont parties prenantes dans une procédure d'acquisition lancée par l'institut ou encore l'activité de membres de la famille à des postes de responsabilité dans une entreprise titulaire

¹⁴³¹ Cf. l'interpellation 18.3706 (« Faire la transparence sur les liens d'intérêts et appartenances à des associations des conseillers fédéraux et des candidats au Conseil fédéral »).

¹⁴³² Cf., au sujet des participations dans des entreprises, également ci-dessus N 305 s.

¹⁴³³ Cf. ci-dessous N 642 ss.

¹⁴³⁴ Une motion demandant l'introduction d'un régime de déclaration d'intérêts a été déposée le 13 décembre 2017 et acceptée par le Conseil national le 12 juin 2019 (Motion 17.4127, « Transparence dans l'administration »).

¹⁴³⁵ Ch. 3.2 al. 1 Code de conduite Swissmedic.

d'une autorisation délivrée par Swissmedic ou dans une entreprise qui est partie prenante à une procédure d'acquisition lancée par l'institut.¹⁴³⁶ Le supérieur hiérarchique veille à ce que les conflits d'intérêts possibles ou effectifs qui lui ont été déclarés n'aient pas d'incidence sur l'activité de Swissmedic.¹⁴³⁷ Enfin, la déclaration qui doit être faite dans les six mois suivant l'entrée en fonction est archivée dans le dossier personnel et détruite cinq ans après la disparition de l'état de fait en question.¹⁴³⁸ Il s'ensuit que les déclarations d'intérêts des employés de Swissmedic ne sont pas rendues publiques.

Une nouvelle réglementation de déclaration des liens d'intérêts est cependant entrée en vigueur pour les membres du conseil de Swissmedic le 1^{er} janvier 2019. Le nouvel article 71a LPTh oblige tout candidat au conseil de Swissmedic de déclarer ses liens d'intérêts au Conseil fédéral avant sa nomination, et de communiquer tout changement de ces liens d'intérêts pendant la durée du mandat.¹⁴³⁹ Swissmedic tient un registre public avec les liens d'intérêts des membres de son conseil.¹⁴⁴⁰

Le régime de déclaration d'intérêts de la FINMA va moins loin que celui de Swissmedic, tant en ce qui concerne le champ d'application personnel que matériel. Ainsi, selon l'article 17 al. 1 du code de conduite de la FINMA, « le conseil d'administration, la direction et les autres fonctions pouvant être impliqués dans des affaires en cas de crises chez des banques annoncent [...] les relations contractuelles bancaires pouvant mener à un conflit d'intérêts ». En cas de situation de crise dans une banque, les exigences quant aux déclarations sont cependant plus strictes. Dans ce cas, « il convient d'annoncer exhaustivement et sans délai [...] tout intérêt financier personnel ainsi que d'éventuels intérêts financiers de proches ».¹⁴⁴¹ Les déclarations d'intérêts des personnes visées ne sont pas rendues publiques.

Enfin, les employés de PUBLICA doivent déclarer les liens d'intérêts qui pourraient porter atteinte à leur indépendance seulement « avant toute prise de décision ».¹⁴⁴² *A contrario*, si aucune décision n'est prise, ils ne sont pas tenus de déclarer les intérêts. Doivent notamment être annoncés les liens d'intérêts résultant de participations financières substantielles, de relations commerciales étroites sur le plan privé ou de relations personnelles étroites ou de liens familiaux avec les personnes de contact, les décideurs ou les propriétaires, pour autant que les entreprises ou institutions concernées soient des partenaires commerciaux de PUBLICA.¹⁴⁴³ Les intérêts ainsi déclarés ne sont pas rendus publics.

Les trois régimes de déclarations d'intérêts brièvement présentés ci-dessus sont critiquables à plusieurs égards. Alors que l'obligation de déclarer les intérêts est assez conséquente pour les employés de Swissmedic, le régime de déclaration des intérêts des

¹⁴³⁶ Ch. 3.2 al. 2 Code de conduite Swissmedic.

¹⁴³⁷ Ch. 3.2 al. 3 Code de conduite Swissmedic.

¹⁴³⁸ Ch. 3.2 al. 4 Code de conduite Swissmedic.

¹⁴³⁹ Art. 71a al. 1 et 3 LPTh.

¹⁴⁴⁰ Art. 71a al. 4 LPTh.

¹⁴⁴¹ L'art. 17 al. 4 Code de conduite FINMA précise qu'en ce qui concerne les proches, seuls les intérêts financiers connus sont à annoncer.

¹⁴⁴² Art. 13 al. 1 Règlement compliance PUBLICA. La même obligation vaut pour les conseillers, conseillères et mandataires impliqués dans les processus de décision de PUBLICA, cf. l'art. 13 al. 2 Règlement compliance PUBLICA.

¹⁴⁴³ Art. 13 al. 3 Règlement compliance PUBLICA.

deux autres unités est moins sévère. Seuls les liens d'intérêts des membres du conseil de Swissmedic sont désormais publics ; aucune des autres réglementations prévoit la publication des déclarations d'intérêts de leurs employés. Il convient également de critiquer le fait que la plupart de ces règles sont incluses dans les codes de conduite au lieu des ordonnances sur le personnel. Nous verrons cependant ci-dessous qu'une révision récente de l'OLOGA prévoit la publication des liens d'intérêts des membres de la direction des organisations de la Confédération, donc également ceux de Swissmedic, de la FINMA et de PUBLICA.

c) *L'obligation de déclarer les intérêts pour les membres des commissions extraparlimentaires*

583 Les membres des commissions extraparlimentaires sont soumis à un régime spécial de déclaration d'intérêts. Alors qu'en 2001, le Conseil fédéral était encore d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'établir des règles obligeant les membres des commissions extraparlimentaires à rendre publics les liens qu'ils entretiennent avec des groupes d'intérêts,¹⁴⁴⁴ il a introduit, en 2007, dans le cadre de la révision totale des règles sur les commissions extraparlimentaires, les articles 57f LOGA et 8f OLOGA. Ceux-ci prévoient un régime de déclaration d'intérêts et l'institution d'un registre des intérêts pour les membres des commissions extraparlimentaires.¹⁴⁴⁵ Le Conseil fédéral estimait alors important que « le public intéressé, mais aussi le Parlement dans le cadre de sa haute surveillance, puisse s'informer sur la représentation des divers intérêts au sein des commissions extraparlimentaires »¹⁴⁴⁶.

584 Conformément à l'article 57f LOGA, les membres des commissions doivent signaler leurs intérêts avant leur nomination. En cas de refus, ils ne peuvent pas devenir membres de la commission extraparlimentaire. L'article 8f al. 1 OLOGA précise les éléments à déclarer : les activités professionnelles ; les fonctions de direction, de surveillance, de conseil ou autres au sein de tout type de sociétés, établissements ou fondations ; les fonctions de conseil ou d'expert qu'ils exercent pour le compte de services de la Confédération ; les fonctions permanentes de direction ou de conseil qu'ils exercent pour le compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers ; les fonctions qu'ils exercent au sein d'autres organes de la Confédération. Les membres des commissions sont également tenus de signaler toute modification de la déclaration initiale survenue en cours de mandat.¹⁴⁴⁷ En cas de manquement à cette obligation, le Conseil fédéral peut révoquer les membres en question.¹⁴⁴⁸ Notons que le montant des indemnités que les membres des commissions touchent est également publié.¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁴ Cf. Réponse du Conseil fédéral à l'Interpellation 01.3194 (« Obligation pour les membres des commissions fédérales de signaler les intérêts »).

¹⁴⁴⁵ L'obligation de signaler les intérêts existait déjà auparavant dans quelques commissions, cf. pour la Commission fédérale pour les vaccinations l'arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 5.2.2.

¹⁴⁴⁶ FF 2007 6287 (Message du Conseil fédéral concernant la réorganisation des commissions extraparlimentaires du 12 septembre 2007).

¹⁴⁴⁷ Art. 8f al. 3 OLOGA.

¹⁴⁴⁸ Art. 8f al. 4 OLOGA.

¹⁴⁴⁹ Art. 57g LOGA, 8/ss OLOGA et annexe 2 OLOGA.

Ces liens d'intérêts, de même que d'autres données sur les membres des commissions extraparlimentaires, sont publiés dans un annuaire en ligne.¹⁴⁵⁰ Celui-ci comprend également les informations concernant les membres des organes de direction et les représentants de la Confédération.¹⁴⁵¹ Les données sont accessibles pendant toute la durée du mandat des personnes concernées.¹⁴⁵²

585

d) *La publication des intérêts des membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ou de droit privé*

En 2013, les Chambres fédérales ont adopté une motion parlementaire déplorant l'inégalité de traitement entre les membres des commissions extraparlimentaires et les membres de la direction des établissements de la Confédération en matière de publication des liens d'intérêts. La motion demandait que les membres de la direction des établissements de la Confédération soient également obligés à publier leurs intérêts.¹⁴⁵³ Elle exigeait en outre qu'ils publient leurs participations financières. Le Conseil fédéral a accepté la motion quant aux liens d'intérêts, mais non quant à la publication des participations financières. Il a estimé que cette dernière mesure constituait une restriction trop considérable de la sphère privée des personnes visées.¹⁴⁵⁴

586

Le Conseil fédéral a donc révisé l'article 8k al. 2 OLOGA qui prévoit également, depuis le 1^{er} janvier 2017, la publication dans l'annuaire en ligne, créé à l'origine pour les membres des commissions parlementaires, des liens d'intérêts des membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ou de droit privé. Le Conseil fédéral n'a cependant pas introduit un article prévoyant la *déclaration* des liens d'intérêts de cette nouvelle catégorie visée, et cela en dépit du fait qu'il a reconnu lui-même que l'obligation de déclarer les intérêts devait reposer sur une base légale.¹⁴⁵⁵ Certes, l'obligation est prévue par la législation spéciale de quelques unités décentralisées ; à notre avis, il aurait cependant été judicieux d'introduire un article clair quant au signalement des intérêts des membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ou de droit privé.

587

Notons en outre que l'article 8k OLOGA crée une nouvelle catégorie de personnel – les « membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ou de droit privé ». Cette catégorie ne correspond ni à celle prévue par l'article 6a LPers (les cadres

588

¹⁴⁵⁰ Art. 8k al. 1 et 2 OLOGA. Cf. le site admin.ch > Droit fédéral > Commissions extraparlimentaires.

¹⁴⁵¹ Cf. ci-dessous N 587.

¹⁴⁵² Art. 8k al. 4 OLOGA.

¹⁴⁵³ Motion 13.4040 (« Egalité de traitement concernant la publication des liens d'intérêts », Yvonne Gilli). L'auteur critiquait surtout les déclarations d'intérêts lacunaires des membres de la direction de Swissmedic.

¹⁴⁵⁴ Explications du Conseil fédéral relatives à la modification de l'OLOGA du 9 décembre 2016 (document disponible seulement en allemand), ch. 2.

¹⁴⁵⁵ Explications du Conseil fédéral relatives à la modification de l'OLOGA du 9 décembre 2016 (document disponible seulement en allemand), ch. 2.

du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération) ni à celle prévue par l'article 8^{jbis} OLOGA (les membres des conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération assumant des fonctions de surveillance ou de réglementation). Ce choix législatif de créer une catégorie supplémentaire n'est à notre avis pas opportun, dans la mesure où il complique inutilement le domaine des obligations d'intégrité.

e) *La déclaration des intérêts par les membres des conseils d'administration des entreprises « proches » de la Confédération*

589 Fin août 2018, la Commission de gestion du Conseil des Etats a publié un rapport sur la surveillance des liens d'intérêts au sein des conseils d'administration des entreprises « proches » de la Confédération (notamment les CFF, La Poste Suisse et Swisscom).¹⁴⁵⁶ Elle a élaboré ce rapport notamment en réaction au cas de la présidente du conseil d'administration des CFF qui n'avait pas annoncé, en 2015, alors qu'elle était encore vice-présidente de ce conseil, un mandat dans une entreprise offshore impliquée dans les pratiques douteuses révélées par les « Paradise papers » en 2017. Selon la réglementation en vigueur à l'époque des faits, les membres du conseil d'administration n'étaient tenus d'annoncer que les mandats pour lesquels il existait un potentiel conflit d'intérêts permanent. Après avoir procédé à l'analyse du contexte et de la législation pertinente, la Commission de gestion du Conseil des Etats est arrivée à la conclusion que la légalité n'avait pas été violée dans le cas d'espèce. Elle a toutefois estimé que « ce système [n'était] pas adéquat »¹⁴⁵⁷ et qu'il était « important que les risques de réputation liés aux entreprises proches de la Confédération soient intégrés de manière adéquate dans le système de gestion des risques de la Confédération »¹⁴⁵⁸.

590 C'est pourquoi la Commission de gestion du Conseil des Etats recommande au Conseil fédéral d'adopter plusieurs mesures promouvant l'intégrité. Premièrement, le Conseil fédéral devrait s'assurer que les membres ou les candidats au conseil d'administration des entreprises concernées sont tenus de déclarer leurs liens d'intérêts.¹⁴⁵⁹ La commission recommande ensuite au Conseil fédéral de mettre en place, pour ces entreprises, un système de déclaration en continu des nouveaux mandats assumés par les présidents desdites entreprises. En outre, une liste de tous les mandats assumés par les membres du conseil d'administration au cours de l'année, et non uniquement au 31 décembre, devrait être incluse dans le rapport annuel.¹⁴⁶⁰ Enfin, il est demandé au Conseil fédéral, de manière générale, de prêter plus d'attention aux mandats tiers des

¹⁴⁵⁶ Cf. le Rapport succinct de la Commission de gestion du Conseil des Etats sur la surveillance des liens d'intérêts au sein des conseils d'administration des entreprises proches de la Confédération, à l'exemple du cas de la présidente du conseil d'administration des CFF du 28 août 2018 (Rapport sur les liens d'intérêts).

¹⁴⁵⁷ FF 2018 7847 (Rapport sur les liens d'intérêts).

¹⁴⁵⁸ FF 2018 7851 (Rapport sur les liens d'intérêts).

¹⁴⁵⁹ FF 2018 7847 s. (Rapport sur les liens d'intérêts).

¹⁴⁶⁰ FF 2018 7850 (Rapport sur les liens d'intérêts).

membres des conseils d'administration des entreprises mentionnées, dès lors que ces mandats peuvent porter atteinte à la réputation de la Confédération.¹⁴⁶¹

En résumé, la Commission de gestion du Conseil des Etats exige que le Conseil fédéral contrôle activement les liens d'intérêts des membres du conseil d'administration des entreprises proches de la Confédération. Tant les entreprises que les membres des conseils d'administration doivent être qualifiés de personnes privées exécutant des tâches publiques. La commission susmentionnée reconnaît donc que non seulement les agents publics de l'administration centrale ou décentralisée peuvent porter atteinte à la réputation et à l'intégrité de l'administration publique, mais également les personnes privées exécutant des tâches publiques, notamment celles travaillant pour les entreprises proches de la Confédération. Des mesures promouvant l'intégrité, en particulier les déclarations de liens d'intérêts, peuvent donc également s'imposer à l'égard de personnes privées exécutant des tâches publiques. Le rapport va par ailleurs dans la même direction que l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné.¹⁴⁶² A notre avis, ces liens d'intérêts devraient également être publiés, par exemple dans l'annuaire en ligne mentionné plus haut.

591

5. La réglementation des déclarations d'intérêts au niveau cantonal

Alors qu'aucun canton ne connaît un régime de déclarations d'intérêts pour ses agents publics, plus d'un tiers des cantons connaît l'obligation pour les membres du Conseil d'Etat de déclarer leurs intérêts.¹⁴⁶³ Les cantons de Schwyz, de Fribourg, de Genève et d'Appenzell Rhodes-Extérieures ont inscrit cette obligation dans leur constitution.¹⁴⁶⁴ Il est intéressant de noter que la majorité de ces régimes a été introduite au cours des dernières dix années, la réglementation la plus récente – celle du canton de Schwyz – ayant été acceptée en votation en mars 2018. Dans la plupart des cas, les liens d'intérêts sont par ailleurs publiés dans un registre.¹⁴⁶⁵

592

¹⁴⁶¹ FF 2018 7851 (Rapport sur les liens d'intérêts). Pour la réponse peu concluante du Conseil fédéral, cf. l'avis du Conseil fédéral sur le rapport succinct de la Commission de gestion du Conseil des Etats sur la surveillance des liens d'intérêts au sein des conseils d'administration des entreprises proches de la Confédération, à l'exemple du cas de la présidente du conseil d'administration des CFF du 24 octobre 2018, FF 2018 7857.

¹⁴⁶² Cf. ci-dessus N 572.

¹⁴⁶³ A notre connaissance, il s'agit des cantons de Zurich (§ 20a Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung, RS/ZH 172.1), Schwyz (§ 45a Cst./SZ), Nidwald (art. 23 Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung, RS/NW 152.1), Zoug (§ 4 Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrates, RS/ZG 151.2), Fribourg (art. 88 Cst./FR ; art. 12a Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration, RS/FR 122.0.1 ; art. 13 s. Loi sur l'information et l'accès aux documents, RS/FR 17.5), Soleure (§ 44 Gesetz über das Staatspersonal 126.1), Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 67 al. 4 Cst./AR ; art. 7 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RS/AR 142.12), Saint-Gall (art. 3 Geschäftsordnung der Regierung, RS/SG 141.2), Argovie (§ 2a Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung, RS/AG 153.100) et Genève (art. 104 Cst./GE). Dans certains cantons, les conseillers publient leurs intérêts, même en l'absence d'une base légale formelle, cf. p. ex. les sites internet des conseillers d'Etat lucernois.

¹⁴⁶⁴ Cf. le § 45a Cst./SZ, l'art. 88 al. 2 Cst./FR, l'art. 104 Cst./GE et l'art. 67 al. 4 Cst./AR. Depuis la votation du 4 mars 2018, les membres élus des autorités cantonales fribourgeoises doivent non seulement publier leurs liens d'intérêts, mais également les revenus qu'ils tirent de leur mandat ainsi que les revenus des activités en lien avec celui-ci, cf. art. 139a Cst./FR.

¹⁴⁶⁵ Le canton de Genève y fait exception, dans la mesure où ces données sont contenues dans un registre consultable sur demande par toute personne majeure domiciliée dans le canton ou disposant des droits

593 Dans certains cantons, les membres du Conseil d'Etat doivent déclarer tous leurs intérêts ;¹⁴⁶⁶ dans d'autres cantons, la loi prévoit de manière exhaustive quelles données doivent être annoncées.¹⁴⁶⁷ Dans tous les cantons disposant d'une législation à ce sujet, les membres du Conseil d'Etat doivent annoncer leurs fonctions au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des personnes morales de droit privé ou de droit public ou au sein de groupes d'intérêts.¹⁴⁶⁸ Certaines lois cantonales obligent également les magistrats à divulguer des informations relatives à leur situation patrimoniale. Ainsi, les conseillers d'Etat zurichois et argoviens doivent déclarer leurs participations dans les entreprises de droit privé si elles s'élèvent à au moins 5% du capital-actions ou des droits de vote.¹⁴⁶⁹ La réglementation genevoise va encore plus loin : les candidats au Conseil d'Etat doivent également indiquer s'ils ont des dettes supérieures à CHF 50'000.-, à l'exclusion des dettes hypothécaires, s'ils sont à jour avec le paiement de leurs impôts et s'ils font l'objet d'une procédure civile, excepté celles concernant le droit de la famille, ou d'une procédure pénale ou administrative.¹⁴⁷⁰ Enfin, dans quelques cantons, outre l'obligation de publier régulièrement leurs liens d'intérêts, les membres du Conseil d'Etat dont les intérêts personnels sont directement concernés par un objet sont tenus de le signaler lorsqu'ils s'expriment sur cet objet.¹⁴⁷¹

6. Appréciation

594 La législation fédérale en matière de déclarations d'intérêts est fragmentée. Tandis que les membres du Conseil fédéral ainsi que le personnel de l'administration centrale ne sont pas soumis à l'obligation de déclarer leurs intérêts de manière préventive et systématique, une telle obligation existe pour les membres des commissions extraparlimentaires et également, depuis 2017, pour les membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit public ou de droit privé.

politiques cantonaux. Les informations sont détruites dès que les résultats de l'élection sont validés, cf. l'art. 24 *Loi sur l'exercice des droits politiques*, RS/GE A 5 05.

¹⁴⁶⁶ Cf. les réglementations nidwaldienne (art. 23 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/NW 152.1), zougnoise (§ 4 *Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrats*, RS/ZG 151.2), appenzelloise (art. 7 al. 4 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/AR 142.12), saint-galloise (art. 3 *Geschäftsordnung der Regierung*, RS/SG 141.2) et genevoise (art. 104 Cst./GE).

¹⁴⁶⁷ Cf. les réglementations zurichoise (§ 20a *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung*, RS/ZH 172.1), fribourgeoise (art. 13 al. 2 let. b *Loi sur l'information et l'accès aux documents*, RS/FR 17.5), soleuroise (§ 44 *Gesetz über das Staatspersonal*, RS/SO 126.1) et argovienne (§ 2a al. 1 let. a *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung*, RS/AG 153.100).

¹⁴⁶⁸ Cf. p. ex. les réglementations fribourgeoise (art. 13 al. 2 *Loi sur l'information et l'accès aux documents*, RS/FR 17.5) et appenzelloise (art. 7 al. 3 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/AR 142.12).

¹⁴⁶⁹ Cf. le § 20a *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung*, RS/ZH 172.1, et le § 2a al. 1 let. a *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung*, RS/AG 153.100.

¹⁴⁷⁰ Cf. l'art. 24 al. 5 *Loi sur l'exercice des droits politiques*, RS/GE A 5 05.

¹⁴⁷¹ Cf. p. ex. les réglementations nidwaldienne (art. 24 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/NW 152.1) et appenzelloise (art. 7 al. 4 *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, RS/AR 142.12).

Outre le fait qu'une technique législative peu adéquate a été utilisée pour cette révision récente de l'OLOGA, le choix de soumettre certains hauts fonctionnaires à cette réglementation et d'autres pas nous paraît discutable. En effet, au lieu de créer une nouvelle catégorie de personnel – au point qu'il devient difficile pour les personnes concernées de connaître leurs obligations –, on aurait pu s'en tenir à la catégorisation établie dans d'autres domaines, voire soumettre de manière générale tous les hauts fonctionnaires à une obligation de déclarer et de publier les liens d'intérêts, peu importe s'ils appartiennent à l'administration centrale ou décentralisée. Les liens d'intérêts de tous les hauts fonctionnaires pourraient ensuite être publiés dans un registre unique au niveau fédéral. En outre, dans les secteurs particulièrement exposés aux conflits d'intérêts, les liens d'intérêts des hauts fonctionnaires devraient à notre avis être publiés pour permettre aux citoyens de procéder à un contrôle ; cette obligation de publication doit être prévue en outre dans une loi. Enfin, il convient également de critiquer l'absence d'obligation pour les membres du Conseil fédéral de déclarer leurs intérêts ; une telle disposition permettrait aux citoyens de contrôler la bonne application du devoir de récusation.

595

De plus, nous estimons que la déclaration d'intérêts (et leur publication) s'impose également pour certains privés exécutant des tâches publiques. Une nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral confirme que ces derniers peuvent le cas échéant être contraints, par le biais de l'accès aux documents officiels, de publier leurs liens d'intérêts. De même, un rapport de 2018 de la Commission de gestion du Conseil des Etats souligne les risques de réputation importants que peuvent entraîner les liens d'intérêts des membres du conseil d'administration des entreprises proches de la Confédération. Ces développements montrent que l'intégrité de l'administration publique est une problématique qui va au-delà de l'administration centrale et de l'administration décentralisée ; les privés exécutant des tâches publiques doivent également être pris en compte dans la réflexion générale, notamment en ce qui concerne la déclaration d'intérêts.

596

Enfin, nous pouvons constater que les réglementations cantonales sur la déclaration d'intérêts vont plus loin que certaines réglementations fédérales, du moins en ce qui concerne l'obligation de déclarer faite aux membres du Conseil d'Etat. L'absence de réglementations s'appliquant aux hauts fonctionnaires cantonaux est cependant critiquable au vu de l'intégrité de l'administration publique.

597

VIII. Le devoir de récusation

1. La problématique

a) Généralités

Il arrive que les agents publics aient un intérêt personnel dans une affaire qu'ils doivent traiter dans le cadre de leur travail. Etant au service de l'Etat et donc soumis à l'obligation de défendre l'intérêt public, ils se trouvent dans une situation où cet intérêt

598

public entre en conflit avec leurs intérêts privés. Nous avons analysé ci-dessus plusieurs mesures qui visent à *prévenir* les situations de conflit d'intérêts, par exemple la réglementation des activités accessoires ou l'interdiction d'accepter des avantages. Il est néanmoins possible que l'agent public soit confronté, malgré tout, à une situation de conflit d'intérêts. La manière la plus classique pour lui de gérer une telle situation consiste à se récuser, c'est-à-dire à s'abstenir de traiter l'affaire.

b) *Le but*

599 Le but du devoir de récusation est d'écarter la personne qui est en situation de conflit d'intérêts du processus administratif de sorte qu'elle ne puisse pas exercer d'influence sur l'issue de ce dernier. Le devoir de récusation vise ainsi à garantir des processus administratifs équitables menés par des agents publics intègres.¹⁴⁷²

c) *Les standards internationaux*

600 La plupart des textes internationaux en matière d'intégrité de l'administration publique ne traitent pas expressément du devoir de récusation. On peut néanmoins citer la recommandation de l'OCDE relative aux lignes directrices en matière de conflits d'intérêts qui prévoit une règle générale à cet égard : « Lorsqu'un conflit ne risque pas de se produire fréquemment, il peut être opportun que l'agent public concerné conserve son poste actuel, mais ne participe pas aux décisions sur les dossiers visés, par exemple en laissant le soin de décider à une tierce partie indépendante, en ne prenant pas part à un vote, en se retirant lors des débats sur les propositions et les projets en cause ou en ne recevant pas les documents et autres informations se rapportant à son intérêt privé »¹⁴⁷³.

601 Mentionnons en outre les garanties internationales d'un procès équitable qui englobent le droit à un tribunal indépendant et impartial, notamment l'article 6 par. 1 CEDH et l'article 14 par. 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies* (Pacte II).¹⁴⁷⁴ Ces garanties visent cependant avant tout les autorités du pouvoir judiciaire et ne s'appliquent que rarement directement aux autorités administratives – et encore moins si ces dernières n'agissent pas par la voie de la décision administrative.¹⁴⁷⁵

d) *Le devoir de récusation en procédure administrative et hors procédure administrative*

602 Dans le contexte juridique suisse, on peut distinguer deux types de devoir de récusation : le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative et le devoir de récusation hors procédure administrative. Le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative non contentieuse menant à une décision formelle ou

¹⁴⁷² Cf. notamment les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 4.

¹⁴⁷³ Cf. ch. 1.2.2 c) Recommandation de l'OCDE relatives aux lignes directrices en matière de conflits d'intérêts de 2003.

¹⁴⁷⁴ RS 0.103.2.

¹⁴⁷⁵ Cf. FELLER, Art. 10, N 1, qui exclut toute applicabilité directe de l'art. 6 par. 1 CEDH à la procédure devant les autorités administratives. Cf. également THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 294.

d'une procédure de recours interne est reconnu et pratiqué depuis longtemps. Il fait partie des garanties générales de procédure, ancrées à l'article 29 Cst. et a donné lieu à une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral.

En revanche, les discussions autour du devoir de récusation dans le cadre de tout autre processus ou mode d'action de l'administration publique – « hors procédure administrative de décision » – sont plus récentes. Ce deuxième type de devoir de récusation a cependant gagné en importance avec la diversification des modes d'action de l'Etat. En plus de la décision administrative, l'administration publique se sert aujourd'hui de moyens d'action tels que les contrats administratifs, l'information, les recommandations, les *gentlemen's agreement*, les rapports d'évaluation ou encore les plans.¹⁴⁷⁶ Dans certains domaines, l'Etat agit également en vertu du droit privé, par exemple en ce qui concerne l'acquisition de matériel. Dès que l'Etat agit en vertu d'un autre mode que la décision administrative, les garanties procédurales – et donc le devoir de récusation valant en procédure administrative – ne s'appliquent plus, ou plus de la même façon.¹⁴⁷⁷ Cette situation est délicate, dans la mesure où les conflits d'intérêts des agents publics ne surgissent pas seulement en procédure administrative, mais également hors procédure administrative. Le devoir de récusation hors procédure administrative vise donc à combler cette lacune.

603

La question du devoir de récusation hors procédure administrative se trouvait au cœur de l'affaire Giroud-Tornay dans le canton du Valais. Le vigneron valaisan Dominique Giroud a fait l'objet, à partir de 2011, de plusieurs procédures administratives et pénales en raison d'anomalies dans son dossier fiscal. En 2013, il a été révélé que Maurice Tornay, à l'époque des faits conseiller d'Etat valaisan, était à la tête de l'entreprise qui représentait Dominique Giroud auprès du fisc valaisan. Maurice Tornay dirigeait également l'organe de révision de Giroud Vins SA, société appartenant à Dominique Giroud. Ayant cessé ses activités professionnelles après son élection au Conseil d'Etat, Maurice Tornay était resté actionnaire des entreprises de révision et de conseil en question. Au Conseil d'Etat, Maurice Tornay était à la tête du Département des finances et, en tant que tel, responsable du Service cantonal des contributions. En dépit de ses liens très étroits avec Dominique Giroud, il ne s'est récusé qu'en janvier 2014 dans les affaires concernant ce dernier, affirmant que « tant qu'il n'y a pas de décision formelle à prendre, la question de la récusation ne se pose pas au sein du Gouvernement »¹⁴⁷⁸. La non-récusation de Maurice Tornay dans l'affaire Giroud ne violait pas la législation. Selon nous, elle est cependant critiquable et soulève une question très délicate au regard de l'intégrité de l'administration publique.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁶ Cf. ci-dessus N 91 ss.

¹⁴⁷⁷ Cf. ci-dessous N 658 ss. Cf. également FF 1999 9086 (Rapport sur les occupations accessoires).

¹⁴⁷⁸ Rapport de la commission de gestion du Grand Conseil du canton du Valais sur le fonctionnement de l'Etat dans le cadre du dossier Giroud, décembre 2014, disponible sur le site vs.ch > Parlement > Tous les documents > Rapports de la commission de gestion. Voir également l'ATF 141 I 172 concernant la levée du secret fiscal envers la COGEST lors de l'élaboration de son rapport.

¹⁴⁷⁹ Voir également l'article « Maurice Tornay, rescapé de l'affaire Giroud », paru dans *Le Temps* du 4 décembre 2015 : selon Dick Marty, ancien conseiller aux Etats, la non-récusation de Maurice Tornay « peut être politiquement et institutionnellement discutable ».

604 La distinction entre le devoir de récusation en procédure administrative et le devoir de récusation hors procédure administrative est quelque peu artificielle puisqu'elle dépend de la définition de la notion de « procédure administrative ». En Suisse et contrairement à d'autres pays, la procédure administrative n'englobe traditionnellement que les procédures qui mènent à une décision formelle.¹⁴⁸⁰ Nous adopterons ce critère de distinction pour présenter ci-dessous le devoir de récusation en procédure administrative de décision, puis le devoir de récusation hors procédure administrative de décision. Nous reviendrons ensuite sur l'opportunité de cette distinction et sur les discussions autour d'un élargissement du champ d'application des garanties de procédure.¹⁴⁸¹

2. Le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative

605 Le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative fait l'objet d'une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral et il a été traité par de nombreux auteurs de doctrine.¹⁴⁸² Nous nous limiterons ici à donner une vue d'ensemble de la matière, en mettant un accent particulier sur le cas de la préimplication.

a) *La garantie constitutionnelle et le fondement légal*

606 Le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative trouve son fondement à la fois dans la Constitution fédérale et dans les lois de procédure. Alors que la garantie constitutionnelle est conçue comme un droit fondamental – le droit de toute personne à une autorité administrative indépendante et impartiale –, les lois sur la procédure administrative prévoient un devoir de récusation pour les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision.

607 Le droit de toute personne à une autorité administrative indépendante et impartiale fait partie des garanties générales de procédure. Il n'était pas contenu expressément dans la Constitution fédérale de 1874 ; aujourd'hui, il est consacré à l'article 29 Cst.

Sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874, le Tribunal fédéral avait déduit le droit à une autorité administrative indépendante et impartiale de l'article 4 Cst. En 1966, il a affirmé pour la première fois que les administrés avaient un droit constitutionnel à demander la récusation de membres d'un conseil communal – et donc d'une autorité administrative – ayant un intérêt personnel dans l'affaire à traiter.¹⁴⁸³ Cette jurisprudence n'est cependant devenue constante qu'à partir de 1981.¹⁴⁸⁴

¹⁴⁸⁰ Cf. ci-dessous N 659.

¹⁴⁸¹ Cf. ci-dessous N 658 ss.

¹⁴⁸² Cf. notamment SCHINDLER, *Befangenheit*.

¹⁴⁸³ Le Tribunal fédéral se basait sur la première phrase de l'art. 4 al. 1^{er} Cst. 1874 : « Tous les Suisses sont égaux devant la loi. » Voir pour le développement historique d'une telle garantie en Allemagne : FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 55 ss et notamment 58 ss. La garantie a été reconnue déjà à la fin du 19^e siècle au Royaume de Prusse.

¹⁴⁸⁴ Cf. THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 318. Voir aussi p. ex. les ATF 125 I 119, c. 3.b), 122 II 471, c. 2.a) ou 107 Ia 135, c. 2.a).

En parallèle au développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit constitutionnel à une autorité administrative indépendante et impartiale, le législateur fédéral et les législateurs cantonaux ont adopté des lois sur la procédure administrative. Celles-ci comportent un devoir de récusation pour les personnes impliquées dans une procédure administrative. Outre une liste de cas de figure spécifiques, les dispositions pertinentes contiennent une clause générale qui couvre tous les motifs de récusation non énoncés expressément. Les règles de récusation s'appliquent généralement à « toute personne appelée à rendre ou à préparer une décision » ; il n'existe donc pas de réglementations différentes selon les diverses catégories de personnel. Partant, les règles de récusation s'appliquent de la même manière aux membres du gouvernement qu'aux autres agents publics, peu importe si ces derniers sont nommés, engagés par un contrat de droit public ou un contrat de droit privé.

608

A titre d'exemple, la *Loi fédérale sur la procédure administrative* (PA)¹⁴⁸⁵ est entrée en vigueur en 1968. Son article 10 prévoit un devoir de récusation s'appliquant à toute personne appelée à rendre ou à préparer une décision si elle a un intérêt personnel dans l'affaire, si elle est liée par des liens de parenté avec une partie, si elle représente une partie ou si, pour toute autre raison, elle pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire. La non-récusation d'un agent public dans un de ces cas de figure constitue un vice formel de procédure.

609

Nous nous concentrerons ci-après sur la jurisprudence du Tribunal fédéral découlant de l'article 29 Cst. Ce faisant, nous analyserons l'aspect « droit subjectif », « droit fondamental », et non le devoir de récusation des agents publics. Par conséquent, nous ne commenterons pas en détail l'article 10 PA ni les bases légales similaires prévues au niveau cantonal.

610

Notons que les bases légales cantonales en matière de récusation dans le cadre d'une procédure administrative peuvent avoir une portée plus étendue que la garantie constitutionnelle fédérale. Citons par exemple le cas du membre d'un exécutif cantonal qui statue au sein du collège gouvernemental sur un recours dirigé contre une décision rendue par son département. Tandis que le Tribunal fédéral a décidé plusieurs fois que la garantie constitutionnelle n'exige pas du membre du Conseil d'Etat qu'il se récuse dans une telle situation,¹⁴⁸⁶ certains cantons ont expressément prévu le devoir de récusation des conseillers d'Etat dans ce cas.¹⁴⁸⁷ Ces réglementations cantonales vont donc au-delà de ce qui est garanti par la Constitution fédérale.

¹⁴⁸⁵ RS 172.021.

¹⁴⁸⁶ Cf. p. ex. l'arrêt du TF du 8 septembre 2000, 5P.284/2000, c. 4. Cette jurisprudence est critiquée en doctrine, cf. notamment STEINMANN, Art. 29, N 36 ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 129 s. ; SCHINDLER, Befangenheit, p. 165 ss. Le Tribunal fédéral « regrette » d'ailleurs cette situation (cf. l'arrêt du TF du 5 juillet 1979, ZBl 80/1979 322, c. 6.d). Notons cependant qu'avec la création de tribunaux administratifs au niveau cantonal, ces situations deviennent de plus en plus rares.

¹⁴⁸⁷ Cf. p. ex. § 18 al. 1 Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (RS/ZH 172.1), l'art. 5 Ordonnance sur l'organisation du Conseil-exécutif (RS/BE 152.11) ou le § 7 al. 1 ch. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrats (RS/ZG 151.1).

Si les réglementations légales vont moins loin que la garantie constitutionnelle, c'est évidemment cette dernière qui sera applicable.¹⁴⁸⁸

b) *La formule jurisprudentielle standard et les différentes catégories*

- 611 Selon la formule jurisprudentielle standard du Tribunal fédéral, le droit à une autorité administrative indépendante et impartiale découlant de l'article 29 Cst. permet à une partie à la procédure « d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité ; il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une des personnes impliquées ne sont pas décisives. »¹⁴⁸⁹
- 612 Il découle de cette formule que l'on ne doit pas apporter une preuve stricte de la prévention effective du membre de l'autorité administrative, dans la mesure où la disposition interne d'une personne ne peut être prouvée que difficilement. Il suffit que l'on soit en présence de circonstances extérieures, c'est-à-dire d'une situation ou d'un comportement délicats, et que ces circonstances soient constatées objectivement. On retrouve ici l'élément de l'apparence : pour demander la récusation d'un membre d'une autorité administrative, il suffit donc que la situation objective fasse naître un doute sur son impartialité, sans que cela soit effectivement le cas.
- 613 Les situations ou les comportements des membres d'une autorité administrative qui sont « de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité » peuvent être classés dans deux grandes catégories : d'une part, les situations où le membre d'une autorité administrative a un intérêt personnel ou privé¹⁴⁹⁰ dans l'affaire en question et, d'autre part, celles où ce membre n'a pas d'intérêt personnel.
- 614 Cette deuxième catégorie regroupe donc les cas où, en l'absence d'un intérêt personnel du membre de l'autorité administrative, la situation donne l'apparence de prévention. Le Tribunal fédéral distingue notamment trois cas : les prises de positions publiques, la préimplication et le « double fonctionnaire ». Dans ces cas, le juge appréciera l'indépendance et l'impartialité de la personne en question en tenant compte des fonctions de cette dernière, de l'organisation de l'autorité administrative, ainsi que du type de

¹⁴⁸⁸ Cf. p. ex. l'art. 48 de la nouvelle OPers-Swissmedic qui ne mentionne plus explicitement tous les parents et alliés mentionnés à l'article 10 PA. Cette modification n'a aucune incidence sur le devoir effectif de récusation des employés de Swissmedic appelés à rendre ou à préparer une décision.

¹⁴⁸⁹ Cf. parmi les arrêts plus récents p. ex. les arrêts du TF du 7 juillet 2015, 1C_127/2015, c. 3.1 ; du 19 mai 2014, 1C_33/2013, c. 3.1 ; ou du 1^{er} mars 2011, 1C_534/2010, c. 2.1.

¹⁴⁹⁰ Nous utiliserons l'intérêt personnel et l'intérêt privé comme des synonymes.

procédure et de l'objet du différend.¹⁴⁹¹ Il faudra donc procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt à respecter l'organisation prévue par la loi et les fonctions attribuées à l'autorité administrative et l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'autorité administrative.

c) *Le rapport avec le droit à un tribunal indépendant et impartial (art. 30 Cst.)*

La jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit à une autorité administrative indépendante et impartiale s'appuie sur celle rendue à propos du droit à un tribunal indépendant et impartial (art. 30 Cst.). Les différences quant au rôle et aux fonctions des tribunaux et des autorités administratives¹⁴⁹² ont cependant conduit le Tribunal fédéral à affirmer que les standards en matière de récusation applicables aux autorités administratives sont « moins sévères »¹⁴⁹³.

615

Nous verrons ci-dessous que les standards moins sévères s'appliquent aux cas où l'on doit procéder à une pesée des intérêts, c'est-à-dire en matière de prises de position, de préimplication et dans le cas du « double fonctionnaire ». En cas d'intérêt personnel d'un membre d'une autorité administrative, les standards en matière de récusation découlant de l'article 29 Cst. correspondent en revanche à ceux découlant de l'article 30 Cst.

616

d) *Le droit à une autorité administrative indépendante et impartiale : la casuistique du Tribunal fédéral*

Nous présenterons ci-après la casuistique du Tribunal fédéral en matière de droit à une autorité administrative indépendante et impartiale lorsque l'agent public a un intérêt personnel (i.), en cas de prises de position (ii.), de préimplication (iii.) et, enfin, dans le cas du « double fonctionnaire » (iv.). Notons que certains cas jurisprudentiels concernent l'adoption de plans d'affectation, qui sont des instruments *sui generis*, mais dont le traitement emprunte parfois celui de la décision.¹⁴⁹⁴

617

¹⁴⁹¹ WALDMANN, Art. 29, N 36. Voir pour le droit allemand FEHLING, Unparteilichkeit, p. 203, qui affirme que le niveau d'impartialité requis peut varier selon que l'administration exerce des fonctions quasi-judiciaires (« justizähnliche Rechtsverwirklichung ») ou des fonctions plutôt politiques (« politisch gestaltende Verwaltungstätigkeit »).

¹⁴⁹² Pour les différences, cf. HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 388 ; SCHINDLER, Befangenheit, p. 67 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 5 ss.

¹⁴⁹³ Cf. p. ex. les ATF 137 II 431, c. 5.2, et 125 I 209, c. 8.a) ; ou les arrêts du TF du 19 mai 2014, 1C_33/2013, c. 3.3, et du 1^{er} décembre 2015, 2C_629/2015, c. 3.1. Dans quelques arrêts plus anciens (ATF 117 Ia 408, c. 2.a), 120 Ia 184, c. 2.a) et 114 Ia 278, c. 3.b)), le Tribunal fédéral semblait affirmer que les deux garanties revêtaient la même portée ; il a cependant relativisé cette affirmation depuis lors, cf. p. ex. l'arrêt du TF du 19 mai 1998, 2P.231/1997 (ZB/100/1999 p. 74), c. 2.b).

¹⁴⁹⁴ TANQUEREL, Manuel, N 1119 ss.

i. L'intérêt personnel

- 618 Selon une formule type du Tribunal fédéral « [u]ne autorité ou l'un de ses membres a le devoir de se récuser lorsqu'elle dispose d'un intérêt personnel dans l'affaire à traiter »¹⁴⁹⁵. Comme mentionné ci-dessus, en cas d'intérêt personnel, le degré d'impartialité requis par la Constitution est le même pour les membres d'autorités administratives que pour les juges,¹⁴⁹⁶ puisqu'il s'agit de motifs de récusation inhérents à la personne et non à l'organisation ou aux fonctions de l'administration.¹⁴⁹⁷
- 619 Un membre d'une autorité administrative est dès lors tenu, dans tous les cas, de se récuser s'il est lui-même partie à la procédure.¹⁴⁹⁸ Tel est notamment le cas si le membre de l'autorité administrative ou l'entreprise qui lui appartient est l'auteur de la requête, la partie adverse ou le destinataire de l'acte administratif.¹⁴⁹⁹ Le membre de l'autorité administrative doit également se récuser s'il a un intérêt immédiat à l'issue de la procédure, c'est-à-dire si l'acte de l'administration lui procure des avantages ou s'il entraîne des désavantages pour lui.¹⁵⁰⁰ L'avantage ou le désavantage peuvent être de nature financière ou idéale, de nature juridique ou factuelle.¹⁵⁰¹ Un intérêt personnel est en outre établi s'il existe un lien de parenté proche entre le membre de l'autorité administrative et l'une des parties ou si ce membre représente l'une des parties.¹⁵⁰²

A l'instar de son premier arrêt sur l'impartialité des autorités administratives¹⁵⁰³, le Tribunal fédéral a constaté une apparence de prévention d'un maire d'une commune argovienne qui participait à la décision d'adoption d'un plan d'affectation qui concernait une parcelle appartenant à sa femme.¹⁵⁰⁴ Le maire présidait non seulement le conseil communal, mais également la commission de planification qui élaborait tous les détails du plan. Le Tribunal fédéral a souligné qu'en qualité de président de ces deux autorités, le maire pouvait exercer une grande influence sur la prise de décision, et que vu son lien de parenté avec une propriétaire concernée, l'apparence de prévention était évidente.

L'ancienne Commission de recours du Département fédéral de l'économie (aujourd'hui : Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche) a admis le devoir de récusation d'un fonctionnaire Z qui avait rédigé la décision de refus du subventionnement de l'association d'apiculteurs X. Cette dernière avait comme but la protection des espèces d'abeilles indigènes. Parallèlement à sa fonction au sein de l'Office fédéral

¹⁴⁹⁵ Arrêt du TF du 6 novembre 2012, 2D_25/2012, c. 2.3.1. Cf. également l'arrêt du TF du 23 mai 2014, 2C_1007/2013, c. 2.2, et références citées.

¹⁴⁹⁶ SCHEFER, *Kerngehalte*, p. 535 s. ; MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 271 ; WALDMANN, Art. 29, N 35. Voir KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 89 ss, pour le contenu de la garantie applicable aux autorités judiciaires.

¹⁴⁹⁷ Le Tribunal fédéral distingue entre les motifs de récusation inhérents à la personne et ceux inhérents à l'organisation de l'administration. Voir SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 111.

¹⁴⁹⁸ Cf. p. ex. l'arrêt du TF du 21 septembre 1966, ZB/68/1967 p. 53, p. 55.

¹⁴⁹⁹ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 98 et 100.

¹⁵⁰⁰ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 99.

¹⁵⁰¹ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 99. Cf. également la notion d'avantages en matière d'acceptation d'avantages, ci-dessus N 395.

¹⁵⁰² Les lois de procédure précisent souvent jusqu'à quel degré de lien de parenté, le membre de l'autorité administrative doit se récuser, cf. p. ex. l'art. 10 PA qui fixe la limite au troisième degré en ligne collatérale et ne prévoit pas de limite pour les parents ou alliés en ligne directe.

¹⁵⁰³ Arrêt du TF du 21 septembre 1966, ZB/68/1967 p. 53.

¹⁵⁰⁴ Arrêt du TF du 14 octobre 2003, 1P.316/2003.

de l'agriculture, le fonctionnaire Z était président d'une grande section de l'association d'apiculteurs B, qui avait, elle, comme but de pratiquer l'élevage de toutes les espèces d'abeilles, dont celui des espèces indigènes. L'association B se trouvait donc dans une relation de concurrence avec l'association X et le fonctionnaire donnait l'apparence de prévention.¹⁵⁰⁵

Dans une affaire fribourgeoise de 2010, le Tribunal fédéral a précisé que le seul fait qu'un conseiller communal habite « dans le quartier » concerné par un plan d'aménagement de détail sans pour autant être propriétaire ne permettait pas de douter de son impartialité en l'absence d'autres éléments concrets.¹⁵⁰⁶

Des relations professionnelles *actuelles* ou *dans le passé* avec une partie, ainsi qu'une dépendance économique de l'administration publique peuvent également constituer un intérêt personnel et conduire à l'apparence de prévention du membre de l'autorité administrative.¹⁵⁰⁷ Cependant, selon la jurisprudence, le seul fait d'avoir été un employé d'une partie à un certain stade de sa vie ne conduit pas automatiquement au devoir du membre de l'autorité administrative de se récuser. De même, le fait qu'une autorité administrative entretienne des contacts professionnels réguliers avec une entreprise privée spécifique ne suffit pas encore pour demander la récusation des agents publics de l'autorité administrative en question.¹⁵⁰⁸

620

Un arrêt phare du Tribunal fédéral concernant la transmission de données bancaires traitait de cette problématique. Dans le différend opposant le département de la justice américain (Department of Justice) à UBS SA, la FINMA, après avoir été autorisée par le Conseil fédéral à prendre toute mesure nécessaire pour éviter la poursuite pénale de la banque aux Etats-Unis, a astreint, le 18 février 2009, UBS SA à transmettre au Department of Justice les données de 255 clients de la banque. Lors de l'examen de la légalité de cette décision, le Tribunal fédéral a également traité de la récusation du président de la FINMA à l'époque des faits, Eugen Haltiner.¹⁵⁰⁹ Avant de rejoindre la FINMA, ce dernier avait travaillé pendant plusieurs décennies, pour l'UBS, au sein de laquelle il occupait un poste de cadre. Il avait également été membre de l'Executive Board d'UBS Suisse qui négociait et communiquait avec les Etats-Unis et, par là même, était impliqué

¹⁵⁰⁵ Extrait de l'arrêt de la Commission de recours DFE du 7 novembre 1994, JAAC 59.84.

¹⁵⁰⁶ Arrêt du TF du 19 janvier 2010, 1C_389/2009, c. 2.3.

¹⁵⁰⁷ SCHINDLER, Befangenheit, p. 114 ss ; pour la dépendance économique de l'administration publique cf. notamment l'ATF 137 V 210 concernant les Centres d'Observation Médicale de l'Assurance Invalidité (COMAI). Cet arrêt a été confirmé par la CourEDH (CEDH *Spycher c. Suisse*, n° 26275/12 (déc.), 10 décembre 2015). Voir également l'arrêt du TF du 14 juin 2010, 2C_36/2010, c. 3.5, où ce dernier se prononce contre un devoir strict de récusation à chaque fois que deux personnes ont auparavant travaillé ensemble, notamment au regard de la taille des cantons et communes en Suisse où le risque de rencontrer un ancien collègue à un moment ultérieur dans une autre fonction est de manière générale assez élevé. Selon DANIELA THURNHERR, ce dernier argument ne justifie pas une violation des garanties procédurales, cf. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 384. Cf. à propos de l'argument de la petite taille des cantons en matière d'indépendance des juges, SCHINDLER BENJAMIN, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, *ZB* 2016, p. 113-114.

¹⁵⁰⁸ Cf. l'arrêt du TF du 16 février 2017, 1C_488/2016, c. 3.3.3. Cf. cependant le cas du TAF du 11 novembre 2014, A-969/2014, cité ci-dessus N 211, où le TAF a vu une violation du devoir de fidélité dans le seul fait qu'un cadre entretenait des relations étroites avec des entreprises privées.

¹⁵⁰⁹ Cf., à propos du pantouflage de Eugen Haltiner, ci-dessus N 538.

dans les affaires litigieuses de la banque. Au regard de cette situation, il donnait clairement l'apparence de prévention et aurait dû se récuser.¹⁵¹⁰

D'autres exemples de jurisprudence concernent notamment : des citoyens de Samnaun (GR) ayant voté, lors de l'assemblée communale, en faveur d'un projet d'échange de terrains de l'entreprise qui les employait¹⁵¹¹ (pas de devoir de récusation) ; l'ancien conseiller d'Etat valaisan Jean-Michel Cina qui avait travaillé avant son élection dans une étude d'avocats ayant représenté une des parties de l'affaire en question dans un autre cas, mais avant que Jean-Michel Cina n'eût rejoint cette étude¹⁵¹² (pas de devoir de récusation) ; une experte dans une procédure pénale qui était employée par l'ancien employeur de l'accusé, soupçonné d'avoir commis une infraction pendant le travail¹⁵¹³ (devoir de récusation confirmé).

621 En revanche, les relations professionnelles avec une partie *après* qu'une décision a été rendue au sujet de cette partie ne semblent pas poser de problème, selon le Tribunal fédéral, du point de vue de l'indépendance et de l'impartialité.

L'ingénieur cantonal schwyzois était impliqué dans l'attribution d'un marché public dans le canton de Schwyz.¹⁵¹⁴ Peu après l'adjudication du marché à l'entreprise Y, l'ingénieur cantonal a quitté l'administration cantonale pour aller travailler pour l'entreprise Y. Une des entreprises perdantes a recouru contre la décision d'adjudication, invoquant le défaut d'indépendance et d'impartialité de l'ingénieur cantonal. Confronté à cet état de fait, le Tribunal fédéral a jugé que le rôle qu'exerçait l'ingénieur cantonal dans le processus d'attribution du marché public était subordonné et de nature purement formelle. Il n'y a donc pas eu de violation de l'article 29 al. 1 Cst. selon le Tribunal fédéral.

Cette conclusion ne nous satisfait pas : l'intégrité, ou du moins l'apparence d'intégrité, de l'administration publique n'est en effet pas assurée dans ce cas. Certes, il n'est pas possible de prouver une prévention effective de l'ingénieur cantonal, mais celui-ci donne à notre avis l'apparence de prévention dès lors qu'il a changé de travail très peu de temps après que la décision a été rendue. Le moyen principal pour prévenir ce type de situations est l'instauration d'un délai de carence.¹⁵¹⁵ Toutefois, si l'ordre juridique ne prévoit pas de telle mesure, une situation telle que celle qui s'est produite dans le cas susmentionné viole à notre avis l'article 29 al. 1 Cst. : l'ingénieur cantonal aurait dû se récuser dans la procédure menant à l'adjudication.

622 Enfin, une amitié ou une inimitié d'une certaine intensité et qualité ainsi que l'appartenance à une association, à une certaine religion ou à un parti politique peuvent, si d'autres éléments objectifs viennent confirmer la partialité, constituer un motif de récusation.¹⁵¹⁶ En revanche, pris isolément, le simple fait que les membres de l'autorité administrative et l'une des parties se connaissent ne suffit pas pour donner l'apparence

¹⁵¹⁰ ATF 137 II 431, c. 5.3.

¹⁵¹¹ Arrêt du TF du 11 juin 2010, 1C_37/2010, c. 2.3.

¹⁵¹² Arrêt du TF du 7 janvier 2011, 1C_455/2010, c. 2.3.

¹⁵¹³ Arrêt du TF du 2 décembre 2011, 1B_488/2011, c. 3.2.

¹⁵¹⁴ Arrêt du TF du 26 septembre 2011, 2C_450/2011, c. 3.

¹⁵¹⁵ Cf. ci-dessus N 491.

¹⁵¹⁶ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 112 ss et p. 126 ss.

de prévention.¹⁵¹⁷ Le Tribunal fédéral part de l'idée qu'un membre d'une autorité administrative est en mesure « d'accomplir ses tâches en toute sérénité et conformément à la loi sans égard à d'éventuelles relations amicales ou de confraternité »¹⁵¹⁸. De même, le seul fait qu'un membre de l'autorité administrative soit d'une certaine origine ethnique ne permet pas de demander sa récusation.¹⁵¹⁹

L'impression personnelle d'un avocat jugé par la Chambre de surveillance des avocats du canton du Valais selon laquelle toute la Chambre de surveillance serait de connivence avec les avocats de son ancienne étude d'avocats, membres de la Bourgeoisie sédunoise, ne permet pas de demander la récusation des membres de la Chambre de surveillance en l'absence d'éléments objectifs.¹⁵²⁰

ii. Les prises de position publiques

Les prises de position publiques avant la prise d'une décision formelle peuvent conduire au devoir de récusation d'un membre d'une autorité administrative. Elles doivent toutefois être appréciées d'une autre manière que les prises de position émanant de membres d'autorités judiciaires. Il faut notamment prendre en considération « les fonctions légalement attribuées à l'autorité administrative »¹⁵²¹ pour en apprécier la portée. Ainsi, « les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal de fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité à la procédure, ne permettent pas de conclure à l'apparence de partialité et ne justifient pas la récusation »¹⁵²². Tant que l'issue de la procédure n'est pas prédéterminée par la prise de position, celle-ci est admise. Un examen des éléments spécifiques de chaque cas est incontournable pour parvenir à une conclusion. Lors de cette analyse, il convient de prendre en compte notamment la nature de la procédure en cause, la fonction de cette procédure et l'objet du différend.¹⁵²³

623

Quant aux *sujets politiques* ou aux *projets controversés*, les membres des autorités politiques, notamment les exécutifs cantonaux et communaux, se forment souvent des opinions avant la prise de décision. Dans le cadre de leur fonction, ils sont amenés à exprimer ces opinions publiquement ou devant des commissions politiques. Ces circonstances, en l'absence d'autres éléments objectifs, ne suffisent pas pour justifier une demande de récusation.¹⁵²⁴

624

¹⁵¹⁷ Arrêt du TF du 4 mars 2010, 1C_296/2009, c. 2.3. Voir pour un exemple impliquant un juge, ATF 138 I 1.

¹⁵¹⁸ Cf. l'arrêt du TF du 4 mars 2010, 1C_296/2009, c. 2.3 (traduction par l'auteure).

¹⁵¹⁹ Cf. par analogie l'ATF 132 V 93, c. 7.3.

¹⁵²⁰ Arrêt du TF du 22 décembre 2011, 2C_794/2011, c. 3.3 et 3.4.

¹⁵²¹ Voir p. ex. ATF 125 I 119, c. 3.f).

¹⁵²² ATF 125 I 119, c. 3.f). Dans la jurisprudence récente, voir les arrêts du TF du 1^{er} décembre 2015, 2C_629/2015, c. 3.1 ; du 7 juillet 2015, 1C_127/2015, c. 3.1 ; ou du 27 mars 2015, 2C_975/2014, c. 3.2. Voir également l'arrêt du TF du 16 juillet 2001, 1P.208/2001, c. 3.b), où le Tribunal fédéral estime qu'une application trop stricte des règles de récusation dans ces cas rendrait le bon fonctionnement de l'Etat impossible, d'autant plus que ces autorités n'auraient souvent pas de membres suppléants. Selon Thurnherr, ce dernier argument ne justifie pas une atteinte aux garanties procédurales, cf. THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 384.

¹⁵²³ Arrêt du TF du 10 août 2015, 5A_107/2015, c. 3.1.

¹⁵²⁴ Cf. l'arrêt du TF du 29 juillet 2011, 8C_453/2011, c. 3.2 et 4.2. Voir également JAAC 60.2 (opinion de conseillers fédéraux sur l'emplacement d'un site de stockage de déchets radioactifs) et JAAC 68.137 (opinion

Une conseillère d'Etat saint-galloise et le chef du service juridique du même canton avaient exprimé publiquement l'opinion qu'une base légale n'était pas nécessaire pour la nouvelle répartition des requérants d'asile déboutés entre les communes en vue de recevoir l'aide d'urgence. Un requérant d'asile débouté estimait que ces deux personnes donnaient l'apparence de prévention, mais le Tribunal fédéral a jugé que ce n'était pas le cas.¹⁵²⁵

625 De plus, selon le Tribunal fédéral, on ne peut pas prendre à la lettre tout ce qu'un membre d'une autorité administrative ou exécutive dit en public. Lors d'une assemblée communale, par exemple, « dürfen Aussagen während einer Diskussion [...] nicht auf die Goldwaage gelegt werden »¹⁵²⁶. En revanche, si le membre de l'autorité administrative « s'est forgé une opinion inébranlable avant même d'avoir pris connaissance de tous les faits pertinents de la cause »¹⁵²⁷, la personne concernée doit se récuser.¹⁵²⁸

Lors de l'assemblée communale d'une commune lucernoise, la maire avait souligné tous les avantages que le projet de construction d'un centre de logistique d'une grande entreprise représentait pour la commune et elle avait confirmé sa conformité au plan de zones. Selon le Tribunal fédéral, ce type de communication fait partie des tâches d'un exécutif communal et ne saurait rendre la maire partielle. Toutefois, celle-ci avait également soutenu, au début de l'assemblée communale, que les projets industriels prévus devaient être promus à tout prix et que toute opposition devait être combattue par tous les moyens. L'on ne pouvait pas partir de l'idée que la maire allait examiner la demande d'autorisation de construire de manière impartiale, parce qu'elle connaissait les personnes opposées au projet et qu'elle avait déjà discuté avec elles de leur opposition. Elle aurait dû se récuser.¹⁵²⁹

626 Par ailleurs, le membre d'une autorité administrative est tenu de se récuser si ses actions ou ses prises de position laissent prévoir qu'il a porté un *jugement de valeur* dans un cas donné.¹⁵³⁰ Ceci est notamment le cas si le membre d'une autorité administrative a expressément manifesté son antipathie envers l'une des parties¹⁵³¹ ou s'est déclaré prêt à déposer une plainte pénale contre l'une des parties¹⁵³². En revanche, dans le cas inverse, c'est-à-dire si une partie a déposé une plainte pénale contre le membre d'une autorité administrative, ce dernier ne doit pas automatiquement se récuser.¹⁵³³ Des

du Conseil fédéral sur la valeur initiale du point tarifaire du système tarifaire TARMED). Pour le sujet connexe de l'engagement des exécutifs dans les campagnes précédant les votations populaires voir UHLMANN, Neutralität, p. 218 ss et les références citées.

¹⁵²⁵ Arrêt du TF du 29 juillet 2011, 8C_453/2011, c. 3.2 et 4.2.

¹⁵²⁶ Arrêt du TF du 3 février 2010, 1C_436/2009, c. 2.4.

¹⁵²⁷ Cf. p. ex. les arrêts du TF du 6 mars 2012, 1C_442/2011, c. 2.1.

¹⁵²⁸ Voir en plus l'arrêt du TF du 6 mars 2012, 1C_442/2011 (prise de position dans un message du Conseil d'Etat valaisan adressé au Grand Conseil, pas de prévention) et l'arrêt du TF du 16 août 2017, 1C_477/2016 (prise de position d'une conseillère d'Etat thurgovienne en faveur d'un projet de construction d'une installation de biogaz avant la décision d'autorisation de construire).

¹⁵²⁹ Arrêt du TF du 3 février 2010, 1C_436/2009.

¹⁵³⁰ Cf. p. ex. l'arrêt du TF du 11 novembre 2015, 1B_328/2015, c. 3.2 et 3.4.

¹⁵³¹ Cf. l'arrêt du TF du 1^{er} décembre 2015, 2C_629/2015, c. 3.1, et l'arrêt du TF, 2A.364/1995, ZB/99/1998 p. 289, c. 3.b) et c).

¹⁵³² ATF 97 I 91, c. 3.

¹⁵³³ Arrêt du TF du 23 mai 2014, 2C_1007/2013, c. 2.2. Partant, il n'y a pas non plus un devoir de récusation en cas de plainte pénale d'un tiers contre le membre de l'autorité administrative qui se rapporte à une procédure précédente concernant le même prévenu, cf. arrêt du TF du 1^{er} mai 2015, 1B_13/2015, c. 3.1.

propos polémiques, maladroits ou simplement déplacés ne sauraient pas non plus suffire pour demander la récusation d'un membre d'une autorité administrative si, par ailleurs, il n'a pas manifesté une opinion préconçue.¹⁵³⁴ De même, le constat d'un fonctionnaire que l'administré se trouve dans une situation défavorable au vu de toutes les circonstances du cas d'espèce ou un préavis négatif ne sont pas de nature à démontrer une apparence de prévention.¹⁵³⁵

Enfin, le membre d'une autorité administrative qui commet des erreurs de procédure ou fait une application erronée du droit de fond ne saurait être suspecté de partialité.¹⁵³⁶ Ce type d'erreur peut être corrigé au moyen d'un recours contre la décision. La récusation se justifie, en revanche, si le membre de l'autorité administrative « commet des erreurs de procédure ou d'appréciation particulièrement lourdes ou répétées, qui doivent être considérées comme des violations graves de ses devoirs et dénotent l'intention de nuire »¹⁵³⁷.

627

iii. La préimplication

A l'origine développé pour les autorités judiciaires, le motif de prévention de la « préimplication », appelée également « participation précédente »¹⁵³⁸, gagne en importance depuis une vingtaine d'années en ce qui concerne les autorités administratives.¹⁵³⁹ La préimplication (« Vorbefassung » ou « Mehrfachbefassung » en allemand) désigne les situations où un membre de l'autorité administrative intervient deux ou plusieurs fois dans la même affaire, soit dans la même fonction, soit dans deux fonctions différentes, et est de ce fait appelé à traiter de questions identiques ou similaires.¹⁵⁴⁰ Une telle personne pourrait avoir, de par son implication antérieure, une idée préconçue sur l'affaire à traiter et, partant, l'issue de la procédure serait prédéterminée.

628

Toute personne ayant participé à la première décision peut être prévenue dans une deuxième décision, peu importe si elle a rendu ou seulement préparé la décision. Il doit s'agir de la même cause, c'est-à-dire du même état de fait, de la même situation.¹⁵⁴¹ La personne en question doit ensuite avoir agi *ès qualité* à un stade antérieur de la procédure. C'est par exemple le cas si le maire d'une commune fait partie du jury d'un con-

¹⁵³⁴ Arrêt du TF du 24 janvier 2011, 8D_1/2010, c. 4.4. Voir également l'arrêt du TF du 10 août 2015, 5A_107/2015, où la vice-présidente de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte du canton de Soleure avait émis une opinion « provisoire », ce qui ne suffisait pas pour donner l'apparence de prévention.

¹⁵³⁵ L'arrêt du TF du 1^{er} mars 2011, 1C_534/2010, c. 2.2 ; et l'arrêt du TF du 30 décembre 2011, 2C_831/2011, c. 3.3.

¹⁵³⁶ Arrêt du TF du 1^{er} juillet 2011, 8C_217/2011, c. 3.1.

¹⁵³⁷ ATF 125 I 119, c. 3.e).

¹⁵³⁸ Cf. BOVAY, Procédure, p. 138.

¹⁵³⁹ Cf. SCHINDLER, Befangenheit, p. 144 s. Ce développement est en partie dû à l'ancrage des garanties générales de procédure dans la Constitution.

¹⁵⁴⁰ Cf. p. ex. l'arrêt du TF du 16 février 2017, 1C_488/2016, c. 3.4.1. Cf. également SCHINDLER, Befangenheit, p. 146 ss.

¹⁵⁴¹ Deux litiges ayant un lien de connexité fort entre eux peuvent le cas échéant également être considérés comme étant la même cause, cf. SCHINDLER, Befangenheit, p. 149.

cours d'architecture de par sa fonction de maire et qu'il autorise ensuite la construction.¹⁵⁴² Enfin, les questions à traiter au cours des deux interventions doivent être les mêmes ou du moins similaires.¹⁵⁴³

629 Depuis 2007, le Tribunal fédéral utilise en outre le concept de la « préimplication systémique » (« systembedingte Mehrfachbefassung »);¹⁵⁴⁴ elle se distingue de la préimplication simple du fait que la situation de préimplication est due à l'organisation du système de décision. En d'autres termes, si le traitement de la même cause à plusieurs reprises par la même personne est prévu par la loi, la préimplication doit être qualifiée de systémique.¹⁵⁴⁵ Si le Tribunal fédéral constate que l'on se trouve dans une situation de préimplication systémique, le membre de l'autorité administrative ne doit pas se récuser pour ce seul fait: « Liegt die amtliche Mehrfachbefassung damit im öffentlichen Interesse und ist sie in diesem Sinn systembedingt, so liegt nicht bereits darin eine unzulässige Vorbefassung »¹⁵⁴⁶. La préimplication systémique représente donc une exception à la règle générale. Le Tribunal fédéral justifie cette exception en argumentant que « [l]a répartition des fonctions et l'organisation choisies par le législateur compétent font [...] partie des critères dont il importe de tenir compte pour apprécier »¹⁵⁴⁷ une éventuelle violation de l'article 29 al. 1 Cst.

Les trois arrêts suivants illustrent la notion de « préimplication systémique ». Dans les deux premiers arrêts, le Tribunal fédéral admet une situation de préimplication systémique ; en revanche, dans le troisième, il estime que le cas de figure n'entre pas dans cette catégorie, car la situation n'était pas prévue par la loi.

A, membre de la commission cantonale des monuments historiques (« kantonale Denkmalpflege ») du canton des Grisons, et B, conseiller communal en matière de constructions (« kommunaler Bauberater »), faisaient partie du jury d'un concours d'architecture. Ils ont tous les deux voté pour le projet qui avait finalement remporté le concours. Lors de la décision formelle sur l'autorisation de construire, A et B. devaient formuler des prises de position par rapport au projet de construction. Selon le Tribunal fédéral, cette situation constituait une préimplication systémique : la loi communale sur les constructions prévoyait explicitement que les responsables communaux devaient, en cas de modification de monuments historiques, être inclus dans le processus de conception d'un projet de construction. Dès lors que l'implication de A et B dans la phase

¹⁵⁴² ATF 140 I 326.

¹⁵⁴³ Cf. l'ATF 132 II 485, c. 4.5 où le Tribunal fédéral a jugé que les questions qui se posaient dans la première et dans la deuxième procédure étaient fondamentalement différentes.

¹⁵⁴⁴ Le Tribunal fédéral utilise cette notion régulièrement depuis 2007. Cf. notamment l'arrêt du TF du 16 mai 2007, 1A.11/2007, c. 3.5.2 ; l'arrêt du TF du 11 juin 2007, 1P.48/2007, c. 4.3 ; l'arrêt du TF du 8 septembre 2009, 1C_150/2009, c. 3.5 ; l'ATF 140 I 326, c. 5.2 ; l'arrêt du TF du 3 octobre 2014, 1C_138/2014, c. 3.1 (à propos d'un cas d'une autorité judiciaire) ; l'arrêt du TF du 5 mai 2015, 1C_96/2014, c. 2.1 ; l'arrêt du TF du 16 février 2017, 1C_488/2016, c. 3.1 ss ; et l'arrêt du TF du 22 août 2018, 6B_623/2018, c. 1.2.1 ss.

¹⁵⁴⁵ Cf. p. ex. les arrêts du TF du 16 février 2017, 1C_488/2016, 3.4.2, et du 8 septembre 2009, 1C_150/2009, c. 3.5.3.

¹⁵⁴⁶ ATF 140 I 326, c. 5.2 et les références citées.

¹⁵⁴⁷ Arrêt du TF du 26 août 2005, 2P.77/2005, c. 3.2 (italiques ajoutés par l'auteure).

prédécisionnelle était prévue par la loi, on était en présence d'une préimplication systémique, qui, à elle seule, ne constituait pas un motif de récusation.¹⁵⁴⁸

Le Tribunal fédéral a jugé admissible que le Rectorat de l'Université de Neuchâtel intervienne à la fois comme supérieur hiérarchique et comme autorité qui prend des mesures disciplinaires : « [e]n tant qu'il existe formellement un cumul de fonctions entre la gestion de l'Université et la compétence pour adresser un avertissement à un fonctionnaire de cet établissement, ce cumul est justifié par des besoins organiques pertinents »¹⁵⁴⁹.

Enfin, l'ingénieur B avait élaboré les plans de l'amélioration foncière intégrale de la commune de Rueun (GR) et, en tant qu'auteur des plans, il avait participé aux séances de la commission des améliorations foncières de Rueun. A la suite d'une opposition formée par un citoyen contre le plan d'amélioration, la commission d'estimation (l'autorité de recours) a rendu une décision. L'ingénieur B a participé aux séances de la commission d'estimation et, en tant que greffier, il a rédigé la décision sur opposition. Selon le Tribunal fédéral, cette préimplication n'est pas systémique : certes, la loi sur les améliorations foncières prévoyait l'intervention d'un expert aussi bien pour l'élaboration des plans que pour l'élaboration de la décision sur opposition. Toutefois, la loi ne prévoyait pas que les deux fonctions devaient être confiées à la même personne : « Von einer systembedingten und damit unvermeidlichen Mehrfachbefassung kann nicht gesprochen werden »¹⁵⁵⁰. Cette situation contrevenait à l'article 29 al. 1 Cst.

Dans certains cas, une situation de préimplication systémique peut néanmoins constituer une violation de l'article 29 al. 1 Cst. Pour déterminer si l'on se trouve dans un tel cas de contre-exception, il convient d'adopter, selon le Tribunal fédéral, une approche casuistique : une « appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière »¹⁵⁵¹. Lors de cette appréciation, il faut prendre en compte notamment la *nature de la procédure en cause*, la *fonction de cette procédure* et l'*objet du différend*.¹⁵⁵²

630

La législation argovienne sur les constructions en vigueur en 2009 prévoyait la possibilité pour les administrés d'obtenir du conseil communal de Baden des renseignements sur des projets de construction complexes, par le biais d'une demande préalable¹⁵⁵³. Le conseil communal était par ailleurs également compétent pour statuer sur les demandes d'autorisation de construire. Dans le cas d'espèce, les administrés ont déposé une demande préalable. Les membres du conseil communal étaient, de ce fait, préimpliqués dans la procédure formelle. Le Tribunal fédéral a qualifié cette préimplication de systémique, car prévue par la loi. Il a néanmoins estimé qu'en l'espèce, l'article 29 al. 1 Cst. était violé : la prise de position émise par le conseil communal de Baden en réponse

¹⁵⁴⁸ Arrêt du TF du 16 mai 2007, 1A.11/2007.

¹⁵⁴⁹ ATF 125 I 119, c. 3.g).

¹⁵⁵⁰ Arrêt du TF du 11 juin 2007, 1P.48/2007, c. 4.4.

¹⁵⁵¹ ATF 125 I 119, c. 3.f) et les arrêts du TF du 26 août 2005, 2P.77/2005, c. 3.2, et du 16 février 2017, 1C_488/2016, c. 3.4.2.

¹⁵⁵² L'ATF 140 I 326, c. 5.2, et références citées (traduction par l'auteure).

¹⁵⁵³ Il ne faut toutefois pas confondre la demande préalable (« Voranfrage ») avec la décision préalable (« Vorentscheidverfahren ») qui, elle, est une véritable procédure administrative aboutissant à une décision.

à la demande préalable était très concrète et détaillée, elle concernait un domaine dans lequel la commune disposait d'une grande marge de manœuvre et, de plus, les maîtres d'ouvrage avaient minutieusement suivi les remarques du conseil communal. Partant, l'issue de la procédure formelle semblait prédéterminée.¹⁵⁵⁴

Dans une affaire genevoise, le Tribunal fédéral a également constaté un cas de préimplication systémique contraire à l'article 29 al. 1 Cst. Après une enquête interne contre X concernant une plainte pour mobbing, l'Office du personnel a confirmé un cas de mobbing et a proposé au Conseil d'Etat de prononcer un blâme. Un recours contre cette proposition (appelée malencontreusement « prise de position ») a été rejeté par le Conseil d'Etat (1^{ère} procédure). Peu après, la Direction générale de la santé a prononcé un blâme à l'encontre de X en s'appuyant sur la prise de position de l'Office du personnel ainsi que sur le jugement sur recours rendu par le Conseil d'Etat. X a recouru contre cette décision auprès du conseiller d'Etat en charge du département concerné et a demandé la récusation de ce dernier (2^{ème} procédure). Le Tribunal fédéral a affirmé que « s'agissant [...] de la qualification juridique des faits pertinents, la procédure disciplinaire dépend dans une très large mesure – si ce n'est pas entièrement – des constatations et des conclusions faites lors de la première procédure. Une fois admis que la plaignante a été victime d'actes de mobbing et que son supérieur en est l'auteur, il reste en effet peu de place à l'autorité intimée pour considérer qu'une sanction ne se justifie pas, si ce n'est, éventuellement, en opportunité ». Vu qu'en l'espèce, les différentes autorités concernées ont repris « machinalement » les conclusions du rapport d'enquête, le conseiller d'Etat était prévenu et ne pouvait pas prendre part à la procédure disciplinaire.¹⁵⁵⁵

Enfin, le Tribunal administratif fédéral a statué dans un cas récent que l'organisation interne de la FINMA ne permettait pas de traiter les demandes d'action en responsabilité en conformité avec l'article 29 Cst.¹⁵⁵⁶ La réglementation en vigueur à l'époque des faits prévoyait que l'organe responsable des décisions d'*enforcement* était également responsable des demandes d'indemnisation ; l'organe mis en cause jugeait donc son propre travail. Selon le Tribunal administratif fédéral, « l'on ne perçoit pas comment dit organe peut juger de manière impartiale et équitable quant à savoir s'il a lui-même correctement agi »¹⁵⁵⁷. Le directeur de la FINMA donnait donc l'apparence de prévention.

- 631 Une grande partie des arrêts du Tribunal fédéral sur la préimplication systémique concernent le domaine de l'aménagement du territoire et le droit des constructions. Il est justifié d'examiner ces arrêts de plus près, dans la mesure où le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence détaillée.¹⁵⁵⁸ La problématique récurrente est la suivante : le maître d'ouvrage qui souhaite réaliser un projet de construction a un

¹⁵⁵⁴ Arrêt du TF du 8 septembre 2009, 1C_150/2009.

¹⁵⁵⁵ Arrêt du TF du 4 novembre 2004, 2P.56/2004, c. 3.1 ss.

¹⁵⁵⁶ Arrêt du TAF du 8 novembre 2017, A-3504/2016.

¹⁵⁵⁷ Arrêt du TAF du 8 novembre 2017, A-3504/2016, c. 4.3.2.

¹⁵⁵⁸ Voir p. ex. l'arrêt de la Direction des travaux publics du canton de Berne du 24 avril 1991, publié au JAB 1992 218 ; l'arrêt du TF du 9 septembre 1992, 1P.224/1991, *ZB*/95/1994 p. 66 ; les arrêts du TF du 16 mai 2007, 1A.11/2007 ; du 11 juin 2007, 1P.48/2007 ; du 8 septembre 2009, 1C_150/2009 ; du 16 octobre 2012, 1C_100/2012 ; l'ATF 140 I 326 et les arrêts du TF du 3 octobre 2014, 1C_138/2014, et du 10 août 2015, 1C_903/2013.

intérêt à connaître, avant d'élaborer les plans concrets et détaillés, l'avis des autorités compétentes sur le projet. Cet avis peut être obtenu de manière informelle, par la voie d'un simple renseignement de l'autorité compétente pour octroyer les autorisations de construire, ou dans le cadre d'une procédure formalisée de « décision préalable »¹⁵⁵⁹. Dans la majeure partie des cas, l'autorité qui a renseigné l'administré ou qui a rendu la décision préalable statue également sur la véritable demande d'autorisation de construire ; ce cas de figure constitue une préimplication systématique. Ici encore, il convient selon le Tribunal fédéral de prendre en compte le type de procédure, la fonction de la procédure et l'objet du différend pour savoir si la préimplication est admissible ou non au regard de l'article 29 al. 1 Cst.

En 2014, le Tribunal fédéral a précisé cette approche dans un cas concernant la problématique de l'activité informelle en amont d'une procédure formelle de demande d'autorisation de construire. Il a jugé que, dans le cas d'espèce, le rôle de l'autorité était très similaire à celui d'un juge et qu'il était donc justifié d'appliquer par analogie les critères valant pour apprécier la prévention des membres d'autorités judiciaires.¹⁵⁶⁰ Dès lors, il convient notamment d'examiner *les différentes questions à trancher* par l'autorité ou par les autorités aux différents stades de la procédure et l'analogie ou l'interdépendance qui pourrait exister entre ces questions, *l'étendue du pouvoir de décision* dont disposent les autorités par rapport à ces questions ainsi que la *fermeté* avec laquelle le membre d'une autorité administrative ou l'autorité se sont prononcés sur ces questions la première fois.¹⁵⁶¹

632

En matière d'aménagement du territoire et de droit public des constructions, le Tribunal fédéral distingue quatre situations :

(1) Prise de position sur des questions abstraites à titre indicatif : à cet égard, il n'y a, en règle générale, pas de risque de prévention. Le Tribunal fédéral renvoie à l'arrêt 1C_100/2012 du 16 octobre 2012 concernant le conseil communal d'Oberkirch (LU) qui avait, sur demande informelle, écrit aux intéressés que l'autorisation de construire pouvait, en principe (« grundsätzlich »), être octroyée. Ce renseignement n'avait pas conduit à la prévention des membres du conseil communal pour trois raisons : premièrement, le conseil communal avait émis une réserve (« en principe ») ; deuxièmement, aucune question concrète ou technique ne s'était posée et, troisièmement, les problèmes juridiques ne touchaient pas au domaine de l'autonomie communale.

(2) Réponse à des questions concrètes : lorsque l'autorité répond de manière précise et détaillée à des questions qui concernent le projet concret, il existe un risque de prévention.¹⁵⁶² C'était le cas dans l'arrêt argovien présenté ci-dessus. La prise de position

¹⁵⁵⁹ Une telle procédure formalisée existe dans tous les cantons sauf dans les cantons de Lucerne et Soleure sous des appellations très diverses : « Vorentscheid » (ZH, UR, SZ, OW, NW, BL, SH, AG, TG), « generelle Baubewilligung/permis de construire général » (BE), « Bauermittlung » (GL, ZG, AR, AI), « generelles Baubegehren » (BS), « Vorbescheid » (SG), « vorläufige Beurteilung » (GR), « licenza preliminare » (TI), « autorisation préalable d'implantation » (VD), « décision préalable » (FR, VS), « sanction préalable » (NE), « demande préalable » (GE), « demande générale de permis » (JU).

¹⁵⁶⁰ ATF 140 I 326, c. 6.2.

¹⁵⁶¹ ATF 140 I 326, c. 5.1 et 6.3.

¹⁵⁶² Cf. l'arrêt du TF du 8 septembre 2009, 1C_150/2009, présenté ci-dessus N 630 .

émise par le conseil communal de Baden en réponse à une demande préalable était très concrète et détaillée, concernait un domaine dans lequel la commune dispose une grande marge de manœuvre et, de plus, les maîtres d'ouvrage avaient minutieusement suivi les remarques du conseil communal. L'issue de la procédure n'était plus ouverte et les membres du conseil communal concernés auraient dû se récuser.

(3) Véritables conseils pratiques : il se peut qu'un membre d'une autorité administrative ou qu'une autorité réponde de manière précise aux questions posées par le maître d'ouvrage, coopérant avec ce dernier à tel point que l'on doive constater qu'ils agissent en tant que véritables conseillers. Dans ce cas, le membre de l'autorité administrative concerné ou l'autorité en question donnent clairement l'apparence de prévention.¹⁵⁶³ Tel était le cas dans l'ATF 140 I 326 : non seulement les deux conseillers communaux avaient agi en tant que véritables conseillers du maître d'ouvrage, mais les questions à traiter en amont et lors de la procédure formelle étaient quasiment identiques et la commune disposait d'une grande marge de manœuvre.

(4) Décision préalable obligatoire rendue dans une procédure formalisée : enfin, si le droit cantonal prévoit une procédure formelle de décision préalable, les mêmes personnes ne pourront pas statuer deux fois sur les mêmes questions.

¹⁵⁶³ Cf. l'ATF 140 I 326.

Le tableau suivant présente la jurisprudence rendue jusqu'à aujourd'hui en matière de préimplication systématique.

633

Tableau 4 : Le devoir de récusation en cas de préimplication

Première intervention	Deuxième intervention	Devoir de récusation lors de la deuxième intervention ?
Décision formelle	Décision formelle	<p>1^{ère} étape</p> <p>Fonction plutôt judiciaire ou administrative ?</p> <p>Evaluer à l'aide des critères suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - préimplication prévue par la loi ? - nature de la procédure en cause - fonction de cette procédure - objet du différend <hr style="border-top: 1px dashed black;"/> <p>2^{ème} étape</p> <p>Si fonction plutôt judiciaire</p> <p>Evaluer à l'aide des critères suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - questions différentes ou similaires à trancher ? - étendue du pouvoir de décision des autorités ? - fermeté avec laquelle la personne s'est prononcée sur les questions la première fois
Activité informelle (unilatérale ou coopérative)	Décision formelle	<p>Trois cas de figure</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Réponse à des questions juridiques abstraites ? <i>pas de récusation</i> 2. Réponse précise et détaillée ? Evaluer à l'aide des critères suivants : <ul style="list-style-type: none"> - questions différentes ou similaires à trancher ? - étendue du pouvoir de décision des autorités ? - fermeté avec laquelle la personne s'est prononcée sur les questions la première fois 3. Réponse très précise : véritable conseiller ? <i>Récusation</i>

iv. Le « double fonctionnaire »

Enfin, il convient de mentionner le cas du « double fonctionnaire » (« Doppel-funktionär »¹⁵⁶⁴). S'il n'est pas contesté qu'un fonctionnaire siégeant dans un conseil d'administration d'une entreprise privée est tenu de se récuser lorsqu'il est confronté, dans l'exercice de ses fonctions d'agent public, à un cas impliquant cette entreprise¹⁵⁶⁵, le cas est moins clair en ce qui concerne l'agent public qui siège dans un conseil d'administration d'une entreprise publique ou semi-publique et qui y

634

¹⁵⁶⁴ Cf., pour un examen approfondi de cette problématique, STÖCKLI, *Behördenmitglieder*, p. 625 ss.
¹⁵⁶⁵ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 100 s. Voir ci-dessus N 620.

représente officiellement l'Etat. Dans ce cas, le double fonctionnaire exerce deux fonctions parallèlement. Les intérêts qu'il est censé défendre dans le cadre de ses deux fonctions ne coïncident pas forcément. Cela soulève notamment des questions d'impartialité dans les situations où le double fonctionnaire est amené à traiter, dans l'exercice de ses fonctions d'agent public, un cas impliquant l'entreprise publique ou semi-publique. Est-il alors tenu de se récuser ?

635 Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, lorsqu'un fonctionnaire traite d'un cas où l'entreprise publique ou semi-publique, dont il est également membre du conseil d'administration, est partie à la procédure, il ne doit pas se récuser.¹⁵⁶⁶ « Un magistrat qui représente la collectivité publique dans une société publique ou mixte, exerce cette tâche dans l'intérêt public et ne défend pas ses intérêts privés »¹⁵⁶⁷. La doctrine récente critique cependant cette jurisprudence.¹⁵⁶⁸

e) *L'activité informelle en amont d'une procédure formelle : un motif de récusation ?*

636 Nous avons vu plus haut qu'il existait un risque de prévention des membres des autorités administratives en cas d'activité informelle en amont de la procédure formelle, dans la mesure où celle-ci peut prédéterminer l'issue de celle-là.¹⁵⁶⁹ Cette problématique existe notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire et du droit des constructions, mais elle peut se produire également dans d'autres domaines. A chaque fois qu'une autorité administrative agit de manière informelle, il existe le risque que les procédures formelles – qui sont censées garantir la pondération objective des différents intérêts en jeu en prenant en compte les positions de toutes les parties intéressées – soient « court-circuitées ». L'accord auquel parviennent l'autorité administrative et la partie privée concernée n'est certes pas juridiquement valable. Il n'empêche qu'une telle entente risque fortement de préjuger de l'issue de la procédure formelle.¹⁵⁷⁰ Dans un tel cas, l'issue de cette dernière ne semble plus entièrement ouverte, mais plutôt prédéterminée. La procédure formelle perd donc sa pertinence et ne permet plus d'assurer la protection des éventuelles tierces parties. Dans le pire des cas, la procédure formelle devient une simple formalité, un prétexte.

637 La jurisprudence développée en matière d'aménagement du territoire devrait à notre avis être élargie à toute situation où l'activité informelle en amont d'une procédure formelle peut se révéler déterminante. En d'autres termes, un membre d'une autorité administrative devrait se récuser dans la procédure menant à une décision à chaque fois qu'il s'est prononcé auparavant de manière détaillée et précise sur une question concernant un administré.¹⁵⁷¹

¹⁵⁶⁶ Voir notamment les ATF 103 Ib 134 et 107 Ia 135, la décision du Conseil fédéral du 6 novembre 2002, JAAC 68.33, et STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 634 ss.

¹⁵⁶⁷ ATF 107 Ia 135, c. 2.b) (traduction par l'auteure).

¹⁵⁶⁸ Pour les critiques, cf. notamment STÖCKLI, Behördenmitglieder, p. 640 ss. Voir également HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 447 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 430 ss.

¹⁵⁶⁹ Cf. ci-dessus N 632.

¹⁵⁷⁰ Cf. FEHLING, Unparteilichkeit, p. 75.

¹⁵⁷¹ Cf. également HÄNNI DOMINIQUE, commentaire de l'ATF 140 I 326, RDAF I 2015, p. 348.

On nous objectera qu'un élargissement de l'obligation de se récuser va à l'encontre de la logique même de l'activité informelle, parce qu'il représente une restriction de l'activité informelle. En effet, l'administration publique recourt à l'activité informelle précisément parce que cette dernière ne répond pas à des règles formelles. Si le devoir de récusation était trop élargi, un agent public pourrait se sentir dissuadé de répondre aux questions des administrés, de peur qu'il doive se récuser par la suite. Outre un impact potentiellement négatif sur la communication entre les administrés et les agents publics, il pourrait en outre résulter que ces derniers soient dissuadés, de manière plus générale, d'agir de manière informelle, et ce même si le recours aux accords informels était indiqué compte tenu des circonstances. Cela pourrait rendre l'activité administrative plus lourde. Enfin, un devoir de récusation trop strict concernant l'activité informelle pourrait conduire l'agent public à avoir recours à une activité encore plus informelle pour conserver toutes ses libertés.

638

Certes, on ne peut pas nier les tensions évidentes entre, d'une part, l'utilité de l'activité informelle pour l'administration publique et, d'autre part, la protection procédurale des administrés.¹⁵⁷² Les conséquences négatives qui peuvent en découler ne constituent cependant pas, à notre avis, des arguments assez forts pour ne pas vouloir améliorer la protection procédurale des administrés. Selon nous, il faut donc élargir la jurisprudence susmentionnée à toute situation où l'activité informelle en amont d'une procédure formelle peut se révéler prédéterminante. Par ailleurs, d'autres mesures complètent la protection procédurale des administrés lorsque l'administration publique agit de manière informelle ; c'est notamment le cas de l'obligation de déclarer les intérêts, dont il a été question plus haut, ou des mesures de transparence que nous analyserons plus loin. Ces mesures permettent aux administrés de détecter d'éventuels liens indus entre les privés et l'administration publique ainsi que d'éventuels abus de pouvoir de cette dernière.

639

3. Le devoir de récusation hors procédure administrative

Dans la partie qui suit, nous traiterons du devoir de récusation hors procédure administrative. Contrairement au devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative, les bases légales en matière de devoir de récusation hors procédure administrative ont pour la plupart été introduites au cours des dernières années. Il n'existe que peu de jurisprudence à cet égard.

640

a) *Le devoir de récusation hors procédure administrative au niveau fédéral*

Au niveau fédéral, il existe des réglementations expresses dans ce domaine pour les membres du Conseil fédéral, le personnel soumis à l'OPers ainsi que le personnel de certaines unités décentralisées. En revanche, la LPers ne contient pas de réglementation sur la récusation hors procédure administrative. Ajoutons cependant que le Tribunal administratif fédéral a jugé dans un arrêt récent que le devoir de

641

¹⁵⁷² Cf., à propos de cette question, FEHLING, Unparteilichkeit, p. 315 ss.

récusation hors procédure découlait directement du devoir de fidélité des agents publics.¹⁵⁷³

i. La réglementation applicable aux membres du Conseil fédéral

642 La loi fédérale sur l'organisation de l'administration fédérale de 1914 prévoyait déjà un devoir de récusation hors procédure administrative pour les membres du Conseil fédéral.¹⁵⁷⁴ Il a été repris à l'article 20 al. 1 LOGA selon lequel un membre du Conseil fédéral se récuse lorsqu'il a un intérêt personnel direct dans une affaire. Comparée au devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative où un membre du Conseil fédéral doit se récuser en cas d'intérêts personnels, la réglementation de l'article 20 al. 1 LOGA est donc légèrement plus restreinte : elle requiert l'existence d'un intérêt personnel *direct*.

643 Un intérêt est considéré comme direct au sens de l'Aide-mémoire CF si la personne est, « du fait de sa proximité avec une affaire, considérablement plus concernée qu'une autre, notamment en raison de relations personnelles ou économiques »¹⁵⁷⁵. La proximité en raison de relations personnelles est admise si un membre de la famille, un ami très proche ou un ennemi proclamé est touché par l'affaire.¹⁵⁷⁶ La proximité en raison de relations économiques peut être admise si le membre du Conseil fédéral a entretenu pendant de longues années une relation professionnelle avec une personne concernée par l'affaire.¹⁵⁷⁷ Enfin, l'intérêt doit être personnel, c'est-à-dire que le membre du Conseil fédéral en question doit être intéressé lui-même par l'issue de l'affaire.¹⁵⁷⁸ Cela peut notamment être le cas si une affaire a des conséquences majeures sur la situation financière de ce membre du Conseil fédéral.¹⁵⁷⁹ Ajoutons encore que la défense des intérêts d'un parti politique, de régions ou de la société n'est jamais considérée comme intérêt personnel direct.¹⁵⁸⁰

La non-récusation du conseiller fédéral Guy Parmelin lors des discussions au Conseil fédéral sur une loi accordant des privilèges fiscaux aux agriculteurs en cas de vente de terrains agricoles constitue un exemple d'actualité. Après son élection au Conseil fédéral, Guy Parmelin, alors copropriétaire d'un tel terrain, a transmis ce dernier à son frère. La loi prévoit cependant que, le cas échéant, les membres de la famille profitent également des avantages fiscaux ; il a en outre été constaté que ces privilèges fiscaux ne concernent que très peu de personnes en Suisse. On peut donc estimer que Guy Parmelin était notablement plus concerné par l'affaire que les autres membres du Conseil fédéral et qu'il aurait dû se récuser.¹⁵⁸¹

¹⁵⁷³ Arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.2, cf. ci-dessous N 648.

¹⁵⁷⁴ SÄGESSER, Art. 20, N 1. Il était formulé légèrement différemment.

¹⁵⁷⁵ Ch. 2.5 Aide-mémoire CF et SÄGESSER, Art. 20, N 17 ss.

¹⁵⁷⁶ SÄGESSER, Art. 20, N 18 ss.

¹⁵⁷⁷ SÄGESSER, Art. 20, N 21.

¹⁵⁷⁸ SÄGESSER, Art. 20, N 22 ss.

¹⁵⁷⁹ SÄGESSER, Art. 20, N 23.

¹⁵⁸⁰ SÄGESSER, Art. 20, N 25.

¹⁵⁸¹ Cf. dans le même sens SCHINDLER BENJAMIN, Parmelin und die Steuerprivilegien. Wann Bundesräte in den Ausstand treten müssen, *NZZ* en ligne du 13 mai 2016.

De même, on pourrait dire que les membres du Conseil fédéral ne doivent pas se récuser en cas de discussion sur une nouvelle loi sur l'assurance-maladie, malgré le fait qu'ils sont tous des assurés et qu'ils sont donc directement concernés par l'affaire. En revanche, si l'un des conseillers fédéraux est propriétaire d'une assurance-maladie, il est notablement plus concerné que les autres.

Enfin, un membre du Conseil fédéral devrait à notre avis également se récuser s'il détient une participation importante dans une entreprise privée impliquée dans l'affaire qui est traitée par le Conseil fédéral.¹⁵⁸² Il est dans ce cas considérablement plus concerné que d'autres personnes en raison de ses relations économiques.

L'article 4 Org CF prévoit la procédure à suivre lorsqu'il existe un motif de récusation. Le membre du Conseil fédéral concerné ne peut ni participer à la préparation de la décision, ni à la procédure de co-rapport concernant une affaire, ni être présent lors des délibérations ni, enfin, participer à la prise de décision.¹⁵⁸³ 644

ii. La réglementation applicable au personnel soumis à l'OPers

En 1999, la Commission de gestion du Conseil national s'était déjà prononcée en faveur de l'introduction de règles de récusation plus larges. Le Conseil fédéral estimait cependant que la réglementation de l'époque était suffisante.¹⁵⁸⁴ En 2009, près de dix ans plus tard, le Conseil fédéral a adopté l'article 94a OPers dont l'alinéa premier prévoyait un devoir de récusation restreint, en lien avec le pantouflage.¹⁵⁸⁵ La version actuelle de l'article 94a OPers, désormais entièrement consacré au devoir de récusation, est entrée en vigueur en 2012.¹⁵⁸⁶ 645

Selon l'article 94a al. 1 OPers, « les employés se récusent lorsqu'ils ont un intérêt personnel dans une affaire ou risquent d'être partiaux pour d'autres motifs. L'apparence de partialité suffit à motiver la récusation ». Cette formulation très large englobe tout type d'intérêt ou de motif, d'ordre familial, financier ou autre. L'alinéa 2 let. a du même article prévoit qu'est réputée être un motif de partialité notamment « toute relation de proximité particulière, d'amitié ou d'inimitié personnelle entre l'employé et une personne physique ou morale impliquée dans un dossier ou participant à un processus de décision ou concernée par celui-ci ». La lettre b du deuxième alinéa traite un cas de figure plus particulier. Ainsi, « l'existence d'une offre d'emploi d'une personne physique ou morale impliquée dans un dossier ou participant à un processus de décision ou concernée par celui-ci » est également réputée être un motif de récusation. La loi fait ici explicitement référence aux mouvements de personnel du secteur public vers le secteur privé, c'est-à-dire au pantouflage.¹⁵⁸⁷ 646

¹⁵⁸² Cf. au sujet des participations également ci-dessus N 305 s. et N 576.

¹⁵⁸³ Cf. art. 4 al. 3 et 4 Org CF. Cf. SÄGESSER, Art. 20, N 35, concernant la procédure différente – sans motifs pertinents – en cas de récusation selon la PA.

¹⁵⁸⁴ Cf. FF 1999 9086 (Rapport sur les occupations accessoires) et FF 2000 4568 (Réponse CF au rapport sur les occupations accessoires).

¹⁵⁸⁵ Cf. ci-dessus N 514.

¹⁵⁸⁶ RO 2012 4483.

¹⁵⁸⁷ Cf. ci-dessus N 476 ss.

Dans les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, le Conseil fédéral donnait des exemples de récusation hors procédure administrative : une offre d'emploi a été annoncée, existe déjà ou a déjà été acceptée par l'agent public ; une partie est représentée par un ancien collègue de travail ; la détention de participations financières dans une entreprise impliquée dans l'affaire à traiter ; l'existence d'une relation de mandat entre l'agent public et une partie ; la préimplication de l'agent public dans la même affaire mais dans une autre fonction (activité accessoire, charge publique, témoin, conseiller, etc.).¹⁵⁸⁸

647 A l'instar de ce qui vaut pour la récusation en procédure administrative, il ne faut pas apporter la preuve que l'agent public est effectivement partial ; la présence de circonstances extérieures constatées objectivement qui donnent l'apparence de prévention suffit. Dans les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, le Conseil fédéral soulignait cependant qu'il convient de faire preuve de mesure dans l'application de la disposition de sorte à ne pas rendre l'administration incapable d'agir.¹⁵⁸⁹

648 En plus du devoir de récusation, les agents publics ont également un devoir d'annonce de tout motif inévitable de partialité (art. 94a al. 3 OPers).¹⁵⁹⁰ L'annonce doit intervenir en temps utile, c'est-à-dire assez à l'avance pour que l'affaire puisse, le cas échéant, être transmise à un autre employé et pour éviter des dépenses administratives inutiles.¹⁵⁹¹ En cas de doute, le supérieur décide si l'agent public en question doit se récuser ou non.

L'agent public A avait repris dans le cadre de sa fonction un mandat d'audit extraordinaire de l'entreprise B. A entretenait une amitié très proche avec l'ancien CEO de B. Au moment de la reprise du mandat, l'ancien CEO avait déjà quitté l'entreprise B depuis deux ans. Au vu de cette situation, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il n'existait pas de conflit d'intérêts patent. Il ne pouvait toutefois pas être exclu que la situation donne l'apparence de prévention. Il s'ensuit que l'agent public aurait dû annoncer ce motif de partialité au supérieur qui aurait ensuite pris la décision finale. Le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il s'agissait là d'une violation légère du devoir d'annoncer les conflits d'intérêts.¹⁵⁹²

649 Ajoutons encore que dans les cas où le devoir de l'article 94a OPers dépasse la portée de l'article 10 PA, il constitue selon le Conseil fédéral un devoir relevant du droit de la fonction publique et non un devoir procédural.¹⁵⁹³ Dans ces cas, la violation du devoir n'a donc aucune conséquence sur le plan procédural, mais elle peut avoir des

¹⁵⁸⁸ Cf. les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 4 s.

¹⁵⁸⁹ Cf. les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 4.

¹⁵⁹⁰ Cf. ci-dessus N 214.

¹⁵⁹¹ Cf. les explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 5.

¹⁵⁹² Arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 6.3.2.

¹⁵⁹³ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 5.

conséquences disciplinaires.¹⁵⁹⁴ Nous reviendrons sur cette problématique ci-dessous.¹⁵⁹⁵

iii. Les réglementations de certaines unités décentralisées

Certaines unités décentralisées connaissent leurs propres règles en matière de récusation hors procédure administrative. Ces réglementations correspondent largement à celle contenue dans l'OPers.¹⁵⁹⁶ Nous nous focaliserons ci-après sur deux dispositions spéciales. 650

Ces réglementations se trouvent au niveau de l'ordonnance (p. ex. METAS et Swissmedic), d'autres seulement dans les codes de comportement (p. ex. FINMA et IFSN). A l'instar de ce que nous avons dit pour les opérations pour compte propre et pour les obligations de déclarer des intérêts, nous estimons que les règles en matière de devoir de récusation hors procédure administrative devraient être prévues au moins au niveau de l'ordonnance sur le personnel.

D'une part, les codes de conduite de l'IFSN et de la FINMA contiennent une clause visant expressément le cas du passage du secteur privé au secteur public. Ainsi, les employés de ces deux entités sont tenus de se récuser dans les affaires dans lesquelles ils ont été eux-mêmes activement impliqués avant d'entrer au service de l'IFSN ou de la FINMA.¹⁵⁹⁷ Contrairement à l'OPers qui vise le cas particulier de l'offre d'emploi d'une entreprise privée, soit le mouvement de personnel du secteur public vers le secteur privé, ces deux codes de conduite visent le cas inverse. 651

D'autre part, le code de conduite de la FINMA prévoit des règles « restreintes » de récusation pour les membres du conseil d'administration ou de la direction ainsi que les cadres du plus haut niveau hiérarchique. Ces personnes ne sont tenues de se récuser que dans deux cas bien précis, à savoir lorsqu'elles traitent des affaires concernant des assujettis pour lesquels elles ont travaillé jusqu'à l'année précédente ou dans lesquels elles détiennent des participations sous leur gestion personnelle ou qui leur accordent des conditions préférentielles susceptibles de créer un rapport de dépendance.¹⁵⁹⁸ *A contrario*, dans toute autre éventualité hors procédure administrative, les personnes visées ne doivent pas se récuser. Cette réglementation est sinon arbitraire, du moins surprenante, étant donné que les personnes visées sont celles qui détiennent le plus de pouvoir au sein de la FINMA. Nous avons vu à plusieurs reprises que lorsqu'un employé fait partie des cadres supérieurs, il doit d'autant plus respecter le devoir de fidélité et se comporter de manière intègre. Les règles « restreintes » de récusation prévues dans le code de conduite de la FINMA prévoient toutefois le contraire. Ne reposant pas sur des motifs objectifs et sérieux, cette réglementation est à notre avis contraire à la Constitution et notamment à l'exigence constitutionnelle d'intégrité.¹⁵⁹⁹ 652

¹⁵⁹⁴ Explications relatives à la modification de l'OPers du 15 août 2012, p. 5.

¹⁵⁹⁵ Cf. ci-dessous N 658 ss.

¹⁵⁹⁶ Cf. p. ex. la réglementation de METAS, art. 15 al. 3 OPers-METAS.

¹⁵⁹⁷ Cf. art. 10 al. 1 let. c Code de conduite IFSN et art. 14 al. 1 let. d Code de conduite FINMA.

¹⁵⁹⁸ Cf. art. 15 Code de conduite FINMA.

¹⁵⁹⁹ Cf. ci-dessous N 977 ss.

iv. Appréciation

653 Eu égard à la diversification des modes d'action de l'Etat intervenue au cours des dernières décennies, une réglementation du devoir de récusation hors procédure administrative est selon nous nécessaire en vue de garantir l'intégrité de l'administration publique. La réglementation actuelle fragmentée de cette problématique ne nous semble cependant pas adéquate ; certaines réglementations sont en outre contraires à la Constitution.¹⁶⁰⁰ A l'instar de ce qui est prévu pour le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative, il conviendrait selon nous d'introduire une réglementation générale – par exemple dans la LPers ou la PA – s'appliquant à tous les agents publics, qu'ils travaillent pour l'administration centrale ou décentralisée. Une telle réglementation découle à notre avis de l'exigence d'intégrité de l'administration publique : celle-ci vaut non seulement dans le cadre d'une procédure administrative, mais dans tout processus administratif.¹⁶⁰¹

b) *Le devoir de récusation hors procédure administrative au niveau cantonal*

654 Au niveau cantonal, le devoir de récusation hors procédure administrative est régi tant par des dispositions constitutionnelles (i.) que par des réglementations légales (ii.).

i. Les dispositions constitutionnelles cantonales

655 Près de la moitié des constitutions cantonales contiennent une disposition sur la récusation des membres du pouvoir exécutif ou des agents publics.¹⁶⁰² La plupart des dispositions s'adressent aux membres du Conseil d'Etat, certaines également aux agents publics de l'administration cantonale. La constitution zurichoise prévoit même que toutes les « personnes investies d'une tâche publique » doivent se récuser si elles sont concernées directement.¹⁶⁰³ Si l'on prend cette disposition constitutionnelle à la lettre, le devoir de récusation est très large, s'appliquant non seulement aux agents publics mais également à tous les privés exécutant des tâches publiques.¹⁶⁰⁴ Quant aux motifs de récusation, les personnes doivent se récuser, selon la grande majorité des dispositions constitutionnelles, si elles ont un intérêt personnel direct dans une « affaire »¹⁶⁰⁵. La constitution tessinoise adopte une formulation plus vague : les membres des autorités doivent se récuser dès lors que « l'indépendance ou l'impartialité est compromise ».¹⁶⁰⁶

¹⁶⁰⁰ Cf. ci-dessus N 652 pour les règles « restreintes » applicables aux membres du conseil d'administration et de la direction de la FINMA.

¹⁶⁰¹ Cf. également ci-dessous N 658 ss.

¹⁶⁰² Cf. les articles 43 Cst./ZH, 68 al. 4 Cst./BE, 78 Cst./UR, 77 Cst./GL, 74 Cst./BS, 58 Cst./BL, 45 Cst./SH, 64 Cst./AR, 69 al. 5 Cst./AG, 31 Cst./TG, 55 Cst./TI, 49 Cst./NE.

¹⁶⁰³ Cf. l'art. 43 Cst./ZH.

¹⁶⁰⁴ La disposition n'est cependant concrétisée par la législation cantonale qu'en ce qui concerne le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative, cf. § 5a *Verwaltungsrechtspflegegesetz*, RS/ZH 175.2.

¹⁶⁰⁵ Terme utilisé dans les constitutions des cantons de Berne et Vaud. Les autres termes utilisés sont « Geschäfte » (ZH, UR, BS, BL, SH, AI, AG), « Sache » (GL), « Angelegenheit » (TG).

¹⁶⁰⁶ Art. 55 Cst./TI. L'art. 15 al. 1 *Regolamento sull'organizzazione del Consiglio di Stato e dell'Amministrazione* (RS/TI 172.210) précise cependant que les membres du Conseil d'Etat doivent se récuser s'ils ont un intérêt personnel direct.

Les dispositions constitutionnelles sont formulées de manière très générale ; elles n'indiquent en particulier pas directement si le devoir de récusation ne s'applique que dans le cadre d'une procédure administrative ou s'il s'applique également hors procédure administrative. On pourrait déduire de l'interprétation littérale de ces dispositions – elles contiennent le terme « affaires » et ne se réfèrent pas explicitement à la procédure administrative –, que celles-ci s'appliquent à tout processus administratif. Ajoutons que l'article 94a al. 1 OPers, analysé ci-dessus et prévoyant explicitement le devoir de récusation hors procédure administrative, se sert également du terme « affaire ». Il n'est donc à notre avis pas exclu que les dispositions constitutionnelles mentionnées constituent la base constitutionnelle d'un droit général à une autorité administrative indépendante et impartiale, que ce soit dans le cadre d'une procédure administrative ou hors procédure administrative.

656

ii. Les réglementations légales

Une minorité des cantons disposent de réglementations légales expresses du devoir de récusation hors procédure administrative pour les conseillers d'Etat ou les agents publics.¹⁶⁰⁷ Le contenu de ces réglementations correspond généralement à ce qui est prévu pour les membres du Conseil fédéral : les personnes visées doivent se récuser lorsqu'elles ont un intérêt personnel direct dans une affaire.¹⁶⁰⁸ Il convient de mentionner en particulier la réglementation du canton d'Uri qui régit ce domaine de manière originale. En plus de l'article 78 de la Constitution uranaise ancrant le principe de la récusation, le peuple uranais a en effet adopté une loi entière sur le devoir de récusation, qui vise à garantir que les personnes visées ne se laissent pas influencer par des intérêts privés.¹⁶⁰⁹ Elle est applicable aux membres des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, au niveau cantonal et communal, ainsi qu'à toutes les commissions et à tous les organes d'établissements de droit public et de corporations.¹⁶¹⁰

657

¹⁶⁰⁷ Pour le devoir de récusation des membres du Conseil d'Etat, cf. les réglementations des cantons de Zurich (§ 18 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung*, RS/ZH 172.1), Nidwald (art. 22 *Gesetz über die kantonalen und kommunalen Behörden*, RS/NW 161.1), Zoug (§ 7 *Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrats*, RS/ZG 151.1), Fribourg (art. 15 al. 2 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration*, RS/FR 122.0.1), Soleure (§ 6 *Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung*, RS/SO 122.111), et du Tessin (art. 15 *Regolamento sull'organizzazione del Consiglio di Stato e dell'Amministrazione*, RS/TI 172.210) Cf. également la réglementation du canton d'Obwald qui exclut le devoir de récusation hors procédure administrative (art. 19 al. 3 *Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung* (RS/OW 133.11). Pour les agents publics, cf. les réglementations des cantons de Nidwald (art. 53 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/NW 165.1), Soleure (§ 41 *Gesetz über das Staatspersonal*, RS/SO 126.1) et des Grisons (art. 51 *Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden*, RS/GR 170.400).

¹⁶⁰⁸ Cf. p. ex. la réglementation du canton de Nidwald (art. 22 *Gesetz über die kantonalen und kommunalen Behörden*, RS/NW 161.1, et art. 53 *Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis*, RS/NW 165.1).

¹⁶⁰⁹ *Gesetz über den Ausstand*, RS/UR 2.2321.

¹⁶¹⁰ Cf. l'art. 1^{er} *Gesetz über den Ausstand*, RS/UR 2.2321.

4. Vers un élargissement du champ d'application des garanties de procédure ?

a) La problématique

- 658 Nous avons opéré plus haut une distinction entre le devoir de récusation dans le cadre d'une procédure administrative et le devoir de récusation hors procédure administrative. Cette distinction repose essentiellement sur la définition de la notion de « procédure administrative », notion qui peut être interprétée de manière restreinte ou de manière plus large.
- 659 Selon l'interprétation restreinte, et en conformité avec l'article 1 al. 1^{er} PA, la procédure administrative désigne « l'ensemble des règles et des principes régissant la compétence, l'organisation et l'activité des autorités chargées de l'application du droit de fond *sous la forme de décision* »¹⁶¹¹. La décision étant l'instrument central de la mise en œuvre du droit administratif, il est primordial que les administrés jouissent des garanties constitutionnelles dans la procédure menant à l'adoption d'une décision. Cependant, les administrations publiques de tous les niveaux sollicitent de plus en plus de moyens d'action de l'Etat autres que la décision administrative – sans que les procédures correspondantes soient forcément formalisées.¹⁶¹²
- 660 Ce développement soulève des questions quant à la protection juridique des administrés dans le cadre d'autres « processus administratifs »¹⁶¹³ que celui menant à une décision administrative. Est-ce que les administrés devraient également bénéficier de larges garanties de procédure, et notamment du droit à une autorité indépendante et impartiale, dans les processus administratifs menant par exemple à un acte matériel, un contrat de droit privé ou un plan ? Est-ce qu'une telle exigence découle de l'article 29 al. 1 Cst. et la notion de « procédure administrative » y contenue devrait-elle donc être interprétée de manière large, englobant tout processus administratif ? C'est déjà le cas pour certains aspects des garanties procédurales : le droit d'être entendu dans une procédure d'élaboration d'un plan d'affectation découle par exemple directement de l'article 29 al. 1 Cst.
- 661 En ce qui concerne le droit à une autorité administrative indépendante et impartiale, une telle interprétation large de la notion de procédure administrative rendrait superflue la distinction entre les deux types de devoirs de récusation. Un agent public ou un membre d'une autorité aurait l'obligation de se récuser en vertu de la Constitution dès qu'il a un intérêt privé dans une affaire qu'il doit traiter dans le cadre de son travail, peu importe si le processus mène à une décision administrative ou pas.

¹⁶¹¹ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 1905 (italiques ajoutés par l'auteure). Cf. également à ce sujet TANQUEREL, Manuel, N 1452 ; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 5 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 2 et 3 ; BOVAY, Procédure, p. 69 et 101 ss. Cf. aussi MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 215 qui parlent de « procédure administrative, au sens précis, restreint du terme ».

¹⁶¹² RICHLI, Regelungsdefizit, p. 197 ; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 1025.

¹⁶¹³ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 210 ss.

Deux précisions s'imposent quant à l'analyse qui suit. Premièrement, nous nous intéresserons exclusivement à la protection procédurale *en amont* de la survenance ou de l'adoption d'un acte de l'administration publique. Nous ne nous prononcerons donc pas sur les possibilités de contrôle successif des divers actes administratifs.¹⁶¹⁴ Deuxièmement, il convient de préciser que le champ d'application de l'article 29 al. 1 Cst. peut varier selon l'aspect traité.¹⁶¹⁵ Notre analyse se focalise sur la dimension de l'indépendance et de l'impartialité des autorités administratives.

662

b) *La jurisprudence du Tribunal fédéral*

Dans un arrêt concernant une procédure de soumission, le Tribunal fédéral a jugé que les garanties de procédure découlant de l'article 4 Cst./1874 (art. 29 Cst. aujourd'hui) sont, de manière générale, « à la mesure des procédures menant à une décision »¹⁶¹⁶, et qu'elles ne s'appliquent donc pas à d'autres processus administratifs. Ainsi, il n'est pas surprenant que la jurisprudence concrétisant les garanties de l'article 29 al. 1 Cst. concerne, dans une large mesure, des décisions administratives. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a cependant apporté une précision à la règle générale : « Les garanties minimales concernant le devoir de récusation de membres d'autorités administratives et découlant directement de l'article 4 Cst. peuvent s'appliquer dans une procédure d'adjudication »¹⁶¹⁷. Avec cette phrase, le Tribunal fédéral laisse la porte ouverte à un élargissement du champ d'application du droit à une autorité indépendante et impartiale. Même si cette précision a perdu de son importance pour le domaine du droit des marchés publics – la procédure de soumission a été formalisée sous l'influence de la théorie de l'acte détachable et implique désormais forcément la prise d'une décision administrative –, elle montre que le Tribunal fédéral a reconnu qu'il pouvait exister une lacune dans la protection juridique des administrés en dehors de la procédure menant à une décision.¹⁶¹⁸ L'élaboration de plans en matière d'aménagement du territoire est un domaine où le Tribunal fédéral semble signaler une certaine volonté d'élargir le champ d'application, sans pourtant le dire explicitement.¹⁶¹⁹

663

c) *Les avis doctrinaux*

PAUL RICHLI s'est rendu compte relativement tôt de cette problématique en affirmant – en 1992 – qu'au regard des nouveaux moyens d'action de l'Etat, une réglementation de la procédure administrative qui met l'accent sur la procédure menant à une décision administrative n'est plus adaptée à la réalité de l'activité administrative.¹⁶²⁰ Alors qu'il admet que l'Etat recourt de plus en plus à des moyens d'action plus consensuels

664

¹⁶¹⁴ Les possibilités de contrôle successif des actes administratifs ont été considérablement élargies au cours des dernières décennies, notamment sous l'influence de l'art. 13 CEDH, prévoyant le droit à un recours effectif (cf. également l'art. 29a Cst.).

¹⁶¹⁵ Cf. THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 312.

¹⁶¹⁶ ATF 119 Ia 424, c. 4.b)cc (traduction par l'auteure).

¹⁶¹⁷ ATF 119 Ia 424, c. 4.b)cc (traduction par l'auteure).

¹⁶¹⁸ Cf. également THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 318.

¹⁶¹⁹ Cf. ci-dessus N 631 ss. Cf. également THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 322.

¹⁶²⁰ RICHLI, *Regelungsdefizit*, p. 197.

comme le contrat de droit administratif, il déplore l'absence de règles encadrant la procédure qui précède l'adoption des actes administratifs autres que la décision.¹⁶²¹ En se référant au droit administratif allemand, il propose l'application de la PA à l'élaboration et à la conclusion des contrats de droit administratif.¹⁶²²

665 Selon BENJAMIN SCHINDLER, toute activité administrative de l'Etat doit être conforme au principe de l'impartialité découlant de l'article 29 al. 1 Cst.¹⁶²³ Cependant, SCHINDLER tient à distinguer, d'une part, le principe général et, d'autre part, les moyens de mise en œuvre du principe : alors que les règles de récusation seraient adaptées aux procédures menant à une décision au sens de l'article 5 PA, elles le seraient moins à l'activité informelle par exemple.¹⁶²⁴ Il en conclut que la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'administration dans l'activité administrative prenant une autre forme que celle de la décision doit être réalisée à l'aide d'autres moyens, comme par exemple une interdiction des activités accessoires ou l'édiction de normes pénales.¹⁶²⁵

666 RETO FELLER traite à son tour de cette question : il nie également, de manière générale, l'application des règles de récusation à d'autres formes d'activité administrative qu'à la procédure menant à une décision. Il fait cependant une exception en ce qui concerne l'activité informelle de l'Etat. Selon lui, même si la PA ne s'applique pas, un administré peut demander la récusation de membres d'une autorité administrative en se fondant directement sur le principe général d'impartialité contenu dans l'article 29 al. 1 Cst.¹⁶²⁶

667 PIERRE MOOR et ETIENNE POLTIER analysent la protection procédurale dont bénéficient les administrés dans les processus menant à des actes matériels, des actes juridiques de droit privé, des actes juridiques bilatéraux de droit public, des décisions et des actes administratifs informels.¹⁶²⁷ Ils concluent que le niveau de protection procédurale n'est entier qu'en ce qui concerne les décisions ; pour les autres catégories d'actes, la protection est lacunaire, notamment pour les tiers concernés.¹⁶²⁸

668 DANIELA THURNHERR analyse la question de manière détaillée et à un niveau plus abstrait. Elle critique la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui, selon elle, serait trop axée sur la décision formelle, et soutient que l'indépendance et l'impartialité des autorités administratives devraient être assurées lors de l'accomplissement de toute tâche d'intérêt public, en particulier si l'acte présente un degré de concrétisation assez élevé.¹⁶²⁹ En accord avec ce postulat, elle propose notamment une nouvelle définition de la procédure administrative non contentieuse.

La procédure administrative se définirait à l'aide de quatre éléments : (1) une procédure d'obtention ou de traitement de données (2) qui est de la responsabilité d'une entité administrative ou d'une personne chargée de tâches administratives (3) menant à un acte

¹⁶²¹ RICHLI, Regelungsdefizit, p. 205.

¹⁶²² RICHLI, Regelungsdefizit, p. 198, 199 et 204.

¹⁶²³ SCHINDLER, Befangenheit, p. 79.

¹⁶²⁴ SCHINDLER, Befangenheit, p. 80 s.

¹⁶²⁵ SCHINDLER, Befangenheit, p. 87.

¹⁶²⁶ FELLER, Art. 10, N 10 ss.

¹⁶²⁷ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 213 ss.

¹⁶²⁸ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 214 s.

¹⁶²⁹ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 320 et N 1042.

matériel ou une décision au sens large et (4) qui ne vise pas le contrôle d'un acte ou à d'une décision déjà rendue. En d'autres termes, la procédure administrative non contentieuse engloberait tout « processus » qui mène à un acte administratif quelconque (décision, acte matériel, contrat de droit administratif, plan, conventions-programmes, etc.).¹⁶³⁰

Selon THURNHERR, l'accroissement de l'importance des moyens d'action consensuels et matériels demanderait également un développement des garanties procédurales¹⁶³¹ – et ceci non seulement en aval de l'acte, mais également en amont.¹⁶³² Les nouveaux moyens d'action de l'Etat seraient encore trop considérés par la doctrine comme des instruments de droit matériel, si bien que la dimension procédurale est négligée.¹⁶³³ L'auteure propose de faire dépendre une éventuelle application des garanties procédurales du besoin d'une protection juridique (« Rechtsschutzbedürfnis ») ; il en découlerait que les garanties de procédure seraient concrétisées au cas par cas.¹⁶³⁴ En pratique, un tel besoin de protection juridique pourrait surgir tant dans des situations d'élaboration d'un contrat de droit administratif qu'en amont d'un acte matériel.

669

d) Analyse

Nous avons vu que la protection constitutionnelle des administrés d'autorités administratives impartiales n'existe que dans le cadre d'une « procédure administrative » au sens de l'article 1 al. 1 PA. Nous avons également constaté que depuis plusieurs décennies, l'administration publique se sert certes encore de la décision administrative pour interagir avec les administrés, mais qu'elle utilise également nombre d'autres processus administratifs. Dans ces circonstances, il nous semble inéquitable, voire arbitraire, de refuser à l'administré le droit d'exiger la récusation d'un membre d'une autorité qui serait le cas échéant partial, pour le seul motif que cet administré ne se trouve pas dans le cadre d'une procédure menant à une décision. En d'autres termes, vu la diversité actuelle de l'activité administrative, le critère de distinction reposant sur la définition de la notion de « procédure administrative » ne semble plus adéquat, car il ne garantit plus une protection procédurale adéquate en amont de la survenance de l'acte.

670

Ce constat étant posé, il convient de trouver un critère plus adéquat. En nous ralliant à l'avis de THURNHERR, nous pensons que le critère décisif pour déterminer l'application du droit à une autorité administrative indépendante et impartiale devrait être le degré de concrétisation de l'acte en question.¹⁶³⁵ Cela signifierait que plus un acte est individuel et concret, plus l'administré concerné par l'acte en question doit pouvoir invoquer le droit à une autorité indépendante et impartiale pendant le processus qui

671

¹⁶³⁰ THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 34 ss, en particulier 68 ss.

¹⁶³¹ THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 483 et 1025.

¹⁶³² THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 1025.

¹⁶³³ THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 1026.

¹⁶³⁴ THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 1039.

¹⁶³⁵ Cf. également TSCHANNEN, *Système*, p. 177.

mène à son adoption.¹⁶³⁶ A l'inverse, plus un acte administratif concerne une situation générale et abstraite, moins il se justifie d'appliquer les règles de récusation.

Ainsi, lorsqu'une administrée s'aperçoit que l'administration publique passe des contrats avec un concurrent et qu'elle sait que ce concurrent est le mari de l'agente publique responsable de la passation des contrats en question, l'administrée devrait pouvoir exiger la récusation de l'agente partielle.

L'acte général et abstrait « par excellence » est la loi. Or, l'administration publique agit parfois également comme législateur ; on pourrait en déduire que les administrés ne peuvent jamais se prévaloir du droit à une autorité administrative indépendante et impartiale lorsque l'administration publique agit en tant que législateur. Cela n'est cependant pas forcément le cas : on peut imaginer que l'administration inclue dans l'acte normatif des règles sur des situations individuelles et concrètes – la loi décisionnelle. Dans cette éventualité, l'administrée concernée devrait pouvoir se prévaloir du droit à une autorité indépendante et impartiale.¹⁶³⁷

IX. Synthèse et perspectives

1. Synthèse

672 Dans les sections précédentes, nous avons présenté et analysé les devoirs d'intégrité des agents publics, plus précisément les réglementations sur les incompatibilités, les activités accessoires, l'acceptation d'avantages, l'utilisation induite d'informations privilégiées, le pantouflage, la déclaration d'intérêts et le devoir de récusation.

673 Au-delà du but commun de ces réglementations – préserver la confiance des citoyens à l'égard des institutions publiques et maintenir l'intégrité de l'administration publique –, nous avons observé plusieurs autres similitudes. Au niveau formel (a), nous avons constaté que la législation en matière d'intégrité est récente (i.), dense au niveau de l'ordonnance (ii.), et hétérogène et dispersée (iii.). Au niveau matériel (b), nous avons relevé à plusieurs reprises que les standards peu sévères s'appliquant aux cadres ne sont pas conformes à la Constitution (i.). En outre, le champ d'application des devoirs d'intégrité est souvent limité aux agents publics et ne s'étend pas aux privés exécutant des tâches publiques (ii.). La législation en matière d'intégrité est en outre en tension à la fois avec l'alignement du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail (iii.) et avec l'autonomisation et l'indépendance en matière de personnel des entités décentralisées (iv.). Enfin, la législation cantonale est souvent en retard par rapport à la législation fédérale, mais parfois également en avance (c).

¹⁶³⁶ Voir également FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 75, à propos de l'activité informelle d'une autorité administrative et p. 76, à propos du contrat de droit administratif.

¹⁶³⁷ Cf. WALDMANN, Art. 29, N 14 et les références citées, à propos de l'application des garanties de l'art. 29 Cst. aux procédures législatives.

a) *Les éléments formels*

i. Une législation récente

Une partie importante des règles promouvant l'intégrité des agents publics a été introduite au cours de la dernière décennie, voire des dernières années.¹⁶³⁸ Ce constat vaut tant pour la réglementation de base que pour les réglementations applicables au personnel des unités décentralisées ou aux cadres, et également pour les réglementations cantonales. L'OPers a été révisée plusieurs fois en vue d'y introduire de nouvelles obligations d'intégrité ou de nouvelles réglementations de problématiques connues auparavant. Toutefois, le Conseil fédéral s'est souvent montré réticent à l'égard de ces nouvelles réglementations ; certaines d'entre elles, notamment celles concernant le pantouflage¹⁶³⁹, les déclarations d'intérêts¹⁶⁴⁰ et le devoir de récusation hors procédure¹⁶⁴¹, ont été introduites essentiellement sur pression du GRECO ou du Parlement fédéral.¹⁶⁴² Ajoutons que les obligations d'intégrité sont souvent peu connues – et peut-être aussi peu appliquées¹⁶⁴³ –, et qu'il n'existe que peu de jurisprudence à leur égard.

674

ii. Une législation dense au niveau de l'ordonnance

Nous pouvons également observer qu'une grande partie des règles de comportement des agents publics se trouvent au niveau de l'ordonnance. Les dispositions contenues dans une loi au sens formel, et plus particulièrement dans la LPers, sont souvent peu denses. Nous pouvons citer la réglementation des activités accessoires¹⁶⁴⁴ et celles du secret de fonction.¹⁶⁴⁵ Les problématiques des opérations pour compte propre¹⁶⁴⁶, du pantouflage¹⁶⁴⁷ et des déclarations d'intérêts¹⁶⁴⁸ sont quant à elles réglementées entièrement au niveau de l'ordonnance. En ce sens, la LPers a une fonction de loi-cadre. Ce développement a une conséquence pratique importante : plutôt que de changer la loi et d'imposer de nouvelles obligations à tout le personnel soumis à la LPers, le Conseil fédéral ou les organes compétents doivent réviser chaque ordonnance sur le personnel des diverses entités.

675

iii. Une législation hétérogène et dispersée

La législation en matière d'intégrité des agents publics est en outre hétérogène. Il existe une pluralité de catégories de personnel auxquelles sont applicables des normes différentes en matière d'intégrité. En plus des catégories de base existantes¹⁶⁴⁹, le législateur

676

¹⁶³⁸ Cf. la chronologie ci-dessus N 158 ss.

¹⁶³⁹ Cf. ci-dessus N 503 ss et N 513 ss.

¹⁶⁴⁰ Cf. ci-dessus N 583.

¹⁶⁴¹ Cf. ci-dessus N 645.

¹⁶⁴² Cf. ci-dessus N 165 s. Cf. également la réglementation de l'alerte éthique, ci-dessus N 846.

¹⁶⁴³ Il a été observé que la réglementation sur le pantouflage n'était que peu appliquée, cf. ci-dessus N 526 et FF 2015 1237 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹⁶⁴⁴ Cf. ci-dessus N 314 ss.

¹⁶⁴⁵ Cf. ci-dessus N 442.

¹⁶⁴⁶ Cf. ci-dessus N 464 ss.

¹⁶⁴⁷ Cf. ci-dessus N 513 ss.

¹⁶⁴⁸ Cf. ci-dessus N 575 ss.

¹⁶⁴⁹ Cf. la vue d'ensemble ci-dessus N 180 ss.

a créé plusieurs nouvelles catégories qui ne s'insèrent pas facilement dans le cadre légal en vigueur.¹⁶⁵⁰ Elles se recoupent parfois avec une ou plusieurs autres catégories, au point qu'il est n'est pas évident, à première vue, de savoir quelles règles s'appliquent à quels agents publics, cela d'autant plus que certains agents publics peuvent se voir appliquer plusieurs ensembles de règles. La législation en matière d'intégrité constitue donc un exemple de ce que le Conseil fédéral a appelé la « dispersion du droit du personnel »¹⁶⁵¹. Une telle dispersion peut nuire à la sécurité du droit et saper la fonction de coordination de la LPers¹⁶⁵²

b) *Les éléments matériels*

i. La non-conformité à la Constitution des règles moins sévères applicables aux cadres

677 Nous avons vu que les cadres sont souvent soumis à des règles spéciales. Citons notamment la législation spéciale s'appliquant aux cadres des entreprises et établissements de la Confédération (art. 6a LPers et la réglementation d'exécution dans l'OSaC), les règles de l'OPers qui ne s'appliquent qu'aux cadres ou aux agents avec certaines responsabilités et les règles spéciales contenues dans l'OLOGA. Nous avons observé à plusieurs reprises, en particulier en ce qui concerne les réglementations des entités décentralisées, que ces réglementations ne sont pas plus sévères que celles s'appliquant aux agents subalternes ; elles sont parfois même moins sévères que la réglementation de base.¹⁶⁵³

678 Cette situation est à notre avis contraire à l'exigence constitutionnelle d'intégrité de l'administration publique, mais également à l'égalité de traitement, au principe de l'intérêt public et à l'interdiction de l'arbitraire. En effet, les cadres soumis à ces réglementations moins sévères sont généralement les personnes les plus exposées aux conflits d'intérêts, et, par conséquent, au risque de comportements non intègres. Elles interagissent quotidiennement avec le secteur privé, surveillent des entreprises privées ou réglementent des domaines entiers. En outre, nous verrons plus loin que le comportement exemplaire des cadres en matière d'intégrité est primordial pour créer une culture d'intégrité au sein de l'administration publique.¹⁶⁵⁴ Ces éléments montrent que l'adoption d'une réglementation plus sévère s'impose. Nous pouvons donc constater que certaines réglementations en matière d'intégrité violent la Constitution fédérale.

¹⁶⁵⁰ P. ex. la catégorie « membres des conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération assumant des fonctions de surveillance ou de réglementation » (en matière de pantouflage, ci-dessus N 531 ss), la catégorie « cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale » (en matière de pantouflage, ci-dessus N 521 ss) ou la catégorie « membres des organes de direction des organisations de la Confédération et des représentants de la Confédération au sein d'organisations de droit ou de droit privé » (en matière de déclaration d'intérêts, ci-dessus N 586 ss).

¹⁶⁵¹ FF 2015 1240 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹⁶⁵² FF 2015 1240 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹⁶⁵³ Voir, en matière d'activités accessoires, ci-dessus N 346, 357 ss et 361 ss ; en matière d'acceptation d'avantages, ci-dessus N 418 ; en matière d'opérations pour compte propre, ci-dessus N 475 (absence de réglementation) ; en matière de pantouflage, ci-dessus N 542 et 548 ; en matière de récusation hors procédure administrative, ci-dessus N 652.

¹⁶⁵⁴ Cf. ci-dessous N 744 ss.

ii. Un champ d'application limité aux agents publics

La grande majorité des obligations d'intégrité s'applique aux employés de l'administration centrale et des unités décentralisées. Le critère déterminant pour imposer des devoirs d'intégrité aux personnes est le rapport de travail avec l'administration. Ce n'est qu'exceptionnellement que les privés auxquels a été confiée une tâche publique doivent également respecter des devoirs d'intégrité.¹⁶⁵⁵ Cependant, l'exigence d'intégrité de l'administration publique nécessiterait à notre avis l'application de certains devoirs d'intégrité aux privés exécutant des tâches publiques, du moins dans certaines circonstances ; nous reviendrons sur ce point ci-dessous.¹⁶⁵⁶

679

iii. Une législation en tension avec l'alignement du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail

La législation en matière d'intégrité est en tension avec l'objectif – proclamé notamment par le Conseil fédéral¹⁶⁵⁷ – d'aligner le droit de la fonction publique sur le droit privé du travail, en particulier par l'abolition du statut de fonctionnaire, l'engagement sur la base d'un contrat de travail et l'introduction du travail par objectifs.¹⁶⁵⁸ Or, l'introduction et le renforcement des obligations d'intégrité contrecarrent ces efforts. Ces obligations tendent en effet à imposer des devoirs spécifiques aux agents publics, qui se justifient principalement par la nature publique de la fonction qu'exercent ces derniers. De plus, ces devoirs spécifiques se traduisent souvent par une restriction plus importante des droits fondamentaux des agents publics. Les réglementations en matière d'intégrité soulignent donc la différence qui existe – et qui existera vraisemblablement toujours – entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail.

680

En effet, l'analyse des différentes obligations d'intégrité nous révèle le caractère irréductible de la figure de l'agent public, de la personne au service de l'administration publique et de la chose publique.¹⁶⁵⁹ Un alignement ultérieur du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail n'est donc ni souhaitable, ni opportun, ni d'ailleurs possible. En effet, il se produit alors ce qu'il arrive dans nombre de domaines que l'on voulait privatiser : le caractère public revient, voire n'a jamais été absent. Ainsi, comme le souligne Thierry Tanquerel, « lorsqu'on chasse le caractère « public » par la porte, il revient très souvent par les fenêtres et la cheminée »¹⁶⁶⁰. Les règles en matière d'intégrité en constituent un bon exemple : elles marquent le retour de l'Etat.

681

¹⁶⁵⁵ Cf. p. ex. la règle glaronaise en matière d'acceptation d'avantages (ci-dessus N 423 et 428) les développements récents en matière de déclaration d'intérêts (ci-dessus N 572, 589 et 596).

¹⁶⁵⁶ Cf. ci-dessus N 697 ss.

¹⁶⁵⁷ Cf. FF 2011 6172 (Message modification LPers 2011) et ci-dessus N 102 s.

¹⁶⁵⁸ Cf. ci-dessus N 102 s.

¹⁶⁵⁹ Après la vague de privatisation des rapports de droit public, certains auteurs songent d'ailleurs à une « re-publicisation » de la matière, cf. notamment pour la doctrine italienne CARINGELLA/MAZZAMUTO/MORBIDELLI, Manuale, p. 651.

¹⁶⁶⁰ Phrase souvent répétée par le professeur Thierry Tanquerel lors de son cours de « Droit administratif général » donné à l'Université de Genève.

iv. Une législation en tension avec l'autonomisation et l'indépendance en matière de personnel des entités décentralisées

682 Plusieurs nouvelles règles en matière d'intégrité sont également en tension avec l'autonomisation et l'indépendance en matière de personnel des entités décentralisées de l'administration fédérale ; tel est notamment le cas de la législation sur la rémunération des cadres ou encore des modifications apportées à l'OLOGA. En dépit de l'autonomie et de l'indépendance concédées aux entités décentralisées en matière de personnel, le Parlement fédéral et le Conseil fédéral sont intervenus plusieurs fois dans le domaine de l'intégrité. Une partie de la compétence des entités décentralisées d'édicter des normes en matière de personnel a donc été re-centralisée. On peut en déduire également que le gain d'autonomie et d'indépendance en matière de personnel ne conduit pas nécessairement à une administration plus intègre.

c) *La législation cantonale : souvent en retard par rapport à la législation fédérale, parfois en avance*

683 Il ressort de notre analyse sommaire des règles cantonales que la législation cantonale en matière d'intégrité est encore peu développée. Ce retard des réglementations cantonales sur la législation fédérale est particulièrement frappant en ce qui concerne le pantouflage et les opérations pour compte propre.¹⁶⁶¹ Toutefois, certaines règles cantonales en matière d'intégrité sont innovatrices. En outre, en matière de déclarations d'intérêts, nombre de cantons sont en avance sur les règles prévues au niveau fédéral.¹⁶⁶²

684 Les cantons peuvent à notre avis s'inspirer des développements fédéraux pour améliorer leurs propres législations en matière d'intégrité. Notons cependant que les réalités administratives divergent fortement d'un canton à l'autre ; il s'ensuit que les divers devoirs d'intégrité analysés ne se révéleraient pas forcément adéquats dans tous les systèmes administratifs cantonaux, ou du moins pas de la même façon.

2. Perspectives

685 Sur la base de cette synthèse, nous formulerons dans ce qui suit quelques propositions générales visant à améliorer la législation en matière d'intégrité des agents publics.

a) *Les éléments formels*

i. Un seul ensemble de règles pour tous les agents publics ?

686 Nous avons constaté que la législation en matière de devoirs d'intégrité est hétérogène et dispersée. On pourrait donc soutenir qu'il faudrait définir un seul ensemble de règles d'intégrité qui serait applicable à tous les agents publics, voire à toutes les personnes exerçant une tâche publique. Un tel ensemble de règles pourrait par exemple

¹⁶⁶¹ Cf. ci-dessus N 549 ss et N 473.

¹⁶⁶² Cf. ci-dessus N 592 s.

faire l'objet d'une nouvelle loi fédérale dotée d'un champ d'application personnel très large.

Prévoir un seul ensemble de règles pour tous les agents publics poserait cependant problème au regard du principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.). Ainsi, soumettre par exemple un cadre aux mêmes règles de pantouflage qu'un agent subalterne sans pouvoir de décision ni responsabilités reviendrait à traiter deux situations différentes de manière égale. De même, imposer à un membre d'un collège gouvernemental, élu directement ou indirectement par le peuple, les mêmes standards en matière d'activités accessoires qu'à un agent public travaillant à temps partiel au sein de l'administration centralisée reviendrait à traiter deux situations différentes de manière égale. Un ensemble de règles unique pour tous les agents publics poserait par ailleurs problème au regard du principe de proportionnalité (art. 5 Cst.) et possiblement de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Ainsi, les mesures les plus incisives ne sont souvent justifiées que pour les cadres ou pour les personnes qui ont des responsabilités spéciales, et non pour l'ensemble des agents publics. Nous pouvons donc en conclure que s'agissant des règles relatives à l'intégrité des agents publics, il est nécessaire de prévoir plusieurs catégories de personnel et de règles.

687

ii. Une meilleure coordination entre les différentes réglementations

Plutôt que de créer un seul ensemble de règles pour tous les agents publics, il conviendrait à notre avis de mieux coordonner les réglementations des différentes problématiques, afin de rendre le domaine de l'intégrité plus cohérent. Selon nous, cette coordination passe principalement par la définition de catégories de personnel cohérentes ; il faudrait éviter de créer de nouvelles catégories pour chaque nouvelle réglementation d'une problématique. L'objectif visé est de permettre aux agents publics de savoir facilement à quelles règles d'intégrité ils sont soumis.

688

b) *Les éléments matériels*

i. Cinq critères permettant de déterminer le standard d'intégrité à respecter

Comme expliqué plus haut¹⁶⁶³, l'exigence d'intégrité impose à notre avis l'adoption de standards plus élevés et de réglementations plus sévères pour les cadres. Dans la section sur les activités accessoires, nous avons identifié cinq critères qui permettent de déterminer quel standard devrait s'appliquer à un agent public.¹⁶⁶⁴ Ces critères peuvent être généralisés et s'appliquer à toutes les problématiques d'intégrité. En fonction du nombre de critères remplis dans un secteur de l'administration, pour un groupe du personnel ou une unité administrative, la réglementation devrait être plus ou moins sévère. Les critères en question sont le niveau hiérarchique, le degré de proximité avec le secteur privé, le fait de disposer ou non de compétences décisionnelles, le fait d'occuper ou non une fonction de surveillance et, enfin, le fait d'occuper ou non une fonction de régulation.

689

¹⁶⁶³ Cf. ci-dessus N 677 s.

¹⁶⁶⁴ Cf. ci-dessus N 362.

690 Les deux premiers critères peuvent être remplis dans une mesure plus ou moins grande, les trois derniers suivent un schéma binaire. Ainsi, si un agent public est placé à un niveau élevé de la hiérarchie, s'il entretient des rapports étroits avec le secteur privé, s'il dispose de compétences décisionnelles, et s'il a une fonction de surveillance et de régulation, la réglementation qui lui est applicable devrait être très sévère. En revanche, un agent public placé en bas de la hiérarchie, sans rapports avec le secteur privé, sans compétences décisionnelles et n'occupant pas une fonction de surveillance ou de régulation, ne devrait pas être soumis à une réglementation sévère.

691 Cette approche découle également de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral sur le devoir de fidélité, selon laquelle les cadres doivent respecter des standards d'intégrité plus élevés que les agents subalternes.¹⁶⁶⁵

ii. Le gouvernement « élargi »

692 En prolongement du premier point, nous pouvons observer que la distinction entre les cadres et les agents publics subalternes est devenue plus importante dans le contexte de l'administration publique du 21^e siècle.

693 Nous avons vu dans la première partie de cette étude que Weber et Wilson distinguaient clairement entre le monde politique, c'est-à-dire le pouvoir législatif et le gouvernement, et l'administration, c'est-à-dire les agents publics exécutant les lois et les décisions politiques.¹⁶⁶⁶ Nous avons relevé également que cette dichotomie ne correspondait pas à la réalité administrative, dans la mesure où les agents publics ne font pas « qu' » exécuter les lois et les décisions, mais qu'ils disposent d'une marge de manœuvre dans l'application de ces dernières.¹⁶⁶⁷ C'est notamment, voire surtout, le cas des cadres de l'administration publique. La marge de manœuvre des employés subalternes existe, certes, mais elle n'est pas importante d'un point de vue général. Il s'ensuit que plutôt que d'opposer l'exercice du pouvoir politique à l'administration, il convient aujourd'hui d'opposer l'exécutif et les cadres, d'un côté, aux agents publics subalternes, de l'autre côté. Que ce soit au sein de l'administration centrale ou dans les établissements et entreprises publics appartenant d'une manière ou d'une autre à l'administration publique, les cadres peuvent avoir un pouvoir politique d'une certaine importance qui les rapproche sous nombre d'aspects des membres du gouvernement. On pourrait donc soutenir que le pouvoir politique n'est pas exclusivement entre les mains des membres du Conseil fédéral, mais d'un groupe de personnes plus large – le gouvernement « élargi » –, comprenant également des hauts fonctionnaires.

694 La distinction entre membres de gouvernement et hauts fonctionnaires, d'un côté, et agents publics subalternes, de l'autre côté, a par ailleurs également été adoptée par le GRECO pour déterminer le sujet du cinquième cycle d'évaluation consacré à la « pré-

¹⁶⁶⁵ Arrêt du TAF du 11 novembre 2014, A-969/2014, c. 5.2.3.

¹⁶⁶⁶ Cf. ci-dessus N 81 ss.

¹⁶⁶⁷ Cf. ci-dessus N 88 ss. Cf. également ci-dessous N 1020 ss.

vention de la corruption et promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs ». ¹⁶⁶⁸ Ce critère a également été utilisé par le Tribunal fédéral pour déterminer quelles données personnelles de quels agents publics devraient être révélées. ¹⁶⁶⁹

Ces considérations nous amènent une réflexion supplémentaire quant au droit de la fonction publique. Au lieu de faire une distinction entre les agents publics de l'administration centrale et les employés de l'administration décentralisée, pourrait-on se baser sur la distinction entre cadres et agents subalternes lors de l'élaboration de la législation ? Pourrait-on introduire une législation de base unique qui s'appliquerait aux cadres de toutes les entités de l'administration, que ces dernières appartiennent à l'administration centrale ou à l'administration décentralisée ? Il nous semble que les problématiques de droit du travail qui se posent sont similaires pour tous les cadres, peu importe que ceux-ci fassent partie de l'administration centrale ou de l'administration décentralisée.

695

iii. Les mesures de transparence : un potentiel à développer

Le domaine de l'intégrité et la transparence sont étroitement liés. Lors de notre analyse des différentes problématiques, nous avons évoqué plusieurs mesures favorisant la transparence à l'égard de l'employeur ou même à l'égard du public. Citons par exemple les mesures en matière d'acceptation d'avantages (annonce des avantages offerts ou reçus, registre interne ou public des avantages reçus) ou en matière de pantouflage (annonce de l'emploi d'après-mandat). L'administration publique fédérale et les administrations cantonales ont cependant encore peu recours à ces mesures. Il y a là à notre avis un potentiel à développer. Nous reviendrons plus loin sur le rapport étroit entre l'intégrité et la transparence. ¹⁶⁷⁰

696

iv. L'extension des obligations d'intégrité à toutes les personnes exerçant une tâche publique

Dans le cadre des développements récents de l'administration publique, l'Etat se sert de plus en plus de privés pour l'exécution de tâches publiques, que ce soient des collaborateurs externes à l'administration publique, des personnes morales subventionnées ou financées en partie par l'Etat ou encore des experts privés. Tandis que l'externalisation de l'exécution de tâches publiques va souvent – ou devrait aller – de pair avec une exécution plus efficiente des tâches, elle présente également des risques au niveau de l'intégrité. ¹⁶⁷¹ En effet, en transférant l'exécution de tâches publiques à des privés, l'Etat ne se défait pas de la problématique de l'intégrité, mais il la déplace. ¹⁶⁷² Dans ce contexte, il convient donc de se poser la question de savoir dans quelle mesure

697

¹⁶⁶⁸ Cf. le site du GRECO, coe.int/fr/web/greco > Evaluations. Cf. également la *Recommandation sur l'intégrité publique* de l'OCDE de 2017, qui mentionne la catégorie des « personnes [...] aux plus hauts niveaux politiques et de gestion », cf. ch. II/1./c.

¹⁶⁶⁹ Cf. l'ATF 142 II 340 et ci-dessus N 572.

¹⁶⁷⁰ Cf. ci-dessous N 775 ss.

¹⁶⁷¹ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 354.

¹⁶⁷² FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 436.

les privés exécutant des tâches publiques doivent également respecter les obligations d'intégrité. En d'autres termes, est-ce que l'Etat doit garantir qu'aucun intérêt privé des personnes exécutant des tâches publiques n'influence indûment ces personnes ?¹⁶⁷³

Est-ce qu'un collaborateur externe à l'administration fédérale – qui fait du reste le même travail qu'un employé « normal » – devrait être soumis à des standards d'intégrité en ce qui concerne par exemple les activités accessoires, l'acceptation d'avantages ou encore les éventuelles déclarations d'intérêts ? Est-ce qu'une personne morale financée à plus de la moitié par l'Etat devrait être soumise à la législation sur la transparence ? Est-ce que les entreprises semi-publiques devraient offrir des formations éthiques à leurs employés ?

- 698 Le critère déterminant pour imposer des devoirs d'intégrité ne serait donc plus l'existence d'un rapport de travail avec l'administration publique, mais l'exécution de tâches publiques. Ainsi, toute personne exerçant une tâche publique serait soumise à un standard minimal d'intégrité, peu importe qu'elle soit liée à l'administration publique par un rapport de travail ou de mandat ou par tout autre type de contrat.
- 699 Plusieurs démarches et réglementations s'inscrivent dans cette tendance. La règle glaronaise en matière d'acceptation d'avantages, par exemple, est applicable non seulement aux agents publics, mais également à tout privé auquel l'Etat a confié l'exécution de tâches publiques. Dans ce cas, les privés exécutant des tâches publiques sont donc soumis au même standard d'intégrité que les agents publics employés par l'Etat.¹⁶⁷⁴ Nous avons également relevé que la Commission de gestion du Conseil des Etats a recommandé au Conseil fédéral de contrôler activement les liens d'intérêts des membres du conseil d'administration des entreprises « proches » de la Confédération.¹⁶⁷⁵ De plus, nous verrons plus loin que certaines entreprises privées exécutant des tâches publiques peuvent être tenues de signer des déclarations d'intégrité et de confirmer ainsi qu'elles se conforment aux règles de comportement.¹⁶⁷⁶
- 700 Enfin, nous expliquerons ci-dessous que dans le domaine de la transparence administrative et du contrôle administratif, les privés exécutant une tâche publique peuvent être inclus dans le champ d'application ou de contrôle.¹⁶⁷⁷ Le critère décisif pour rendre un document accessible aux citoyens ou opérer un contrôle n'est alors plus uniquement le fait d'appartenir à l'administration centrale ou décentralisée, mais l'exécution d'une tâche publique. Citons à cet égard le Tribunal fédéral qui a souligné, dans un arrêt portant sur l'accès à des données personnelles d'experts privés et, plus particulièrement, sur leurs liens d'intérêts, que le fait que ces experts aient été mandatés par un contrat de droit privé n'était pas pertinent. Du moment que leur travail avait une influence sur l'exécution de tâches publiques, il existait un intérêt public à ce que ces experts n'aient pas de conflits d'intérêts problématiques.¹⁶⁷⁸

¹⁶⁷³ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 436.

¹⁶⁷⁴ Cf. ci-dessus N 374.

¹⁶⁷⁵ Cf. ci-dessus N 589 ss.

¹⁶⁷⁶ Cf. ci-dessus N 765.

¹⁶⁷⁷ Cf. ci-dessus N 807 ss.

¹⁶⁷⁸ Cf. l'ATF 142 II 340, notamment c. 4.6.3, et également ci-dessus N 572 et ci-dessus N 816.

L'extension des obligations d'intégrité aux privés est une conséquence du rapprochement des secteurs public et privé et du flou qui entoure la frontière entre les sphères publique et privée. Etant donné qu'il est devenu très difficile de déterminer clairement quels acteurs font partie du secteur privé et quels acteurs font partie du secteur public, il conviendrait d'ajouter le critère de la nature de la tâche exercée au critère formel ou institutionnel. En d'autres termes, dans le flou des innombrables formes d'organisation de la société, on ne s'intéresse plus seulement au côté formel, mais également au côté matériel. On « objectivise » donc en quelque sorte le droit public : un acteur, une réglementation, un acte peut faire partie du droit public lorsque sa nature le commande.

701

§ 6 Les instruments de droit souple promouvant l'intégrité

« La connaissance de la règle, l'information réelle quant à son contenu, est évidemment un élément important de sa prise en compte, voire à son application. »¹⁶⁷⁹

Nous présenterons dans ce chapitre trois instruments de droit souple promouvant l'intégrité de l'administration publique. Ils visent à créer au sein de l'administration un environnement éthique propice à un comportement intègre des agents publics. Les codes de conduite informent les agents publics de leurs droits et obligations en matière d'intégrité, déterminent les valeurs fondamentales à respecter et fournissent une aide aux agents publics pour la prise de décision dans les situations de conflit d'intérêts (I). La formation éthique vise à transmettre aux agents publics le savoir nécessaire pour se comporter de manière intègre et à leur expliquer les règles pertinentes en matière d'intégrité (II). Enfin, le serment et les promesses solennelles agissent au niveau émotionnel : l'agent public promet solennellement de remplir ses tâches au mieux (III).

702

¹⁶⁷⁹ MORET-BAILLY JOËL/TRUCHET DIDIER, *Droit des déontologies*, Paris 2016, p. 126.

I. Les codes de conduite

1. Généralités

a) *Les caractéristiques principales*

703 Un code de conduite est un instrument juridique non obligatoire qui guide le comportement et les décisions de certaines personnes et contient « un ensemble de recommandations, généralement assez vagues, à l'attention de leurs destinataires »¹⁶⁸⁰. Il est utilisé dans de nombreux domaines, notamment pour réglementer les professions libérales et se caractérise par son approche pratique et opérationnelle.¹⁶⁸¹ Nous nous concentrerons sur les codes de conduite destinés aux agents publics.

Les codes de conduite sont parfois également appelés code de comportement, code d'éthique ou code de valeurs. Ces termes sont souvent utilisés de manière interchangeable.¹⁶⁸² Pour notre part, nous utiliserons la notion de code de conduite.

704 Les codes de conduite étant des instruments non obligatoires, la violation des règles qu'ils contiennent ne mène donc pas, ou du moins pas directement, à des sanctions disciplinaires ou d'un autre type.¹⁶⁸³ Une autorité peut adopter un code de conduite en vertu de son pouvoir hiérarchique ou de son pouvoir d'organisation interne ; elle n'a donc pas besoin d'une base légale pour ce faire. Les destinataires du code de conduite sont les agents publics, ou plus généralement les personnes exécutant des tâches publiques.

Nous verrons que certains codes de conduite reprennent textuellement les règles légales ; leur violation équivaut donc à une violation de la loi et peut mener à des sanctions juridiques. Il n'en demeure pas moins qu'en tant que tel, le document du code de conduite doit être qualifié d'instrument non obligatoire.

Par ailleurs, nous ne traiterons pas des instruments dénommés « codes de conduite », mais qui doivent en réalité être qualifiés d'actes normatifs et dont la violation mène à des sanctions juridiques. Le *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*¹⁶⁸⁴ italien ou certains codes d'éthique états-uniens¹⁶⁸⁵ en constituent des exemples.

705 Les codes de conduite ne représentent pas une catégorie homogène. Certains contiennent des précisions par rapport aux règles de comportement contenues dans un acte normatif. Ils précisent des notions juridiques indéterminées ou contiennent des

¹⁶⁸⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 407. Cf. également FRYDMA/LEWKOWICZ, Codes, p. 181, et MATTARELLA, Etica, p. 525.

¹⁶⁸¹ CHAMBON/GASPON, Déontologie, p. 210 ; MORET-BAILY/TRUCHET, Déontologies, p. 126 s.

¹⁶⁸² DEMMKE ET AL., Conflicts, p. 128.

¹⁶⁸³ FRYDMAN/LEWKOWICZ, Codes, p. 182. Cf., à propos de la question de savoir si les codes de conduite constituent une source du droit, FRYDMAN/LEWKOWICZ, Codes, p. 179 ss, et, plus généralement, FLÜCKIGER, Instruments, p. 300 s.

¹⁶⁸⁴ Decreto del Presidente della Repubblica du 16 avril 2013, n° 62 (Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n° 165).

¹⁶⁸⁵ SCHINDLER, Ethikförderung, p. 71.

exemples d'application de ces normes. D'autres constituent des compilations de normes juridiques en vigueur. Ils reprennent souvent textuellement les règles légales. D'autres encore « traduisent » les prescriptions légales techniques en un langage plus facile et intelligible. Ils constituent donc une version simplifiée des règles de comportement contenues dans la loi. Au quotidien, ces règles « simplifiées » ont souvent une grande importance et peuvent représenter la référence principale des agents publics.¹⁶⁸⁶ Enfin, certains codes de conduite contiennent des principes de comportement très généraux et abstraits ou des valeurs. On parle alors également de code d'éthique ou de code de valeurs.¹⁶⁸⁷ Les sept principes de la vie publique de l'administration publique du Royaume-Uni – *The Seven Principles of Public Life* – sont l'exemple d'un code d'éthique souvent cité en doctrine ; ils ne font qu'énoncer des valeurs générales, sans réglementer en détail le comportement des agents publics.

Ces différents types de codes de conduite peuvent également se retrouver au sein du même document. En d'autres termes, un instrument appelé code de conduite peut contenir à la fois des règles visant à interpréter une norme juridique, la reprise textuelle d'une règle légale et des valeurs plus générales du service public. 706

b) Le code de conduite : une ordonnance administrative

Dans la catégorie des actes non normatifs ou quasi normatifs et vu les caractéristiques susmentionnées, les codes de conduite peuvent être classés parmi les ordonnances administratives.¹⁶⁸⁸ Celles-ci sont définies comme des « actes unilatéraux, généraux et abstraits dont les destinataires sont les agents de l'Etat et non, théoriquement, les administrés »¹⁶⁸⁹. 707

A l'intérieur de la catégorie des ordonnances administratives, les codes de conduite peuvent être qualifiés d'ordonnances interprétatives.¹⁶⁹⁰ Ceux qui ne font que rappeler les règles légales existantes peuvent en outre être qualifiés d'ordonnances récapitulatives.¹⁶⁹¹ 708

c) Les buts et l'effectivité

Les codes de conduite visent à aider les agents publics à se comporter de manière intègre.¹⁶⁹² Dans les cas où ils ne constituent qu'une compilation des normes légales de comportement, ils ont pour but d'informer les agents publics de leurs obligations et de leurs droits légaux. Cette dernière fonction est primordiale dès lors que les règles de 709

¹⁶⁸⁶ MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 126 s.

¹⁶⁸⁷ DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 127 s. ; HUBERTS, *Governance*, p. 169 ; SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 70 s.

¹⁶⁸⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 407 et 421.

¹⁶⁸⁹ TANQUEREL, *Manuel*, N 331. Cf. aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 421.

¹⁶⁹⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 423 ss.

¹⁶⁹¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 425.

¹⁶⁹² MATTARELLA, *Etica*, p. 530.

comportement à observer deviennent toujours plus nombreuses et parfois plus compliquées.¹⁶⁹³ En effet, « la connaissance de la règle, l'information réelle quant à son contenu, est évidemment un élément important de sa prise en compte, voire à son application »¹⁶⁹⁴. La formation éthique vise ce même but d'information.¹⁶⁹⁵ Les codes de conduite peuvent également avoir pour objectif d'éduquer les agents publics.¹⁶⁹⁶ Enfin, certains auteurs soutiennent que les codes de conduite visent à créer un nouvel *ethos* public.¹⁶⁹⁷

710 L'effectivité d'un code de conduite dépend des circonstances du cas d'espèce, notamment de la procédure d'élaboration du code, de son contenu ainsi que de sa mise en œuvre.¹⁶⁹⁸ Ce dernier élément est particulièrement important : un code qui n'est pas intégré dans la culture de l'unité administrative et qui, de ce fait, ne représente pas la réalité vécue n'aurait aucun effet pratique.¹⁶⁹⁹ En d'autres termes, il ne suffit pas d'affirmer des valeurs pour que les agents publics y adhèrent ; un engagement supplémentaire, par exemple une formation, est donc nécessaire pour rendre le code effectif.¹⁷⁰⁰

2. Le cadre international

711 Les codes de conduite apparaissent dans plusieurs textes internationaux des Nations Unies, de l'OCDE et du Conseil de l'Europe. Conformément à l'article 8 ch. 2 UNCAC, les Etats parties s'efforcent « d'appliquer [...] des cadres ou des normes de conduite pour l'exercice correct, honorable et adéquat des fonctions publiques ». Ce faisant, ils s'inspirent du *Code international de conduite des agents de la fonction publique des Nations Unies*, adoptée en 1996.¹⁷⁰¹

712 C'est en 1997 que le Conseil de l'Europe a recommandé pour la première fois aux Etats parties d'élaborer un code de conduite dans le cadre de la lutte contre la corruption.¹⁷⁰² Il a ensuite adopté plusieurs codes modèle, notamment le *Code de conduite européen relatif à l'intégrité politique des élus locaux et régionaux* (1999), le *Code modèle de conduite pour les agents publics* (2000) ainsi que le *Code de bonne administration* (2007) ; les Etats parties peuvent s'en inspirer.

¹⁶⁹³ Egalement, ou peut-être surtout, à un niveau local, cf. SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 75 s.

¹⁶⁹⁴ MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologies*, p. 126.

¹⁶⁹⁵ Cf. ci-dessous N 738 ss.

¹⁶⁹⁶ MATTARELLA, *Etica*, p. 538.

¹⁶⁹⁷ MATTARELLA, *Etica*, p. 530.

¹⁶⁹⁸ HUBERTS, *Governance*, p. 169.

¹⁶⁹⁹ EMERY/WYSER, *Downsizing*, p. 111 ; HUBERTS, *Governance*, p. 170 ; WYSER, *Ethique*, p. 553 ; DEMMKE ET AL., *Conflicts*, p. 128 ; MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 425.

¹⁷⁰⁰ WYSER, *Ethique*, p. 553 ; SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 63.

¹⁷⁰¹ Art. 8 ch. 3 UNCAC.

¹⁷⁰² Cf. Résolution du Conseil de l'Europe portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption de 1997, principe n° 10.

Enfin, sans inviter directement les Etats parties à adopter des codes de conduite, l'OCDE mentionne dans plusieurs recommandations en matière d'intégrité de l'administration publique la possibilité de rassembler les principes éthiques de comportement des agents publics dans un code de conduite.¹⁷⁰³ 713

3. Les codes de conduite au niveau fédéral

Au niveau fédéral, plusieurs documents peuvent être qualifiés, du moins en partie, de code de conduite : l'Aide-mémoire du Conseil fédéral (a.), le Code de comportement de l'administration fédérale (b.), les lignes directrices sur la prévention de la corruption (c.), les codes de comportement au niveau des départements et des offices (d.) et les codes de conduite des entités décentralisées (e.). Aucun de ces documents ne ressemble à un code d'éthique. 714

a) L'Aide-mémoire du Conseil fédéral

La première version de l'Aide-mémoire à l'intention des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération (Aide-mémoire CF) a été adoptée en 2011 par le Conseil fédéral lui-même. La version actuelle, également adoptée par ce dernier, date du 5 novembre 2014. L'Aide-mémoire CF contient des indications sur le comportement des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération ; il constitue donc, du moins en partie, un code de conduite. 715

Certaines règles y contenues reprennent textuellement des dispositions de lois ou d'ordonnances fédérales. Dans ces cas, l'Aide-mémoire n'ajoute donc rien par rapport au droit dur et ne fait que rassembler différentes normes dans un document unique. Cette partie de l'Aide-mémoire peut être qualifiée d'ordonnance récapitulative. Cependant, l'Aide-mémoire CF contient également des règles d'usage (p. ex. concernant le transfert de connaissances en cas de changement à la tête d'un département¹⁷⁰⁴), des règles de comportement qui ne figurent pas dans un acte juridique (p. ex. concernant le pantouflage¹⁷⁰⁵), des commentaires ou encore des interprétations de dispositions légales (p. ex. concernant l'acceptation d'avantages¹⁷⁰⁶) et même un règlement détaillé concernant les frais¹⁷⁰⁷. Cette partie de l'Aide-mémoire CF peut être qualifiée d'ordonnance interprétative. 716

Quant aux règles de comportement ne figurant pas dans un acte juridique, notamment la règle concernant le pantouflage, nous sommes d'avis, comme expliqué ci-dessus, qu'elle devrait figurer dans un acte normatif.¹⁷⁰⁸ 717

¹⁷⁰³ Cf. p. ex. le ch. II./4. de la 1 Recommandation de l'OCDE sur l'intégrité publique de 2017.

¹⁷⁰⁴ Ch. 1.24 Aide-mémoire CF.

¹⁷⁰⁵ Ch. 1.23 Aide-mémoire CF. Cf. également ci-dessus N 507.

¹⁷⁰⁶ Ch. 1.9 Aide-mémoire CF.

¹⁷⁰⁷ Ch. 1.15 Aide-mémoire CF et annexe 2.

¹⁷⁰⁸ Cf. ci-dessus N 508 ss.

b) *Le Code de comportement de l'administration fédérale*

i. Le Code de comportement de 2000

718 En 1998, à la suite du rapport du Service de contrôle administratif du Conseil fédéral (CCF) sur les risques de corruption au sein de l'administration fédérale¹⁷⁰⁹, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances d'élaborer un code de conduite.¹⁷¹⁰ Le *Code de comportement de l'administration générale de la Confédération* est entré en vigueur en 2000.¹⁷¹¹ Cette première version du code était rédigée de manière relativement succincte et se limitait à énumérer les grands principes de comportement, se rapprochant en ce sens de ce qu'on pourrait appeler un code d'éthique.¹⁷¹² En dépit de sa brièveté, ce Code touchait à bon nombre de problématiques en matière d'intégrité et invitait les collaborateurs et collaboratrices à se comporter de manière respectueuse à l'égard de leurs interlocuteurs. Le Code avait été envoyé par courrier à tous les employés de la Confédération, mais sa mise en œuvre avait été laissée à l'initiative de chaque unité administrative.¹⁷¹³

719 Le Code de comportement de 2000 a été critiqué en doctrine, notamment pour la disparité des principes qu'il énonçait, leur degré de normativité très variable, et parce qu'il avait été élaboré par une petite commission d'experts sans que les agents publics y aient été associés.¹⁷¹⁴ On pourrait ajouter à ces critiques l'absence d'une structure claire et reconnaissable.

720 En août 2012, à la suite notamment de l'affaire Hildebrand¹⁷¹⁵, le Conseil fédéral a arrêté un nouveau code de conduite, le Code de comportement du personnel de l'administration fédérale visant à prévenir les conflits d'intérêts et l'utilisation abusive d'informations non rendues publiques (Code de comportement de l'administration fédérale)¹⁷¹⁶. Pour rappel, le Conseil fédéral a adopté en même temps une révision partielle de l'OPers, en y insérant plusieurs nouveaux articles concernant le comportement des agents publics.¹⁷¹⁷

ii. Le Code de comportement de 2012

721 Le Code de comportement de l'administration fédérale s'applique aux employés de l'administration fédérale centrale.¹⁷¹⁸ *A contrario*, il ne s'applique ni aux unités décentralisées de l'administration fédérale, ni aux privés exécutant une tâche publique. Le champ d'application du Code de comportement de l'administration fédérale est donc

¹⁷⁰⁹ Cf. ci-dessus NBP 472.

¹⁷¹⁰ FF 2000 42 (Rapport sur l'éthique).

¹⁷¹¹ FF 2004 2081.

¹⁷¹² Cf. ci-dessus N 705.

¹⁷¹³ JANETT, *Ethique*, N 32.

¹⁷¹⁴ SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 72 ; JANETT, *Ethique*, N 32.

¹⁷¹⁵ Cf. ci-dessus N 467.

¹⁷¹⁶ FF 2012 7307.

¹⁷¹⁷ Cf. ci-dessus N 167.

¹⁷¹⁸ Ch. 1 Code de comportement de l'administration fédérale.

plus restreint que celui de l'OPers. Il est remis à chaque nouvel employé au moment de son engagement et se trouve également sur l'intranet de la Confédération.¹⁷¹⁹

Au niveau de la forme, le Code de comportement de l'administration fédérale de 2012 est sensiblement plus volumineux que son prédécesseur : au lieu d'une page A4, il en occupe désormais quatre. Il est en outre subdivisé en dix chiffres. Du point de vue de son aspect extérieur, il ressemble davantage aux codes modèles détaillés du Conseil de l'Europe.

722

Au niveau du contenu, le Code de comportement reprend certaines problématiques qui étaient déjà traitées dans l'ancien code, notamment les activités accessoires, le secret de fonction, l'acceptation d'avantages et le devoir d'informer le supérieur en cas de conflit d'intérêts. Désormais, il explicite également le principe de l'éthique professionnelle (ch. 2), traite de la récusation hors procédure administrative (ch. 3), des opérations pour compte propre (ch. 4), de l'acceptation d'avantages (ch. 5), du whistleblowing (ch. 6 ; dans la suite de notre travail, nous utiliserons avant tout le terme d'alerte éthique¹⁷²⁰) et rend attentif aux sanctions possibles en cas de violation des principes y contenus (ch. 8). En revanche, le nouveau Code de comportement ne comporte plus de référence au comportement respectueux et aimable à adopter à l'égard des interlocuteurs. En effet, comme son titre l'indique, le code vise principalement à décrire le comportement que les agents publics sont tenus d'adopter pour prévenir les conflits d'intérêts et la corruption. Les différentes règles qu'il énonce sont d'ailleurs explicitées en conséquence. De ce point de vue, le nouveau code se présente donc de manière plus cohérente.

723

Quant à la densité normative, le nouveau Code de comportement de l'administration fédérale est plus détaillé que l'ancien. Cela est dû en partie au fait que certaines règles constituent des reprises textuelles des normes de l'OPers. D'autres règles paraphrasent les règles légales, tout en renvoyant à celles-ci. Ce changement a pour conséquence que le Code, utilisant un langage plus technique, est devenu moins intelligible que la première version. Nous pouvons également qualifier ce Code d'ordonnance récapitulative.

724

Ajoutons encore que le Code n'est pas structuré suivant une logique évidente. Alors que sous le chiffre 3 (« défense des intérêts de la Confédération »), il traite à la fois du devoir de fidélité en général, du devoir d'informer le supérieur en cas de conflit d'intérêts, des activités accessoires et charges publiques ainsi que du devoir de récusation, le chiffre 4 est entièrement consacré à l'« utilisation d'informations non rendues publiques » et le chiffre 5 aux « dons et invitations ». Le Code attribue ainsi beaucoup d'importance à ces deux dernières problématiques, sans que cela soit forcément justifié. En revanche, des sujets d'importance tels que le pantouflage ou les mesures organisationnelles ont été complètement omis. Le Code semble donc être parfois une réponse (trop) directe à l'affaire Hildebrand. La répartition des problématiques traitées

725

¹⁷¹⁹ GRECO, Rapport d'évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 117.

¹⁷²⁰ Cf., au sujet de l'alerte éthique, ci-dessous N 821 ss.

dans des chiffres séparés, comme aux chiffres 4, 5 et 6, rendrait à notre avis sa structure plus cohérente.

c) *Les lignes directrices sur la prévention de la corruption*

726 En juin 2009, l'OFPER a publié des lignes directrices sur la prévention de la corruption, dont le but est de sensibiliser le personnel de la Confédération à la prévention de la corruption.¹⁷²¹ Le document contenant les lignes directrices a été distribué aux départements et aux offices, il est publié sur l'intranet de la Confédération et il est remis à tous les nouveaux employés.¹⁷²² Depuis sa première publication, il a été révisé plusieurs fois, notamment pour être adapté aux modifications législatives intervenues entre-temps.¹⁷²³

727 Ce document s'intitule désormais « Prévention de la corruption et "whistleblowing" ». Son contenu ressemble à celui du Code de comportement de l'administration fédérale analysé plus haut. Sa version actuelle met l'accent sur l'acceptation de cadeaux et d'invitations, le devoir de récusation, l'obligation et le droit de dénoncer, les activités accessoires ainsi que l'utilisation d'informations non publiées. Par rapport au Code de comportement, cet instrument contient davantage de critères permettant d'évaluer les situations concrètes délicates ; il invite en outre les collaborateurs à se référer aux éventuelles dispositions édictées par leur unité administrative. Il peut être qualifié, du moins en partie, d'ordonnance interprétative, et s'avère donc un peu plus pratique que le Code de comportement.

728 On peut cependant s'interroger sur la plus-value qu'apporte ce document par rapport au Code de comportement, dès lors que le contenu du premier rejoint en grande partie celui du second. Le problème n'est pas tant l'existence de deux documents distincts, mais le fait qu'ils soient si similaires. Il serait à notre avis plus judicieux que l'un de ces deux documents ressemble plutôt à un code d'éthique, c'est-à-dire à un document qui se limite à rappeler un nombre restreint de principes éthiques ou de valeurs communes.

d) *Les codes de comportement au niveau des départements et des offices*

729 Certains offices ont adopté leurs propres codes de conduite. On peut citer par exemple le *Guide de lutte contre la corruption au sein de l'OFROU*¹⁷²⁴ de l'Office fédéral des routes, les *Instructions relatives au comportement du personnel de l'Administration fédérale des finances* de l'AFF¹⁷²⁵ ou encore le code de conduite d'armasuisse, de l'Office fédéral de

¹⁷²¹ Cf. Lignes directrices en matière de personnel, InfoPers thématique de juin 2009.

¹⁷²² GRECO, Rapport de conformité sur la Suisse du 26 mars 2010, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints (Greco RC-I/II (2009) 2F), N 58.

¹⁷²³ En décembre 2018, une version de 2016 était disponible sur internet.

¹⁷²⁴ Le guide est disponible sur le site de l'OFROU, cf. www.astra.admin.ch > l'OFROU > Lutte contre la corruption.

¹⁷²⁵ Cf. ci-dessus note de bas de page 909.

l'armement¹⁷²⁶. Les codes de conduite des offices fédéraux fixent souvent des prescriptions détaillées.

e) *Les codes de conduite des unités décentralisées*

Le Code de comportement de l'administration fédérale ne s'applique pas aux unités décentralisées de l'administration publique. Plusieurs d'entre elles ont cependant adopté leurs propres codes de conduite, par exemple la PUBLICA¹⁷²⁷, la FINMA¹⁷²⁸, Swissmedic¹⁷²⁹ et l'IFSN¹⁷³⁰. Ces codes de conduite sont en général longs et détaillés. Ils contiennent souvent un nombre important de règles non prévues dans les ordonnances en matière de personnel des unités en question, au point de donner parfois l'impression qu'ils constituent de véritables législations d'exécution. A noter que dans la partie de notre travail consacrée aux devoirs d'intégrité, nous avons fait plusieurs fois référence à ces codes de conduite.¹⁷³¹ Nous avons par ailleurs critiqué à plusieurs reprises le fait que des règles importantes n'étaient prévues que dans le code de conduite et non dans les ordonnances sur le personnel.

730

f) *Appréciation*

De manière générale, il nous semble opportun qu'il existe, au sein de l'administration fédérale, plusieurs documents que l'on peut qualifier de codes de comportement. Il est notamment judicieux que certaines entités administratives aient leurs propres codes de comportement, dans la mesure où un tel document est censé répondre aux besoins et tenir compte des domaines et des circonstances spécifiques des différentes unités.

731

En revanche, on peut s'interroger sur la pertinence de prévoir à la fois le Code de comportement de l'administration fédérale et les lignes directrices sur la prévention de la corruption pour les agents de l'administration centrale. Le contenu du premier document se recoupe largement avec le contenu du deuxième ; par ailleurs, tous les deux paraphrasent ou recopient la loi. L'édiction de plusieurs codes de conduite pour la même catégorie d'agents publics peut mener à la dépréciation de chacun des documents. Il serait à notre avis plus judicieux d'opter pour un seul code de conduite, qui regroupe tous les devoirs d'intégrité et qui suive une logique claire.

732

Notre analyse des différents documents en question a en outre montré qu'aucun d'entre eux ne peut être qualifié de code d'éthique, c'est-à-dire de document contenant un nombre restreint de valeurs ou de principes fondamentaux. Un tel code d'éthique s'appliquerait à tous les agents publics dans tous les secteurs et toutes les sphères de l'administration fédérale, quelle que soit la législation qui leur est applicable.¹⁷³² Il

733

¹⁷²⁶ Le code de conduite d'armasuisse est disponible sur demande.

¹⁷²⁷ Cf. ci-dessus note de bas de page 1025.

¹⁷²⁸ Cf. ci-dessus note de bas de page 934.

¹⁷²⁹ Cf. ci-dessus note de bas de page 933.

¹⁷³⁰ Cf. ci-dessus note de bas de page 1084.

¹⁷³¹ Cf. p. ex. les réglementations en matière d'acceptation d'avantages (ci-dessus N 416 ss) ou de déclaration d'intérêts (N 578 ss).

¹⁷³² Cf. également SCHINDLER, Ethikförderung, p. 74.

s'appliquerait aussi aux privés exécutant une tâche publique.¹⁷³³ Grâce à sa valeur symbolique, un tel code d'éthique pourrait avoir un effet rassembleur et donner aux agents publics un sentiment d'appartenance à une seule organisation, l'administration publique. Il pourrait également contribuer à la socialisation des agents publics dès lors que la Suisse ne connaît pas de structure forte en la matière, contrairement à la France ou à l'Italie.¹⁷³⁴ Le code d'éthique de l'administration fédérale pourrait s'inspirer des *Seven Principles of Public Life*, une charte de valeurs s'appliquant aux agents publics anglais. Les principes qu'elle contient sont ceux de l'altruisme, de l'intégrité, de l'objectivité, de la responsabilité, de l'ouverture, de l'honnêteté et du leadership.¹⁷³⁵ A notre avis, la définition de telles valeurs de base est une mesure opportune au regard de l'intégrité de l'administration publique, car elle peut contribuer à la création d'une culture d'intégrité.

734 Enfin, il importe à notre avis de souligner que les codes de conduite ne sont effectifs que s'ils sont accompagnés de mesures de sensibilisation. Il ne suffit donc pas d'adopter un code de conduite ; l'autorité concernée doit également prendre des mesures de mise en œuvre de celui-ci.

4. Les codes de comportement dans les administrations cantonales

735 Les codes de conduite généraux pour l'administration publique sont beaucoup moins fréquents au niveau cantonal. Pendant longtemps, aucun canton ne disposait d'un tel instrument. BENJAMIN SCHINDLER explique cette absence par le fait que l'instrument du code de conduite est étranger à la culture et à la pratique des administrations cantonales.¹⁷³⁶ En effet, ces dernières feraient une claire distinction entre les règles légales – par exemple quant au secret de fonction ou à l'admissibilité d'activités accessoires – et les valeurs éthiques, considérées comme une affaire personnelle de l'agent public. Un code de conduite mélangerait inévitablement ces deux sphères et pourrait même être perçu comme moralisateur.¹⁷³⁷ L'adoption d'un code de comportement pourrait donc se révéler contreproductive.¹⁷³⁸

¹⁷³³ Au sujet de l'application de mesures d'intégrité aux privés exécutant des tâches publiques, cf. ci-dessus N 697 ss.

¹⁷³⁴ WYSER, *Climats*, p. 87.

¹⁷³⁵ En anglais les principes sont les suivants : selflessness, integrity, objectivity, accountability, openness, honesty, leadership.

¹⁷³⁶ SCHINDLER, *Perspective*, p. 170.

¹⁷³⁷ SCHINDLER, *Perspective*, p. 170. Lors de l'adoption d'un nouveau code de comportement pour les employés du canton de Lucerne, certains employés ont vu cela comme signe de méfiance à leur égard, cf. l'article sur le site de la télévision suisse alémanique SRF du 22 septembre 2016 (« Neuer Verhaltenskodex für Luzerner Kantonsangestellte »).

¹⁷³⁸ SCHINDLER, *Perspective*, p. 170.

Toutefois, quelques cantons ont récemment introduit un code de comportement pour leurs administrations.¹⁷³⁹ On peut citer notamment le *Code de conduite de l'administration du canton de Berne*, introduit fin 2016.¹⁷⁴⁰ Le contenu de celui-ci ressemble beaucoup au Code de comportement de l'administration fédérale. Il est en revanche structuré autour de cinq chiffres qui correspondent à cinq principes directeurs. Une telle structure est facile à mémoriser et nous semble adéquate pour un code de conduite.

736

Les principes énoncés sont les suivants : « Vous servez l'intérêt du canton de Berne » ; « Vous accomplissez vos tâches de manière indépendante » ; « Vous traitez de manière confidentielle les informations dont vous avez connaissance dans l'exercice de vos fonctions » ; « Vous veillez à la dignité des femmes et des hommes » ; « Vous savez à qui vous adresser si vous constatez des irrégularités au sein de l'administration cantonale ».

Le *Verhaltenskodex für Kantonsangestellte zur Vermeidung von Interessenkonflikten zur Geheimhaltung* de l'administration cantonale lucernoise est un autre exemple de code de conduite. Les agents publics lucernois sont tenus de signer ce code ; il s'agit donc d'une combinaison entre le code de conduite et l'instrument du serment.¹⁷⁴¹ Enfin, en janvier 2018, le Conseil d'Etat zurichois a adopté un code de conduite pour l'administration cantonale zurichoise.¹⁷⁴² Le *Verhaltenskodex* est structuré autour de dix points et souligne l'importance d'annoncer les situations délicates aux supérieurs hiérarchiques ou à l'Ombudsman cantonal. Les règles prévues dans le code sont rédigées à la première personne du pluriel pour signaler aux agents publics, voire à tout lecteur, que la thématique en question concerne tout un chacun.

737

II. La formation éthique

1. Généralités

a) La notion et les types de formations éthiques

Il existe un large consensus parmi les auteurs pour dire que les règles légales en matière d'intégrité ainsi que les codes de conduite restent lettre morte s'ils ne sont pas accompagnés de mesures de sensibilisation.¹⁷⁴³ Celles-ci ont pour but de réduire l'écart entre la théorie sur papier et la culture effectivement vécue au sein de l'administration.¹⁷⁴⁴ Nous avons relevé plus haut que la sensibilisation se réalise tout d'abord par l'information : si une règle n'est pas connue d'un agent public, celui-ci ne peut pas

738

¹⁷³⁹ Outre les exemples de Berne et Lucerne mentionnés dans le texte, on peut citer la *Charte d'éthique de l'administration cantonale du canton de Genève* (dont une petite partie traite de la prévention de la corruption) et le *Verhaltenskodex der JI (code de comportement du département de justice et des affaires internes du canton de Zurich)*.

¹⁷⁴⁰ Il a été adopté notamment en réaction à des reproches selon lesquels l'administration fiscale cantonale entreprendrait des relations trop étroites avec les conseillers fiscaux d'entreprises privées.

¹⁷⁴¹ Cf. ci-dessous N 763 s. au sujet des déclarations d'intégrité.

¹⁷⁴² Code disponible sous fd.zh.ch/ > Themen > Compliance.

¹⁷⁴³ HUBERTS, *Governance*, p. 170 ; MORET-BAILLY/TRUCHET, *Déontologie*, p. 128 ; DEMMKE, *Ethik*, p. 99 ; WYSER, *Ethique*, p. 555 ; HIGGINS, *Corruption*, p. 89 s.

¹⁷⁴⁴ HUBERTS, *Governance*, p. 170.

savoir s'il se comporte en conformité avec la règle ou non.¹⁷⁴⁵ La sensibilisation s'effectue également par la formation. Un troisième moyen de sensibilisation est le comportement exemplaire des cadres.

739 La terminologie en matière de formation éthique n'est pas uniforme. Certains auteurs distinguent l'« éducation éthique » de la « formation éthique ». Ces deux formes d'enseignement visent à transmettre des connaissances et du savoir-faire et à approfondir la compréhension de principes éthiques.¹⁷⁴⁶ Cependant, l'« éducation éthique » ou la sensibilisation à l'éthique viserait essentiellement à enseigner aux agents publics la délibération éthique, tandis que la « formation éthique » viserait avant tout à transmettre des connaissances et du savoir-faire.¹⁷⁴⁷ A notre avis, une telle distinction n'est cependant pas opportune, surtout si elle a pour conséquence de ne mettre l'accent que sur l'une ou l'autre des formes. Nous utiliserons par la suite les termes de « formation éthique » pour désigner toute forme d'enseignement éthique.

740 La formation éthique revêt différentes formes, notamment celles d'ateliers de discussion, de programmes ou de jeux informatiques où l'agent public doit répondre à des questions et prendre des décisions dans des situations délicates ou encore de cours traditionnels d'éthique.¹⁷⁴⁸ Le contenu des formations varie et dépend entre autres de la forme d'enseignement choisie. Néanmoins, trois éléments reviennent régulièrement. Premièrement, le but visé consiste à informer les agents publics des règles de comportement en vigueur et à les leur expliquer en détail. Deuxièmement, les formations contiennent souvent une partie théorique sur l'éthique. Ce faisant, elles entendent présenter aux agents publics non seulement le contexte philosophique des règles légales, mais également celui des choix que les agents sont appelés à faire au quotidien. Enfin, la discussion de cas pratiques sert à illustrer les règles de comportement et les courants de pensées philosophiques.

Pour la discussion de cas pratiques, deux méthodes semblent être utilisées principalement.¹⁷⁴⁹ La première méthode comporte quatre étapes. Les participants sont dans un premier temps confrontés à un état de fait. Dans un deuxième temps, ils identifient le dilemme ou problème moral. Dans un troisième temps, ils doivent trouver des arguments pour et contre différentes manières de se comporter, en se basant notamment sur les différentes traditions philosophiques. Enfin, ils doivent parvenir à une conclusion. Le deuxième modèle est inspiré de la méthode socratique basée sur le dialogue. Les participants sont confrontés à un cas d'espèce contenant un dilemme ou un problème moral simple et ils doivent lui apporter une réponse. Ensuite, cette première réponse est « testée » par le biais de questions ajoutant de nouvelles informations qui compliquent la

¹⁷⁴⁵ Cf. ci-dessus N 709.

¹⁷⁴⁶ HUBERTS, *Governance*, p. 170.

¹⁷⁴⁷ Traduction de l'anglais : « ethics training » et « ethics education », cf. HUBERTS, *Governance*, p. 170. Cf. également SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 76, et HEJKA-EKINS, *Training*, p. 64 ss.

¹⁷⁴⁸ HOEKSTRA/BELLING/VAN DER HEIDE, *Shift*, p. 153 ; WYSER, *Ethique*, p. 555. Cf., à propos de la formation éthique *avant* l'entrée en fonction, p. ex. en tant que cours obligatoire à l'Université dans les facultés de sciences politiques ou droit, CATRON BAYARD/DENHARDT KATHRYN, *Ethics Education in Public Administration*, in Cooper Terry L. (édit.), *Handbook of Administrative Ethics*, New York 1994.

¹⁷⁴⁹ Voir pour les deux méthodes, HUBERTS, *Governance*, p. 171.

situation originale. Les participants doivent alors justifier pourquoi ils maintiennent leur première réponse ou pourquoi, le cas échéant, ils changeraient leur comportement.

b) *La formation éthique : une recommandation indirecte ou implicite*

La formation en tant que mesure étatique est considérée comme une recommandation indirecte ou implicite, agissant sur le long terme.¹⁷⁵⁰ La doctrine estime qu'elle contribue à influencer « profondément le comportement des individus »¹⁷⁵¹.

741

c) *Les buts*

La formation éthique vise à sensibiliser les agents publics aux questions d'intégrité et à mettre à leur disposition les outils dont ils ont besoin pour prendre des décisions éthiques au quotidien, notamment par l'information sur les règles de comportement et par une véritable formation à la délibération éthique. Certains auteurs soutiennent que la formation éthique vise également à créer une culture éthique commune, un nouvel *ethos* public.¹⁷⁵² Enfin, elle cherche à contrecarrer la tendance à considérer les règles en matière d'intégrité comme des prescriptions administratives pénibles.¹⁷⁵³

742

Pour atteindre ces buts, la formation éthique doit intervenir avec une certaine fréquence ; une formation unique n'a qu'une effectivité limitée.¹⁷⁵⁴ C'est en se confrontant régulièrement à des dilemmes éthiques que l'on apprend à identifier les situations délicates au quotidien et à raisonner de manière éthique au bon moment. En outre, il est important d'entretenir un dialogue ouvert sur les problèmes qui se posent.¹⁷⁵⁵ Les agents publics doivent avoir l'occasion non seulement de parler des difficultés qu'ils rencontrent dans leur quotidien, mais également de discuter plus abstraitement de dilemmes éthiques qui pourraient survenir. La seule transmission de connaissances abstraites dans le domaine de l'intégrité ne suffit donc pas ; il faut que les agents publics « passent à l'action » pendant leur formation, soit en discutant avec d'autres agents, soit en trouvant seuls des solutions envisageables pour résoudre des situations de dilemme.

743

Une manière de combiner ces deux facteurs pourrait à notre avis consister à inscrire une « minute éthique » à l'ordre du jour des réunions d'équipe qui ont lieu toutes les semaines ou une fois par mois. Cela permettrait aux collaborateurs de parler régulièrement de l'intégrité et du comportement éthique avec leurs collègues.

¹⁷⁵⁰ FLÜCKIGER, *Légistique*, p. 293 ; FLÜCKIGER, *Régulation*, p. 202 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 410.

¹⁷⁵¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 410.

¹⁷⁵² HIGGINS, *Corruption*, p. 89.

¹⁷⁵³ HIGGINS, *Corruption*, p. 90.

¹⁷⁵⁴ SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 75 ; HUBERTS, *Governance*, p. 172 s. ; BERTÓK, *Integrity*, p. 48. DEMMKE, *Ethik*, p. 99, parle même d'exercice journalier. En ce qui concerne les moments les plus importants où une formation éthique doit intervenir, cf. HUBERTS, *Governance*, p. 172.

¹⁷⁵⁵ WYSER, *Ethique*, p. 555.

d) *Le leadership : l'importance de la formation des cadres*

- 744 Des études empiriques, notamment dans le domaine de la psychologie du comportement, ont montré que les personnes occupant des postes clés au sein de l'administration publique ont une influence déterminante sur le comportement des agents subalternes.¹⁷⁵⁶ Un leadership exemplaire motiverait ceux-ci à se comporter de la même manière ;¹⁷⁵⁷ il constituerait en ce sens une recommandation indirecte de comportement à l'égard des employés subalternes.¹⁷⁵⁸ Certains soutiennent même que le leadership est l'élément le plus important : « The tone at the top is the most important factor that impacts ethical behavior »¹⁷⁵⁹. Sans aller aussi loin, on peut affirmer que l'absence d'un leadership éthique ne peut être compensée par d'autres outils : « No amount of specific ethical policies can compensate for poor ethical values in everyday conduct »¹⁷⁶⁰. Le comportement exemplaire des cadres est également une question de crédibilité.¹⁷⁶¹
- 745 Le « leadership éthique » se compose de deux éléments. Le premier est l'intégrité du dirigeant lui-même (« moral person »). Il touche à la personnalité du dirigeant et à son comportement éthique au quotidien. Les dirigeants devraient être sensibilisés aux problématiques d'intégrité et agir de manière « correcte », cohérente et constante.¹⁷⁶² Le deuxième élément est l'aptitude du dirigeant à promouvoir les comportements éthiques parmi les agents subalternes (« moral manager »).¹⁷⁶³ Le dirigeant est donc également censé aider les agents subalternes quand ces derniers sont confrontés à des dilemmes éthiques, être à leur écoute et leur expliquer en quoi son propre comportement est conforme aux principes éthiques. Le « leadership éthique » peut donc se définir comme la conduite exemplaire du dirigeant et la promotion d'un tel comportement auprès des employés subalternes.¹⁷⁶⁴
- 746 Le comportement exemplaire des cadres ne peut être décrété ; lorsqu'il n'est pas inné, il est le résultat d'un lent processus et doit être constamment cultivé.¹⁷⁶⁵ Des formations spécifiques destinées aux cadres peuvent être organisées à cet effet. Ces formations revêtent une importance particulière dans les pays tels que la Suisse, où les cadres n'ont pas suivi une école spéciale de la fonction publique et ne sont donc pas des « dirigeants de carrière », comme c'est par exemple le cas en France.

¹⁷⁵⁶ HUBERTS, *Governance*, p. 174 ; SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 76 ; WEAVER/CLARK, *Ethics*, p. 144 ; GRAF LAMDSORFF, *Corruption*, p. 11 ; MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 426 ; WYSER, *Climats*, p. 265. Cf. également FF 2016 1590 (Rapport sur l'indépendance de l'administration décentralisée).

¹⁷⁵⁷ GRAF LAMDSORFF, *Corruption*, p. 11.

¹⁷⁵⁸ FLÜCKIGER, *Régulation*, p. 202 ; FLÜCKIGER, *Légistique*, p. 294 s.

¹⁷⁵⁹ GRAF LAMDSORFF, *Corruption*, p. 11. Cf. aussi les auteurs cités par HUBERTS, *Governance*, p. 175.

¹⁷⁶⁰ MULGAN/WANNA, *Cultures*, p. 426.

¹⁷⁶¹ FLÜCKIGER, *Régulation*, p. 202.

¹⁷⁶² HUBERTS, *Governance*, p. 175.

¹⁷⁶³ HUBERTS, *Governance*, p. 175.

¹⁷⁶⁴ WEAVER/CLARK, *Ethics*, p. 144 ; HUBERTS, *Governance*, p. 175 ; SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 76.

¹⁷⁶⁵ SCHINDLER, *Ethikförderung*, p. 76.

2. Le cadre international

L'article 7 UNCAC mentionne à deux reprises la formation des agents publics en matière de prévention de la corruption. Les Etats sont tenus de s'efforcer de faire bénéficier leurs agents publics de formations spécialisées appropriées qui les sensibilisent aux risques de corruption inhérents à l'exercice de leurs fonctions.¹⁷⁶⁶ Ces formations spécialisées traitent notamment des normes de conduite applicables. Plus spécifiquement, l'UNCAC demande aux Etats de former de manière appropriée les personnes appelées à occuper des postes publics particulièrement exposés à la corruption.¹⁷⁶⁷

747

Les recommandations de l'OCDE en matière d'intégrité de l'administration publique mentionnent non seulement la formation éthique comme élément important de la politique publique de l'intégrité, mais elles mettent également l'accent sur l'importance de la conduite exemplaire des cadres.¹⁷⁶⁸ Elles soulignent en outre qu'il importe que les agents publics aient accès aux informations sur les règles de comportement, qu'une aide et des conseils leur soient fournis en cas de besoin et qu'une culture ouverte soit instaurée en matière d'intégrité, de sorte que les agents publics n'aient pas peur de poser des questions et de s'informer sur la bonne manière de se comporter.

748

3. La formation éthique au niveau fédéral

Conformément à l'article 4 al. 2 let. b LPers, l'employeur met en œuvre les mesures propres à assurer « le développement personnel et professionnel des employés, leur formation et leur formation continue, leur motivation et leur polyvalence ». Cet article est concrétisé aux articles 4 et 18 de l'OPers qui chargent notamment le Département fédéral des finances (DFF), et plus précisément l'Office fédéral du personnel (OFPER), de sa mise en œuvre. Les formations éthiques ne sont pas mentionnées expressément dans ces articles. On peut cependant citer l'article 4 al. 1^{bis} OPers qui charge le DFF de favoriser « le développement d'une culture d'entreprise au niveau de la Confédération ». Le comportement intègre des agents publics fait sans doute partie de ladite culture d'entreprise de la Confédération.

749

L'offre de formations éthiques a été sensiblement élargie au niveau fédéral au cours des dernières années, notamment en réaction à la recommandation du GRECO de renforcer la sensibilisation aux codes de conduite et leur importance en pratique.¹⁷⁶⁹ Ainsi, il existe aujourd'hui plusieurs formations portant, du moins en partie, sur l'éthique, les règles de comportement ainsi que la prévention de la corruption. Bien qu'ouvertes à tous les agents publics, ces formations ne sont pas obligatoires. En outre, l'OFPER a

750

¹⁷⁶⁶ Art. 7 al. 1 let. d UNCAC.

¹⁷⁶⁷ Art. 7 al. 1 let. b UNCAC.

¹⁷⁶⁸ Cf. notamment la *Recommandation de l'OCDE sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public* de 1998 incluant les principes propres à favoriser la gestion de l'éthique dans le service public (ch. 3 et 8 de l'annexe), la *Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public* de 2003 (ch. 2.1.1, 2.2.1 et 2.2.4) et la *Recommandation de l'OCDE sur l'intégrité publique* de 2017 (ch. III/6., 8. et 9.).

¹⁷⁶⁹ GRECO, Rapport d'Évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'Évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 188, recommandation x).

mis sur pied un module de formation en ligne consacré spécifiquement à la prévention de la corruption.¹⁷⁷⁰ Ce module est obligatoire pour les cadres et facultatif pour les agents subalternes ;¹⁷⁷¹ les unités administratives peuvent cependant le rendre obligatoire pour leurs employés. Elles peuvent également organiser des formations spécifiques à l'interne.

L'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) organise par exemple une formation interne annuelle et obligatoire pour tous ses collaborateurs, qui traite des questions de la prévention de la corruption.¹⁷⁷² Le Centre de compétence des marchés publics (CCMP), unité rattachée à l'Office fédéral des constructions et de la logistique, comprend une section qui s'occupe spécifiquement de la conception, de la planification et de la mise en œuvre de formations en matière de marchés publics. Ces formations touchent également aux règles de comportement des agents publics et à la prévention de la corruption.¹⁷⁷³

751 Enfin, l'article 4 al. 2 let. c LPers et l'article 5 OPers chargent l'employeur de veiller au développement des cadres et de mettre en œuvre les mesures appropriées pour assurer de leur formation. Ces articles mettent un accent particulier sur le développement des capacités de gestion des cadres. Pour ce qui est de leur formation éthique, nous avons déjà mentionné que les cadres doivent obligatoirement suivre le module de formation en ligne concernant la prévention de la corruption. En outre, ils sont en principe tenus de suivre un séminaire de direction ou un module abrégé complémentaire lors desquels ils sont sensibilisés aux règles de comportement et à la prévention de la corruption, notamment par la remise d'information et par l'étude de cas pratiques.¹⁷⁷⁴

4. La formation éthique au niveau cantonal

752 Il ressort du rapport de conformité du GRECO de 2010 que plusieurs cantons offrent à leurs collaborateurs des formations qui traitent de questions d'éthique et de prévention de la corruption. Dans le canton de Schwyz, par exemple, les thèmes de l'éthique et de la prévention de la corruption font l'objet d'un exposé lors d'une réunion périodique des cadres.¹⁷⁷⁵ Dans le canton du Valais, la prévention de la corruption a été intégrée dans la journée de formation pour les nouveaux collaborateurs.¹⁷⁷⁶ Une grande partie de ces formations sont cependant des événements uniques.

¹⁷⁷⁰ Rapport GTID Corruption 2014, p. 19.

¹⁷⁷¹ Rapport GTID Corruption 2018, p. 17 s.

¹⁷⁷² GRECO, Rapport de conformité sur la Suisse du 26 mars 2010, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints (Greco RC-I/II (2009) 2F), p. 15, NBP 19.

¹⁷⁷³ Voir l'offre de formation sous perimap.admin.ch.

¹⁷⁷⁴ Cf. Stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015. Développement du personnel et des cadres dans l'administration. Projet, 30 avril 2014, ch. 5.2.

¹⁷⁷⁵ GRECO, Rapport de conformité sur la Suisse du 26 mars 2010, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints (Greco RC-I/II (2009) 2F), p. 13, NBP 18.

¹⁷⁷⁶ GRECO, Rapport de conformité sur la Suisse du 26 mars 2010, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints (Greco RC-I/II (2009) 2F), p. 13, NBP 18.

5. Appréciation

Il existe plusieurs formations éthiques au niveau fédéral. Elles ne sont toutefois pas obligatoires pour tous les agents publics. S'y ajoute le fait qu'elles constituent souvent des événements uniques et qu'elles ne sont donc pas dispensées périodiquement. Dans ces conditions, leur suivi ne peut être garanti. Les documents officiels disponibles dans ce domaine n'indiquent pas non plus que les agents publics ont la possibilité de discuter ouvertement des problèmes qu'ils rencontrent dans leur quotidien. L'effectivité des formations offertes est dès lors remise en question. 753

Il convient également d'observer que le domaine de la formation éthique manque de cohérence et de coordination. L'adoption d'une stratégie plus cohérente pour former les agents publics, qu'ils soient de l'administration centrale ou des entités administratives décentralisées, devrait être à notre avis un élément fondamental de la politique publique en matière d'intégrité de l'administration publique. Ce faisant, il conviendrait de mettre l'accent sur la formation des cadres, tant de l'administration centrale que de l'administration décentralisée, ainsi que sur les catégories d'agents publics exposés aux risques de corruption. 754

III. Le serment

1. Généralités

a) *Le serment : un outil d'intégrité*

Le serment promissoire est un outil plus traditionnel, mais non moins important pour la promotion de l'intégrité dans l'administration publique.¹⁷⁷⁷ Dans un cas relatif à l'influence de la presse sur des juges laïcs, le Tribunal fédéral a souligné l'importance du serment pour la sensibilisation à la problématique de la prévention : « non si può sottovalutare l'importanza del giuramento e della promessa solenne ». Selon lui, le serment n'est pas une simple « formule de style »¹⁷⁷⁸, mais il a une signification importante. 755

Il ne faut pas confondre le serment promissoire avec le serment judiciaire.¹⁷⁷⁹ Par ce dernier, une partie à une procédure fait une affirmation solennelle devant le juge en vue d'attester la vérité d'un fait – généralement un fait qui lui est favorable. Le serment judiciaire constitue donc un moyen de preuve. Avant l'unification des procédures civiles et pénales au niveau fédéral, certaines lois cantonales connaissaient encore ce moyen de preuve. Il n'est plus prévu dans le *Code de procédure civile*¹⁷⁸⁰ ni dans le *Code de procédure*

¹⁷⁷⁷ Cf. HODEL, Eid, p. 1 s. ; LUMINATI, Serment, p. 1 ss ; SCHINDLER, Ethikförderung, p. 77. Pour l'historique du serment en Suisse, cf. HODEL, Eid, notamment p. 148 ss, p. 254 ss, p. 288 ss. Cf. également ci-dessus N 58 ss.

¹⁷⁷⁸ ATF 116 Ia 14, c. 7.c).

¹⁷⁷⁹ Cf. HODEL, Eid, p. 72 ss.

¹⁷⁸⁰ RS 272.

*pénale*¹⁷⁸¹. Mentionnons encore le serment civique par lequel les citoyens promettent loyauté à la collectivité publique.¹⁷⁸² Ce rituel existe encore dans les cantons à *Landsgemeinde* (Appenzell Rhodes-Intérieures et Glaris).¹⁷⁸³

756 Le serment fait actuellement l'objet d'un renouveau d'intérêt. Des recherches ont montré l'importance d'être lié non seulement par des règles professionnelles, mais de se *sentir* également lié par des règles professionnelles.¹⁷⁸⁴ On reconnaît ainsi que la loi n'est pas un instrument tout-puissant et que d'autres éléments, comme par exemple l'honneur, jouent également un rôle dans un ordre juridique.¹⁷⁸⁵

On peut mentionner par exemple l'introduction du « *ethics pledge* » aux Etats-Unis en 2008, qui fut l'un des premiers actes de l'ancien président Barack Obama. Selon l'article 1^{er} du décret présidentiel sur le serment¹⁷⁸⁶, les agents publics sont tenus de signer une promesse éthique, dont le contenu figure dans le décret. Cette promesse est tellement longue qu'elle pourrait constituer un véritable code de comportement. Elle touche avant tout aux problématiques de l'acceptation d'avantages, du pantouflage et du lobbying.

b) *Les caractéristiques principales*

757 Prêter serment signifie faire la promesse publique, formelle et solennelle de respecter un certain comportement dans le futur.¹⁷⁸⁷ Le serment constitue donc un outil préventif.¹⁷⁸⁸ La promesse ne concerne pas un comportement spécifique lors d'un événement unique ; on s'engage plutôt à remplir au mieux sa mission.¹⁷⁸⁹ Lors du serment, on invoquait traditionnellement la Divinité à l'appui de l'affirmation : Dieu représentait une garantie de la sincérité de la promesse.¹⁷⁹⁰ En même temps, une personne qui violait le serment devait s'attendre (également) à un châtement divin.¹⁷⁹¹ De nos jours, la personne qui prête serment a généralement le choix d'invoquer Dieu ou non.¹⁷⁹² En Suisse, on distingue ainsi souvent entre le serment proprement dit (« Eid » / « *giuramento* »), lors duquel on promet devant Dieu, et la « promesse solennelle » (« *Handgelübde* » / « *promessa solenne* ») où la personne promet « sur [son] honneur et [sa] conscience »¹⁷⁹³. Certains cantons n'utilisent cependant ni l'un ni l'autre terme : dans le canton de Tessin, les membres du Conseil d'Etat doivent faire une « déclaration de

¹⁷⁸¹ RS 312.0.

¹⁷⁸² Cf., à ce propos, HODEL, Eid, p. 394 ss.

¹⁷⁸³ LUMINATI, Serment, p. 3. Pour l'Appenzell Rhodes-Intérieures, cf. le ch. 2 de l'annexe de la *Verordnung über die Landsgemeinde und die Gemeindeversammlung* (RS/AI 160.410) et pour Glaris l'art. 1^{er} *Gesetz über die Eidesformeln* (RS/GL I D/23/1).

¹⁷⁸⁴ HEYWOOD/ROSE, Challenge, p. 115.

¹⁷⁸⁵ GUZZETTA, Limits, p. 30 ; SHEPPARD, Swear, p. 108.

¹⁷⁸⁶ Executive Order 13490 du 21 janvier 2009 du président des Etats-Unis d'Amérique.

¹⁷⁸⁷ SHEPPARD, Swear, p. 106 s.

¹⁷⁸⁸ Cf. l'ATF 116 Ia 14, c. 7.c).

¹⁷⁸⁹ SHEPPARD, Swear, p. 107.

¹⁷⁹⁰ Cf. à ce propos HODEL, Eid, p. 11 ss.

¹⁷⁹¹ SHEPPARD, Swear, p. 106.

¹⁷⁹² Cf. Hodel, Eid, p. 102 ss.

¹⁷⁹³ Cf. l'art. 2 Loi du 27 novembre 1875 modifiant la formule du serment en application de l'article 49 al. 2 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (RS/FR 129.1.2).

fidélité à la Constitution et aux lois »¹⁷⁹⁴. Nous utiliserons par la suite le terme de serment pour désigner toutes les formes de promesses.

Le serment est public : il s'énonce généralement à voix haute en présence d'autres personnes.¹⁷⁹⁵ C'est à celles-ci que l'on promet un certain comportement. Il ne s'agit donc pas d'une promesse à un être supérieur ou à soi-même, mais bien à d'autres personnes, soit aux administrés dans le domaine de la politique ou de l'administration publique.¹⁷⁹⁶ Le terme « solennel », qui est souvent utilisé dans le contexte des serments indique en outre que le cadre de la promesse est rituel ; dans certains systèmes, il s'agit même d'un véritable rituel important.¹⁷⁹⁷

758

L'élément rituel est d'ailleurs parfois explicitement décrit dans la loi. Dans le canton d'Uri, par exemple, la loi prescrit qu'après la validation de l'élection, les élus se déplacent à l'église pour prêter serment pendant que les cloches de cette dernière sonnent : « Nach der Wahlvalidierung begeben sich der Landrat und der Regierungsrat unter dem Geläute der Glocken in die Pfarrkirche zur feierlichen Eidesleistung und zum Ablegen des Gelübdes »¹⁷⁹⁸.

Dans plusieurs autres cantons, la loi prescrit que les personnes présentes dans la salle se lèvent pendant l'assermentation.¹⁷⁹⁹

La formule du serment varie. Elle peut être concise et constituer une simple promesse de respecter la constitution ou la loi ou encore d'exécuter ses tâches consciencieusement. Elle peut également être longue et contenir des promesses plus détaillées concernant le comportement. Elle ressemble alors au contenu d'un code de comportement.¹⁸⁰⁰

759

c) *La qualification juridique*

Le serment est une mesure de droit souple à forte valeur symbolique.¹⁸⁰¹ Notons cependant que des conséquences juridiques sont prévues pour celui qui refuserait de prêter serment.¹⁸⁰²

760

Le serment ne tend pas à remplacer les règles de comportement ou la loi. Agissant à un niveau émotionnel plutôt que rationnel, il est complémentaire à ces dernières ; il constitue donc un instrument de mise en œuvre de la règle légale.

761

¹⁷⁹⁴ « Dichiarazione di fedeltà alla Costituzione e alle leggi », cf. l'art. 86 *Legge sull'esercizio dei diritti politici* (RS/TI 150.100).

¹⁷⁹⁵ SHEPPARD, *Swear*, p. 107.

¹⁷⁹⁶ SHEPPARD, *Swear*, p. 107. SHEPPARD ajoute en plus que le serment représenterait un lien entre la personne prêtant serment et l'institution ou la loi.

¹⁷⁹⁷ Cf., à propos de la cérémonie de prestation de serment et son importance, HODEL, *Eid*, p. 65 ss.

¹⁷⁹⁸ Cf. l'art. 3 *Geschäftsordnung des Landrats* (RS/UR 2.3121).

¹⁷⁹⁹ Cf. p. ex. la loi bernoise (art. 3 *Règlement du Grand Conseil*, RS/BE 151.211) ou la loi thurgovienne (§ 3 *Geschäftsordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau*, RS/TG 171.1).

¹⁸⁰⁰ Cf. p. ex. l'exemple états-unien cité ci-dessus N 756.

¹⁸⁰¹ SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 59 ; FLÜCKIGER, *Légistique*, p. 278.

¹⁸⁰² Cf. p. ex. art. 3 al. 3 LParl.

d) *Les buts du serment*

762 Le serment poursuit essentiellement deux buts. D'une part, il représente un appel à la conscience de l'agent public.¹⁸⁰³ En prêtant serment publiquement, celui-ci prend conscience de ses responsabilités envers la collectivité et les administrés, et ce à un niveau émotionnel plutôt que rationnel.¹⁸⁰⁴ Le cadre rituel renforce en outre cet appel à la conscience : la personne devant prêter serment réalise qu'il s'agit de quelque chose d'important. D'autre part, le serment vise à établir une relation de confiance entre l'agent public et les administrés.¹⁸⁰⁵ Un auteur compare le serment aux promesses faites lors d'un mariage : tant que l'agent public n'est pas libéré de sa promesse, il ressent un devoir moral de la tenir envers les administrés.¹⁸⁰⁶

e) *Les déclarations d'intégrité : une forme atténuée du serment*

763 Certains ordres légaux prévoient que les agents publics signent un document contenant différentes règles de comportement ; ils confirment ainsi qu'ils ont pris connaissance de ces règles et promettent de les respecter. Le document en question peut être général, comme par exemple un code d'éthique, ou contenir des obligations spécifiques au domaine pertinent. Au niveau fédéral, cette promesse faite par écrit porte le nom de déclaration d'intégrité.

764 La déclaration d'intégrité constitue-t-elle une forme moderne du serment ? Même si elle présente plusieurs des caractéristiques principales du serment – elle consiste en la promesse formelle de respecter un certain comportement dans le futur –, l'élément de la publicité lui fait défaut. Or, le fait d'énoncer la promesse à voix haute est un point crucial pour se rendre compte de l'importance de l'engagement pris. Une signature est moins émotionnelle ; elle constitue de nos jours une action quotidienne et banale. Notons cependant que la signature d'une déclaration d'intégrité peut également être organisée dans un cadre rituel. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que la déclaration d'intégrité ne peut pas remplacer le serment, mais qu'elle en constitue une forme atténuée.

f) *Excursus : les clauses d'intégrité en droit des marchés publics*

765 Il existe une institution similaire aux déclarations d'intégrité dans le domaine des marchés publics : les « pactes d'intégrité ». Il s'agit d'engagements, simples ou contractuels, que prennent les différentes parties à un marché public en matière de transparence et d'intégrité.¹⁸⁰⁷ Ils visent donc d'un côté à responsabiliser les agents publics de l'autorité adjudicatrice et, de l'autre, à garantir la qualité des soumissionnaires.¹⁸⁰⁸ A

¹⁸⁰³ SCHINDLER, Ethikförderung, p. 77. Cf. également l'ATF 116 Ia 14, c. 7.c).

¹⁸⁰⁴ HODEL, Eid, p. 23 ss ; SCHINDLER, Ethikförderung, p. 77.

¹⁸⁰⁵ HODEL, Eid, p. 62 s. ; SCHINDLER, Ethikförderung, p. 77.

¹⁸⁰⁶ SHEPPARD, Swear, p. 107. Cf. ci-dessus NBP 1247 pour une autre comparaison au contexte matrimonial.

¹⁸⁰⁷ Cf. pour l'origine des pactes d'intégrité CRAVERO, Pactes, p. 552 ss.

¹⁸⁰⁸ CRAVERO, Pactes, p. 552.

cet égard, les pactes peuvent par exemple inviter les soumissionnaires à se doter d'un code de conduite et à prévoir des peines conventionnelles.¹⁸⁰⁹

Le droit fédéral connaît l'instrument de la « clause d'intégrité ». La Conférence des achats de la Confédération recommande aux autorités adjudicatrices d'inclure dans les contrats avec les entreprises privées une clause relative à l'intégrité, destinée à prévenir la corruption dans le domaine des marchés publics.¹⁸¹⁰ Par cette clause d'intégrité, les soumissionnaires s'engagent à « prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter la corruption. Ils s'abstiennent en particulier d'offrir ou d'accepter de l'argent ou tout autre avantage »¹⁸¹¹. Tout manquement au devoir d'intégrité entraîne non seulement l'annulation de l'adjudication et la résiliation anticipée du contrat de marché public, mais également l'obligation pour l'entreprise de s'acquitter d'une peine conventionnelle. Cette « clause d'intégrité » ne constitue donc pas un serment, mais une clause contractuelle.

2. Le serment au niveau fédéral

a) *Le serment des membres du Conseil fédéral*

Au sein du pouvoir exécutif fédéral, seuls les membres du Conseil fédéral ont l'obligation de prêter serment. Selon l'article 3 al. 1 et 2 LParl, ces derniers prêtent serment ou font leur promesse solennelle immédiatement après leur élection, donc avant d'entrer en fonction. Le serment ou la promesse solennelle est une condition nécessaire pour entrer en fonction.¹⁸¹² Selon l'article 3 al. 4 et 5 LParl les formules sont les suivantes :

766

Formule du serment : « Je jure devant Dieu tout-puissant d'observer la Constitution et les lois et de remplir en conscience les devoirs de ma charge ».

Formule de la promesse solennelle : « Je promets d'observer la Constitution et les lois et de remplir en conscience les devoirs de ma charge ».

b) *Les déclarations d'intégrité des agents publics qui participent à la passation de marchés publics*

Contrairement aux membres du Conseil fédéral, les agents publics de la Confédération ne doivent pas prêter serment.¹⁸¹³ Le Conseil fédéral avait déjà renoncé à introduire cette obligation lors de l'adoption du Statut fédéral.¹⁸¹⁴

767

¹⁸⁰⁹ CRAVERO, Pactes, p. 553 s.

¹⁸¹⁰ FF 2003 4653 (Rapport sur la prévention de la corruption).

¹⁸¹¹ Le texte de la clause d'intégrité peut être retrouvé sur le site www.bkb.admin.ch > Services d'achat > Prévention de la corruption > Moyen auxiliaire.

¹⁸¹² Cf. également HODEL, Eid, p. 304 ss et 374 ss.

¹⁸¹³ Cf. cependant pour les militaires l'art. 78 *Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire* (LAAM, RS 510.10).

¹⁸¹⁴ FF 1924 III 62 (Message Statut fédéral).

768 Toutefois, les agents publics de la Confédération qui participent à la passation de marchés publics doivent depuis quelque temps signer périodiquement une déclaration d'intégrité.¹⁸¹⁵ Ils confirment ainsi qu'ils ont pris connaissance des règles de comportement et promettent implicitement de les respecter. Cette déclaration d'intégrité a pour but de sensibiliser les collaborateurs à la problématique de la corruption dans le domaine des marchés publics.¹⁸¹⁶ Il est en outre prévu d'élargir l'obligation de signer une déclaration d'intégrité aux mandataires extérieurs à l'administration fédérale qui s'occupent de l'élaboration d'un marché public ou de l'évaluation d'entreprises soumissionnaires.¹⁸¹⁷

3. Le serment au niveau cantonal

769 A l'instar des membres du Conseil fédéral, les membres des Conseils d'Etat cantonaux doivent prêter serment.¹⁸¹⁸ L'assermentation se fait après la validation de l'élection, devant le parlement cantonal et dans un cadre rituel.¹⁸¹⁹

770 Contrairement à la réglementation fédérale, plusieurs normes cantonales prévoient que les agents publics doivent également prêter serment. Dans le canton d'Argovie, par exemple, tous les agents publics doivent prêter serment.¹⁸²⁰ Dans une grande partie des cantons, les membres de la police cantonale doivent prêter serment avant d'entrer

¹⁸¹⁵ Cf. les formulaires pour la déclaration sur le site beschaffung.admin.ch > Informations pour les services demandeurs > Déclarations d'impartialité. P. ex. les agents de l'OFROU, de la Chancellerie fédérale, de l'OFCL ou de l'OFIT, cf. FF 2015 1229 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

¹⁸¹⁶ Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les marchés publics du 1^{er} avril 2015, p. 6.

¹⁸¹⁷ Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les marchés publics du 1^{er} avril 2015, p. 6.

¹⁸¹⁸ Cf. les réglementations cantonales suivantes : art. 16 *Loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration*, RS/BE 152.01 ; § 32 Cst./LU ; art. 82 Cst./UR ; § 1 *Geschäftsordnung für den Regierungsrat*, RS/SZ 143.112 ; art. 55 Cst./OW ; § 1 *Landratsbeschluss über Amtseid und Handgelübde*, RS/NW 161.12 ; art. 2 *Gesetz über die Eidesformeln*, RS/GL I D/23/1 ; § 1 *Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates*, RS/ZG 151.1 ; art. 94 *Loi sur l'exercice des droits politiques*, RS/FR 115.1 ; art. 62 Cst./SO ; § 59 Cst./BL ; art. 44 Cst./SH ; art. 1 ss *Gesetz über den Eidschwur*, RS/AR 111.3 ; art. 17 *Verordnung über die Landsgemeinde und die Gemeindeversammlungen*, RS/AI 160.410 ; art. 13 *Staatsverwaltungsgesetz*, RS/SG 140.1 ; art. 82 *Geschäftsordnung des Grossen Rates*, RS/GR 170.140 ; § 74 Cst./AG ; § 3 *Geschäftsordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau*, RS/TG 171.1 ; art. 22 *Regolamento sull'organizzazione del Consiglio di Stato e dell'Amministrazione*, RS/TI 172.210 ; art. 16 *Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat*, RS/VD 172.115 ; art. 73 *Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs*, RS/VS 171.1 ; art. 126 *Loi d'organisation du Grand Conseil*, RS/NE 151.10 ; art. 19 *Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève*, RS/GE B 1 01. L'assermentation des membres du Conseil d'Etat du canton du Jura a lieu au même moment que l'assermentation des députés, mais n'est pas prévu par la loi ; selon la Chancellerie d'Etat jurassienne, l'assermentation des conseillers d'Etat est une coutume. Enfin, une assermentation n'a pas lieu pour les membres du Conseil d'Etat dans le canton de Bâle-Ville.

¹⁸¹⁹ Cf. p. ex. la loi bernoise (art. 16 *Loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration*, RS/BE 152.01) ou la loi lucernoise (art. 7 *Gesetz über die Rechtsstellung der obersten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden*, RS/LU 50).

¹⁸²⁰ Cf. § 8 *Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts* (RS/AG 165.100). Les agents publics n'ayant pas le statut de «fonctionnaire» ne le font pas oralement, mais en signant leurs contrats de travail ; on retrouve ici la déclaration d'intégrité, cf. ci-dessus N 763 s.

en fonction.¹⁸²¹ Dans certains cantons les chanceliers d'Etat¹⁸²², le préposé à la protection des données et à la transparence¹⁸²³, le chef du contrôle des finances¹⁸²⁴, les fonctionnaires tenus au secret fiscal¹⁸²⁵ ou encore les membres des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte¹⁸²⁶ doivent également prêter serment.

Enfin, certains cantons connaissent l'obligation de signer une déclaration d'intégrité, plutôt que celle de prêter serment oralement.¹⁸²⁷ 771

IV. Synthèse

Dans ce qui précède, nous avons présenté trois instruments de droit souple promouvant l'intégrité de l'administration publique : les codes de conduite – des recommandations de comportement adressées aux agents publics qui reprennent avant tout les règles de comportement juridiquement obligatoires –, la formation éthique – une recommandation implicite de comportement à l'intention des agents publics – ainsi que le serment – une mesure de mise en œuvre agissant à un niveau émotionnel. 772

Ces mesures sont à notre avis primordiales pour l'intégrité de l'administration publique. Elles tendent non seulement à informer les agents publics de leurs droits et devoirs, mais également à leur communiquer, voire enseigner la bonne manière de se comporter. Les différentes formes du serment, et dans une moindre mesure les codes de conduite et la formation éthique, constituent des appels à la conscience de l'agent public et agissent, ainsi, à un niveau émotionnel plutôt que rationnel. L'objectif premier de ces mesures est d'instaurer une culture d'intégrité au sein de l'administration publique. En ce sens, elles sont des instruments nécessaires et complémentaires à la loi. 773

Enfin, ces mesures de droit souple peuvent – et doivent à notre avis – également être appliquées aux privés exécutant des tâches publiques. Nous avons par exemple relevé qu'il est prévu d'obliger les mandataires extérieurs à l'administration fédérale à signer une déclaration d'intégrité. 774

¹⁸²¹ Cf. p. ex. la loi neuchâteloise (art. 77 *Loi sur la police neuchâteloise*, RS/NE 561.1) ou la loi jurassienne (art. 118 *Loi sur la police cantonale*, RS/JU 551.1).

¹⁸²² Cf. p. ex. la loi nidwaldienne (§ 1 Landratsbeschluss über Amtseid und Handgelübde, RS/NW 61.12) et la loi genevoise (art. 17 Règlement pour l'organisation du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève, RS/GE B 1 15.03).

¹⁸²³ § 2 Weisung über die Leistung des Amtsgelübdes vom 19.04.2005 (RS/SO 126.321).

¹⁸²⁴ § 2 Weisung über die Leistung des Amtsgelübdes vom 19.04.2005 (RS/SO 126.321).

¹⁸²⁵ Art. 5 Loi sur la prestation des serments (RS/GE A 2 15).

¹⁸²⁶ § 1 Landratsbeschluss über Amtseid und Handgelübde (RS/NW 61.12).

¹⁸²⁷ Cf. p. ex. la loi tessinoise (art. 86 *Legge sull'esercizio dei diritti politici*, RS/TI 150.100) et la loi saint-galloise (pour les parlementaires : art. 29 *Geschäftsreglement des Kantonsrats*, RS/SG 131.11) Voir à ce propos également le code de comportement lucernois que les agents publics doivent signer. Il s'agit d'un cas-limite entre serment et code de comportement. Cf. ci-dessus N 737.

§ 7 La transparence et l'intégrité

« Plus l'exercice du pouvoir politique est exposé à un grand nombre de tentations, plus il faut donner à ceux qui en sont chargés de puissants motifs pour y résister. Mais il n'en est point de plus constant et de plus universel que la surveillance du public. »¹⁸²⁸

La transparence est un élément primordial pour la prévention de la corruption. Dans ce chapitre, nous analyserons de plus près le rapport entre la transparence et l'intégrité. Après une section introductive sur l'interdépendance entre la transparence et l'intégrité de l'administration publique (I.), nous traiterons de trois questions choisies sur l'information passive et l'information active (II.) et, enfin, de l'alerte éthique (III.).

775

¹⁸²⁸ BENTHAM JÉRÉMIE, *Tactique des assemblées politiques délibérantes*, Bruxelles 1840, p. 30.

I. L'interdépendance entre la transparence et l'intégrité

1. Les multiples fonctions de la transparence en matière d'intégrité

776 Dans le domaine de l'intégrité de l'administration publique, la transparence revêt une importance fondamentale : elle constitue à la fois un principe directeur, une méthode de promotion de l'intégrité et un outil de contrôle. La transparence sert autant à prévenir les irrégularités dans l'administration publique qu'à contrôler la mise en œuvre des diverses règles d'intégrité et à détecter les irrégularités, voire les cas de corruption. Les éléments de la transparence apparaissent en outre sous plusieurs formes. Ils peuvent se superposer et impliquent tous les acteurs de l'Etat. De plus, les informations circulent dans plusieurs directions et entre différents acteurs. Le but visé est toujours d'apporter la lumière dans l'éventuelle obscurité de l'administration publique et, ce faisant, d'instaurer une « atmosphère d'intégrité »¹⁸²⁹.

2. La transparence à l'égard de l'employeur et la transparence à l'égard du public

777 Nous avons relevé dans le chapitre dédié aux règles de comportement des agents publics, que ceux-ci ont plusieurs obligations d'annonce, d'autorisation, voire de publication.¹⁸³⁰ Le rapport entre la transparence et l'intégrité apparaît de manière évidente dans l'obligation faite aux agents publics de déclarer leurs intérêts ou des éléments de leur patrimoine.¹⁸³¹ Les obligations d'annonce existent cependant aussi en matière d'activités accessoires, de pantouflage, de récusation ou encore d'acceptation d'avantages. La plupart de ces mesures constituent des obligations de transparence à l'égard de l'employeur, soit à l'égard de l'Etat ;¹⁸³² exceptionnellement, l'agent public est tenu de publier directement des informations et de les mettre ainsi à disposition des citoyens.¹⁸³³ Nous verrons en outre ci-dessous que l'agent public est non seulement obligé d'informer son employeur, ou de manière plus générale l'Etat, des faits qui le concernent lui-même, mais qu'il peut ou doit également lui annoncer, voire dénoncer, des irrégularités et des faits illicites constatés dans l'administration publique (alerte éthique).

778 La transparence ne concerne pas seulement les agents publics : l'Etat et les citoyens jouent également un rôle important. Ainsi, la législation peut prévoir des obligations d'information active de la part de l'Etat en général – et non spécifiquement des agents publics – et permettre aux citoyens de demander l'accès à des informations administratives. Il s'agit là des mesures de transparence à l'égard du public. Les documents qui sont alors publiés peuvent toutefois concerner les agents publics ou contenir leurs

¹⁸²⁹ ROSANVALLON, Gouvernement, p. 365.

¹⁸³⁰ Cf. ci-dessus § 5.

¹⁸³¹ Cf. ci-dessus N 560 ss.

¹⁸³² Ce type d'information est également appelé « information interne », par opposition à l'« information externe » qui concerne l'information du public, cf. MAHON, Information, p. 228.

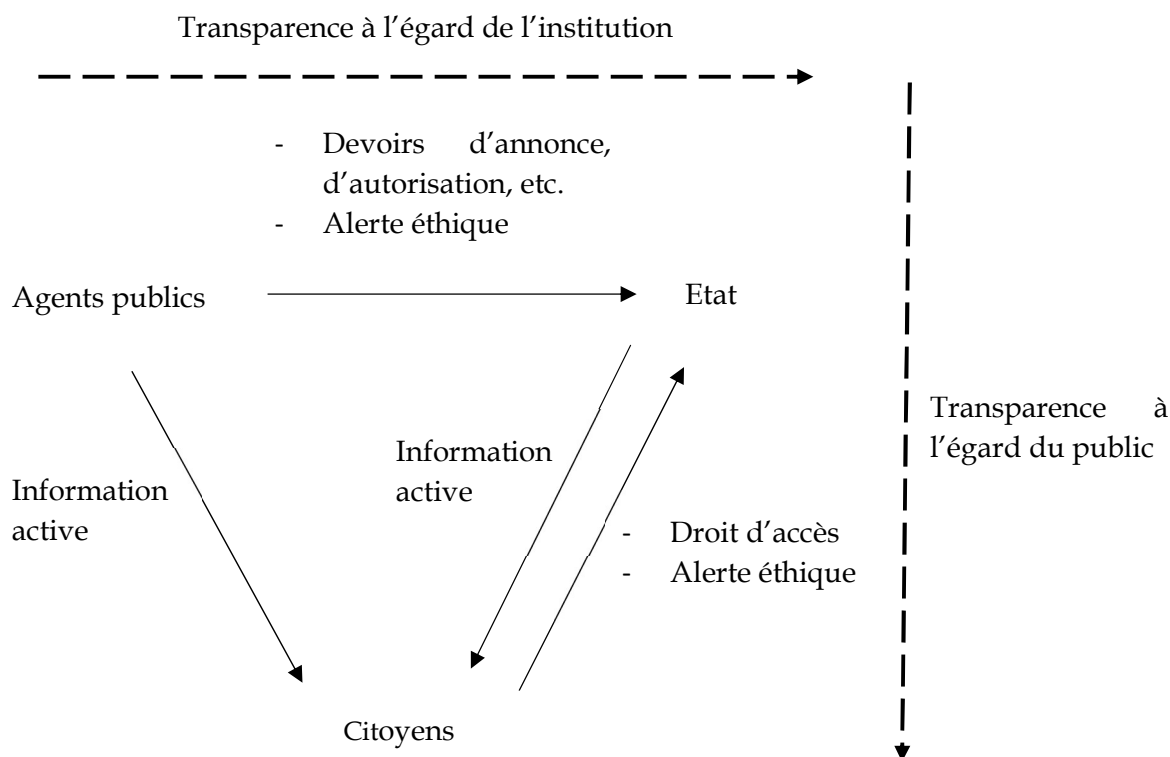
¹⁸³³ En cas d'obligations de publication directe, les agents publics agissent en représentation de l'Etat envers les citoyens, mais en conformité avec une obligation d'intégrité qu'ils ont en tant que personne privée envers leur employeur, l'Etat.

données personnelles. Ces deniers doivent le cas échéant être consultés en tant que personnes privées avant l'éventuelle publication de leurs données personnelles. Il apparaît par conséquent que les différentes obligations et les différents mécanismes de transparence sont tous liés les uns aux autres.

Le rapport étroit entre la transparence et l'intégrité peut être illustré comme suit :

779

Tableau 5 : Le rapport entre la transparence et l'intégrité



3. La transparence comme outil de promotion de l'intégrité

L'information active de la part des pouvoirs publics et le droit d'accès des citoyens aux documents officiels sont considérés comme des éléments primordiaux des stratégies de prévention de la corruption et de promotion de l'intégrité.¹⁸³⁴ La transparence a même été appelée la « gardienne publique de l'intégrité »¹⁸³⁵. Tout d'abord, la mise à disposition d'informations sur les affaires publiques – que ce soit d'office ou sur demande – permet aux citoyens de participer à la chose publique et de procéder à un

780

¹⁸³⁴ Cf. notamment CERRILLO, *Transparency*, p. 1 ; RANGONE, *Behavioural*, p. 82 ; HEYWOOD/ROSE, *Challenge*, p. 113 ; TERRACINO, *Framework*, p. 134. Cf., pour des avis contraires, les références citées par CERRILLO, *Transparency*, p. 13.

¹⁸³⁵ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 355.

contrôle (diffus) des activités des administrations publiques.¹⁸³⁶ Ils peuvent donc s'assurer eux-mêmes de l'intégrité de l'administration publique, ce qui renforce la confiance qu'ils portent aux institutions publiques. En ce sens, une administration publique transparente, qui est par ailleurs un élément de la « bonne gouvernance »¹⁸³⁷, aide à légitimer l'action de l'Etat.¹⁸³⁸ Ensuite, ce contrôle diffus par les administrés peut permettre de détecter des irrégularités ou des cas de corruption. Enfin, la simple « menace » d'un tel contrôle par les administrés a également un effet préventif : sachant que la possibilité d'être découverts est beaucoup plus grande dans un environnement transparent, les agents publics sont incités à respecter un comportement intègre en tout temps et dès leur entrée en fonction.¹⁸³⁹

Dans ses écrits, JÉRÉMIE BENTHAM s'était intéressé aux raisons justifiant la publicité de manière générale. Il en avait cité quatre, qui rejoignent les effets mentionnés ci-dessus.¹⁸⁴⁰ Il soulignait tout d'abord la pression démocratique que pouvait avoir la publicité : « Plus l'exercice du pouvoir politique est exposé à un grand nombre de tentations, plus il faut donner à ceux qui en sont chargés de puissants motifs pour y résister. Mais il n'en est point de plus constant et de plus universel que la surveillance du public »¹⁸⁴¹. Il affirmait ensuite que la publicité avait pour effet d'assurer la confiance du peuple et son assentiment aux mesures législatives et qu'elle constituait, dès lors, un moyen de renforcement de la crédibilité du gouvernement : « [...] car pourquoi se cacher, si l'on ne craint pas d'être vu ? Autant il importe à l'improbité de s'entourer de ténèbres, autant il importe à l'innocence de marcher au grand jour, de peur d'être prise pour son adversaire »¹⁸⁴². La publicité était en outre une condition essentielle du bon fonctionnement du système électoral ; pour effectuer un bon choix lors des élections, les citoyens devaient être informés de manière adéquate.¹⁸⁴³ Enfin, la publicité permettait selon BENTHAM de faire bénéficier les gouvernants des éventuelles réflexions et propositions du public. En effet, BENTHAM partait de l'idée que les représentants n'étaient pas forcément les plus capables, les plus sages et les plus éclairés d'une nation.¹⁸⁴⁴

II. L'information active et l'information passive : trois questions choisies

781 Nous nous pencherons ci-après sur trois problématiques spécifiques, qui jouent un rôle important en matière d'intégrité. Après une brève présentation du cadre juridique général en matière de transparence (1.), nous traiterons de l'information active en matière d'intégrité (2.), de l'élargissement du champ d'application à certains privés (3.)

¹⁸³⁶ WALTER, Accès, p. 79 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 941 ; THURNHERR, Öffentlichkeit, p. 165 ; SPRECHER, Transparenz, p. 151 s.

¹⁸³⁷ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, p. 301.

¹⁸³⁸ MAHON, Information, p. 213, 218 et 225 ; STEIGER, Art. 21, N 4 ; DEMMKE ET AL., Conflicts, p. 67 ; SPRECHER, Transparenz, p. 151 s.

¹⁸³⁹ DEMMKE, Ethik, p. 135 ; CERRILLO, Transparency, p. 2 s ; CLARICH/MATTARELLA, Prevenzione, p. 65 ; SORBELLO, Trasparenza, p. 146.

¹⁸⁴⁰ Cf. BENTHAM, Tactique, p. 29 ss.

¹⁸⁴¹ BENTHAM, Tactique, p. 30.

¹⁸⁴² BENTHAM, Tactique, p. 32.

¹⁸⁴³ BENTHAM, Tactique, p. 36 s.

¹⁸⁴⁴ BENTHAM, Tactique, p. 37 ss.

ainsi que du rapport entre la transparence et la protection des données personnelles (4.).

1. Remarques introductives : la transparence en droit

a) *La distinction entre l'information active et l'information passive*

Il existe plusieurs manières de classer les divers types d'activités étatiques d'information.¹⁸⁴⁵ On peut les classer selon leur objet ou leur contenu, selon le processus d'information, selon leurs destinataires ou encore selon les canaux de l'information.¹⁸⁴⁶ Nous nous baserons avant tout sur la distinction entre l'information active et l'information passive.¹⁸⁴⁷

782

i. L'information active

L'information active, appelée aussi information d'office, représente la communication spontanée, par les autorités, de documents ou d'informations sur l'activité de l'Etat.¹⁸⁴⁸ Elle s'adresse au public¹⁸⁴⁹ et constitue un acte matériel.¹⁸⁵⁰ Elle crée une certaine transparence « de base » sans qu'il y ait besoin d'une demande explicite de la part des citoyens.

783

L'information active peut être laissée au bon vouloir des administrateurs publics ou l'ordre juridique peut contenir des devoirs concrets de publication, obligeant ainsi l'Etat à publier des données et des informations sur l'activité administrative.¹⁸⁵¹ L'ordre juridique peut également prévoir des mécanismes permettant aux citoyens de se plaindre en cas de violation d'une obligation de publication par une unité administrative.¹⁸⁵²

784

¹⁸⁴⁵ Cf. pour les définitions des termes « information » et « données », WEBER/LAUX/OERTLY, Datenpolitik, p. 5 ss.

¹⁸⁴⁶ MAHON, Information, p. 223 ss.

¹⁸⁴⁷ Pour une analyse exhaustive du domaine de la transparence, cf. p. ex. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 939 ss, ou SPRECHER, Transparenz, p. 158 ss et les références citées. Nous ne traiterons donc en particulier pas de l'information comme bien économique ni des problématiques de la réutilisation des données, de la responsabilité pour les données ou de l'autorité sur les données (cf. à ce sujet notamment les discussions autour de l'« Open Government Data » qui vise à permettre aux administrés d'utiliser les données dont disposent l'Etat, WEBER/LAUX/OERTLY, Datenpolitik, p. 1 ss, et la Stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse pour les années 2014 à 2018, approuvée par le Conseil fédéral, FF 2014 3347). Nous ne traiterons pas non plus de l'information sur les objets soumis à votation ou encore de l'information incitatrice.

¹⁸⁴⁸ Cf., pour la distinction opérée entre l'information active en tant qu'activité gouvernementale et l'information active en tant qu'activité administrative, THURNHERR, Öffentlichkeit, p. 164.

¹⁸⁴⁹ MAHON, Information, p. 226 ; BELLANGER, Information, p. 176 ; FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 71.

¹⁸⁵⁰ BRUNNER, Persönlichkeitsschutz, p. 623.

¹⁸⁵¹ MAHON, Information, p. 227 ; CERRILLO, Transparency, p. 19. Certains auteurs soutiennent que l'obligation pour les autorités de publier certaines informations constitue une troisième catégorie, se situant entre l'information active et l'information passive (MAHON, Information, p. 227, n. 117). A notre avis, elle n'est qu'une modalité de l'information active.

¹⁸⁵² CERRILLO, Transparency, p. 19.

Le droit de porter plainte pour violation d'une obligation de publication existe notamment dans l'ordre juridique italien.¹⁸⁵³ Lorsqu'une telle plainte est déposée, l'autorité doit rendre une décision dans un délai de 30 jours.¹⁸⁵⁴

ii. L'information passive

785 L'information passive, appelée aussi information sur demande ou principe de la transparence, désigne la communication de documents ou d'informations par l'Etat à la suite d'une demande d'accès à des documents officiels de la part d'un administré.¹⁸⁵⁵ Lorsqu'il existe un véritable *droit d'accès*, l'administré ne doit faire valoir aucun motif spécifique à l'appui de sa demande ; il ne doit en particulier pas disposer d'un intérêt digne de protection. L'administré doit cependant décrire, du moins dans les grandes lignes, le document en question. Cet aspect constitue sans doute le point faible de l'information passive : si le citoyen n'est pas au courant de l'existence d'un certain document, il ne peut pas demander à y avoir accès.¹⁸⁵⁶

786 L'étendue du droit d'accès à des documents officiels dépend de la législation de mise en œuvre et des modalités que celle-ci prévoit. Ainsi, la législation d'application exclut souvent du droit d'accès certains types de documents – typiquement les notes manuscrites ou encore les brouillons –, certaines autorités ou entités de l'administration ou encore certaines procédures.¹⁸⁵⁷

iii. La complémentarité entre l'information active et l'information passive

787 Les mécanismes de l'information active et de l'information passive sont complémentaires : c'est en les combinant qu'une transparence administrative adéquate peut être atteinte.¹⁸⁵⁸ En effet, le droit d'accès des particuliers n'est effectif que si les autorités mettent assez d'informations à disposition de manière active. C'est sur la base de ces informations que les particuliers peuvent savoir quels sont les autres documents qui existent et quels sont ceux qui pourraient être pertinents pour le contrôle de l'administration publique. A l'inverse, le droit d'accès à des documents permet aux citoyens de demander à l'administration une information spécifique sans qu'ils doivent la trouver eux-mêmes dans la surabondance des données administratives.¹⁸⁵⁹

¹⁸⁵³ Cf. l'art. 5 al. 1 d.lgs. 33/2013 (tel que révisé par le d.lgs. 97/2016). On parle à cet égard de l'accès civique (« *accesso civico* »). Le droit d'accès aux documents officiels s'appelle en revanche l'accès civique généralisé (« *accesso civico generalizzato* »).

¹⁸⁵⁴ Cf. l'art. 5 al. 6 d.lgs. 33/2013 (tel que révisé par le d.lgs. 97/2016).

¹⁸⁵⁵ FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 70. Nous ne traiterons ici ni du droit d'accès au dossier des parties à une procédure administrative ni du droit d'accès à ses propres données personnelles.

¹⁸⁵⁶ MAHON, *Information*, p. 227, CERRILLO, *Transparency*, p. 6.

¹⁸⁵⁷ Cf. pour le droit fédéral les art. 2 ss LTrans.

¹⁸⁵⁸ Cf. notamment MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 973 ; SPRECHER, *Transparenz*, p. 157 ; STEIGER, Art. 21, N 5 ; EHRENZELLER/SAXER/BRUNNER, Art. 180, N 29 ; BRUNNER, *Persönlichkeitsschutz*, p. 601. En raison de cette forte interdépendance entre l'information active et l'information passive, il a été proposé de réglementer dans une seule loi fédérale l'entier du domaine du droit de l'information administrative (cf. p. ex. WEBER/JAUX/OERTLY, *Datenpolitik*, p. 146 ; MAHON, *Information*, p. 345 s.).

¹⁸⁵⁹ WEBER/JAUX/OERTLY, *Datenpolitik*, p. 135 s.

La législation peut prévoir des mécanismes automatiques d'interaction entre les deux types d'information. Ainsi, certains systèmes juridiques prévoient l'obligation pour l'Etat de publier activement les documents auxquels il a été donné accès, mais également les documents auxquels l'accès a seulement été *demandé* une ou plusieurs fois. En plus de favoriser la transparence, de telles clauses automatiques répondent également au principe d'efficacité : dans la mesure où il a déjà été décidé que le document ou l'information en question peut être publié, la publication pour tous les administrés épargne du temps et du travail à l'administration.¹⁸⁶⁰

788

Aux Etats-Unis, par exemple, les autorités administratives doivent publier activement les documents auxquels l'accès a été demandé au moins trois fois.¹⁸⁶¹ Elles doivent également publier les documents auxquels l'accès a été demandé qu'une seule fois, mais dont elles estiment qu'ils feront probablement l'objet d'autres demandes d'accès dans le futur.¹⁸⁶²

iv. L'information sur l'information, la transparence sur la transparence

Une information active non coordonnée de la part de l'Etat peut mener à une situation où il devient impossible pour les citoyens d'analyser et de contrôler la quantité immense d'informations. Cette situation, également appelée « transparence opaque »¹⁸⁶³ ou « data smog »¹⁸⁶⁴, constitue l'un des défis majeurs de la transparence administrative, que ce soit aujourd'hui ou à l'avenir ; certains vont même jusqu'à dire que cette opacité grandissante est une nouvelle forme de despotisme qui mine les sociétés démocratiques de l'intérieur.¹⁸⁶⁵

789

La réponse à la transparence opaque ne consiste pas à informer moins, mais à informer de manière plus coordonnée. Ainsi, l'Etat peut par exemple mettre à disposition des métadonnées sur les informations disponibles, notamment sous forme d'une base de données. Les métadonnées facilitent en effet la recherche de documents ou d'informations.¹⁸⁶⁶

790

Le problème de la transparence opaque est également traité par des organisations et associations privées qui ont comme but de systématiser les informations publiées par les autorités publiques afin de faciliter le contrôle de l'administration publique.¹⁸⁶⁷

b) *Le cadre international*

La transparence apparaît comme principe fondamental dans la politique de prévention de la corruption tant dans l'UNCAC que dans plusieurs recommandations de l'OCDE

791

¹⁸⁶⁰ Cf. p. ex. STEIGER, Art. 21, N 35.

¹⁸⁶¹ Title 5 U.S.C. § 552 (a)(2)(D)(i).

¹⁸⁶² Titre 5 U.S.C. § 552 (a)(2)(D)(ii)(I) et (II).

¹⁸⁶³ RANGONE, *Behavioural*, p. 84.

¹⁸⁶⁴ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 249.

¹⁸⁶⁵ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 249.

¹⁸⁶⁶ NUSPLIGER, *Kommunikation*, p. 47. Cf. également FF 2003 1872 (Message LTrans).

¹⁸⁶⁷ On appelle ces initiatives la « collaborative transparency », cf. CERRILLO, *Transparency*, p. 3 et 11. Il n'existe que peu de telles associations de citoyens en Europe, ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 245.

et du Conseil de l'Europe. Plusieurs articles de l'UNCAC se réfèrent explicitement au principe de transparence comme moyen primordial pour prévenir la corruption.¹⁸⁶⁸ Deux dispositions de l'UNCAC traitent de mesures spécifiques de transparence. Ainsi, selon l'article 10 UNCAC, chaque Etat partie prend les mesures nécessaires pour accroître la transparence de son administration publique, y compris en ce qui concerne son organisation, son fonctionnement et ses processus décisionnels. Ces mesures peuvent inclure notamment la mise en place de procédures de droit d'accès à des documents et informations publics, la simplification des procédures administratives ainsi que la publication d'informations, notamment concernant les risques de corruption au sein de l'administration. Selon l'article 13 UNCAC, les Etats parties prennent des mesures pour favoriser la participation active de la société à la prévention de la corruption. Ils accroissent notamment la transparence des processus de décision, assurent l'accès effectif du public à l'information, entreprennent des activités d'information du public l'incitant à ne pas tolérer la corruption, ainsi que des programmes d'éducation du public dans les écoles et les universités, respectent, promeuvent et protègent la liberté de rechercher, de recevoir et de publier des informations concernant la corruption. La transparence apparaît également dans les recommandations de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, par exemple la recommandation du Conseil de l'Europe relative à une bonne administration qui élève le principe de transparence au rang de principe de bonne administration.¹⁸⁶⁹

792 Divers instruments internationaux confèrent en outre à la transparence le caractère de droit fondamental. En matière d'informations environnementales, le caractère de droit fondamental du droit d'accès est désormais largement reconnu. Il découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les articles 2 et 8 CEDH¹⁸⁷⁰ et il est également garanti par la *Convention d'Arhus*, entrée en vigueur en Suisse 2014.¹⁸⁷¹ La reconnaissance d'un droit d'accès général aux documents officiels est plus récente. Après plusieurs arrêts allant dans le sens d'une telle reconnaissance, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé fin 2016 que le droit d'accès général découlait de l'article 10 CEDH.¹⁸⁷² L'existence du droit d'accès est cependant subordonnée à certaines conditions ;¹⁸⁷³ c'est pour cette raison que certains auteurs affirment que la Cour n'a pas (encore) consacré un véritable droit d'accès aux documents officiels.¹⁸⁷⁴

La Cour a fixé les conditions suivantes : la demande doit avoir pour but d'exercer la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées ; les informations recherchées doivent répondre à un critère d'intérêt public ; le demandeur doit jouer un

¹⁸⁶⁸ Dans le chapitre des mesures préventives, cf. notamment les articles 5 al. 1, 7 al. 1 let. a, 9 al. 1 et 2 UNCAC.

¹⁸⁶⁹ Cf. l'art. 10 de la Recommandation du Conseil de l'Europe relative à une bonne administration de 2007.

¹⁸⁷⁰ FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 77.

¹⁸⁷¹ Cf. notamment l'art. 2 ch. 4, 4 et 9 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Arhus, RS 0.814.07) du 25 juin 1998. Elle a été approuvée par l'Assemblée fédérale en 2013 et est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} juin 2014.

¹⁸⁷² Arrêt de la CEDH, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, n° 18030/11, du 8 novembre 2016. Cf. FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance, N 1 ss

¹⁸⁷³ FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance, N 11 ss.

¹⁸⁷⁴ Cf. COTTIER, Accès, p. 157 s.

rôle particulier de réception et de communication au public des informations qu'il recherche. En outre, le fait que les informations demandées sont déjà disponibles constitue un critère important dans l'appréciation globale.¹⁸⁷⁵

Mentionnons encore deux autres initiatives du Conseil de l'Europe dans ce domaine : d'une part, le Comité des Ministres a adopté en 2002 une recommandation sur l'accès aux documents publics qui invite les Etats à garantir un tel droit.¹⁸⁷⁶ D'autre part, les principes de cette recommandation ont été repris dans une convention internationale contraignante pour les Etats parties, la *Convention de Tromsø*.¹⁸⁷⁷ Il s'agit de la première convention internationale contraignante qui prévoit un droit d'accès aux documents officiels.¹⁸⁷⁸ Faute d'un nombre suffisant de ratifications, cette dernière n'est cependant pas encore entrée en vigueur. En tant que membre du Conseil de l'Europe, la Suisse doit respecter la nouvelle jurisprudence de la Cour sur le droit d'accès et est également destinataire de la recommandation sur le droit d'accès aux documents publics de 2002. Elle n'a cependant ni signé ni ratifié la *Convention de Tromsø*.¹⁸⁷⁹

793

c) *Le cadre juridique fédéral*

i. L'information active

Selon l'article 180 al. 2 Cst., mis en œuvre par la LOGA et l'OLOGA, le Conseil fédéral renseigne le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.¹⁸⁸⁰ Outre les critères contenus dans la Constitution, l'information active doit respecter notamment les principes d'uniformité, d'objectivité, de clarté et de transparence.¹⁸⁸¹ Le Conseil fédéral et l'administration qui lui est soumise ont donc une obligation générale d'informer.¹⁸⁸² Dans la mise en œuvre de cette obligation, ils jouissent d'une grande marge de manœuvre, en particulier au niveau du contenu des informations ou documents publiés.¹⁸⁸³ Ni l'article 180 al. 2 Cst., ni les dispositions d'exécution fondent un droit subjectif justiciable des administrés à l'accès à certains documents ou informations.¹⁸⁸⁴

794

La quasi-totalité de la législation sur la transparence au niveau fédéral est consacrée à l'information passive ; seul l'article 21 LTrans et les articles 18 et 19 OTrans traitent de l'information active. Selon ces articles, les autorités sont tenues de publier sur internet

795

¹⁸⁷⁵ Arrêt de la CEDH, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, n° 18030/11, du 8 novembre 2016, N 157 ss ; FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance, N 11 ss.

¹⁸⁷⁶ Recommandation du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics de 2002.

¹⁸⁷⁷ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics du 18 juin 2009 (Convention de Tromsø).

¹⁸⁷⁸ SPRECHER, *Transparenz*, p. 181.

¹⁸⁷⁹ Mentionnons cependant que la Suisse a ratifié en 2017 le Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales (RS 0.102.1) qui oblige les Etats à garantir que « l'intégrité éthique et la transparence [...] ne sont pas compromises par l'exercice du droit de participer » (art. 1, ch. 5.2).

¹⁸⁸⁰ Cf. notamment les art. 10, 10a et 40 LOGA et MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 975 ss.

¹⁸⁸¹ BRUNNER/MADER, BGÖ, N 82 ; EHRENZELLER/SAXER/BRUNNER, Art. 180, N 42 ss ; MÜLLER, Art. 180, N 14 ss ; BRUNNER, *Persönlichkeitsschutz*, p. 603 ss.

¹⁸⁸² BRUNNER/MADER, BGÖ, N 79.

¹⁸⁸³ EHRENZELLER/SAXER/BRUNNER, Art. 180, N 25 ; BELLANGER, *Information*, p. 180.

¹⁸⁸⁴ SPRECHER, *Transparenz*, p. 161 ; EHRENZELLER/SAXER/BRUNNER, Art. 180, N 25 ; MÜLLER, Art 180, N 8.

des informations sur les domaines et les affaires importantes qui relèvent de leur compétence, de mettre à disposition des intéressés des informations susceptibles de faciliter la recherche de documents officiels et de publier des documents officiels importants. Un document est considéré comme important notamment lorsqu'il porte sur des questions d'actualité ou particulièrement contestées, ou sur des activités administratives impliquant des dépenses publiques considérables, ou encore lorsqu'il concerne une quantité importante d'administrés.¹⁸⁸⁵ Le fait qu'un document ait fait l'objet de plusieurs demandes d'accès peut être un indice, mais ce seul fait n'est pas suffisant pour justifier une publication.¹⁸⁸⁶ La formulation vague de ces dispositions laisse aux autorités un large pouvoir d'appréciation sur les informations et documents qu'elles décident de publier ou non. Les dispositions de la législation sur la transparence ne contiennent pas non plus d'obligations concrètes de publication.¹⁸⁸⁷

La réglementation de l'information active dans la LTrans et l'OTrans doit à notre avis être interprétée de manière large et en faveur de plus de transparence. Ainsi, la condition selon laquelle la publication de documents par les autorités ne doit pas occasionner des frais disproportionnés doit être lue en lien avec l'article 6 al. 3 LTrans et en tenant compte du but de l'article 21 LTrans qui est de réduire les demandes d'accès et donc également les coûts.¹⁸⁸⁸ Lors de l'évaluation des coûts engendrés, il convient donc de prendre en compte les économies qui peuvent être faites en publiant le document.

796 Enfin, plusieurs lois spéciales contiennent des obligations de publication, par exemple dans les domaines de la protection de l'environnement¹⁸⁸⁹, des maladies transmissibles¹⁸⁹⁰, des médicaments et des dispositifs médicaux¹⁸⁹¹ ou encore des marchés publics.¹⁸⁹² La publication des liens d'intérêts des membres des commissions extraparlimentaires, des membres des organes de direction et des représentants de la Confédération, dont il a été question plus haut, en constitue un autre exemple.¹⁸⁹³ Ces obligations concrètes de publication dans les lois spéciales découlent du principe de transparence en tant que principe d'organisation.¹⁸⁹⁴ Elles ne confèrent cependant pas non plus aux administrés un droit justiciable à l'accès à des documents ou informations.¹⁸⁹⁵

¹⁸⁸⁵ STEIGER, Art. 21, N 36.

¹⁸⁸⁶ STEIGER, Art. 21, N 37.

¹⁸⁸⁷ WALTER, Accès, p. 79.

¹⁸⁸⁸ STEIGER, Art. 21, N 35.

¹⁸⁸⁹ Cf. l'art. 10e Loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

¹⁸⁹⁰ Cf. l'art. 9 Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (RS 818.101).

¹⁸⁹¹ Cf. l'art. 67 ss LPTh.

¹⁸⁹² Cf. l'art. 24 *Loi fédérale sur les marchés publics* (RS 172.056.1). Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 974, pour d'autres obligations spéciales de publication.

¹⁸⁹³ Cf. l'art. 8k OLOGA et ci-dessus N 583 ss.

¹⁸⁹⁴ SPRECHER, Transparenz, p. 154.

¹⁸⁹⁵ SPRECHER, Transparenz, p. 173.

ii. L'information passive

L'information passive repose sur l'article 16 Cst. et est explicitée dans la LTrans et l'OTrans, qui sont entrées en vigueur en 2006.¹⁸⁹⁶ L'art. 6 LTrans confère à toute personne « le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités ». Ce droit d'accès aux documents officiels est cependant limité à plusieurs égards : la loi doit être applicable à raison de la personne et de la matière au sens des articles 2 et 3 LTrans, le document demandé doit être qualifié de document officiel au sens de l'article 5 LTrans et aucune des exceptions prévues aux articles 7 et suivants LTrans ne doit être réalisée. D'autres exigences sont également prévues par l'OTrans.

797

Pour contourner l'obligation de donner accès à des documents ou à des informations, il a été observé que certaines autorités n'établissent plus de documents officiels en donnant la préférence à l'oralité ou qu'elles retardent le traitement de demandes d'accès.¹⁸⁹⁷

Le droit d'accès aux documents officiels est justiciable.¹⁸⁹⁸ En cas de refus d'une autorité de donner accès à un document, le citoyen peut déposer une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT). Lorsque la médiation n'aboutit pas, le PFPDT formule une recommandation à l'attention des parties à la procédure.¹⁸⁹⁹ Si l'autorité administrative s'obstine à refuser le droit d'accès, elle rend une décision qui peut être contestée devant le Tribunal administratif fédéral.¹⁹⁰⁰

798

d) *Le cadre légal au niveau cantonal*

Au niveau cantonal, les fondements constitutionnels et légaux du principe de la transparence se sont en partie développés plus tôt qu'au niveau fédéral. Ainsi, le canton de Berne a été le premier à introduire, en 1993 déjà, le principe de la transparence dans sa constitution cantonale.¹⁹⁰¹ Un nombre important de constitutions cantonales contiennent aujourd'hui une référence au principe de la transparence et plus de deux tiers des cantons ont adopté une législation sur le droit d'accès aux documents officiels.¹⁹⁰² Dans certains cantons, celui-ci est même ancré dans la constitution en tant que droit fondamental.¹⁹⁰³

799

Les réglementations cantonales sur la transparence sont très diverses. Il convient de mentionner ici une spécificité contenue dans au moins deux législations cantonales : le champ d'application étendu. Ainsi, les réglementations genevoise et valaisanne sur la

800

¹⁸⁹⁶ Le principe de transparence n'est pas ancré explicitement dans la Constitution fédérale, mais découle de la liberté d'information garantie, cf. FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 78.

¹⁸⁹⁷ SPRECHER, *Transparenz*, p. 171 s. Cf. également SAVINO, FOIA, p. 603 et les références citées aux notes de bas de page 88 et 89.

¹⁸⁹⁸ Cf. les articles 10 ss LTrans.

¹⁸⁹⁹ Cf. les articles 13 et 14 LTrans.

¹⁹⁰⁰ Cf. les articles 15 et 16 LTrans.

¹⁹⁰¹ Cf. l'art. 17 al. 3 Cst./BE et SPRECHER, *Transparenz*, p. 174.

¹⁹⁰² FLÜCKIGER/HÄNNI, *Transparence*, N 79.

¹⁹⁰³ SPRECHER, *Transparenz*, p. 175.

transparence s'appliquent non seulement à l'administration centrale et décentralisée, mais également aux organismes de droit privé sur lesquels l'Etat exerce une maîtrise effective, que ce soit par la participation majoritaire au capital social, par un subventionnement important ou par la délégation en leur sein de représentants, et aux personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches publiques.¹⁹⁰⁴ Ce type de réglementation tient compte du fait que le principe de la transparence vaut en principe dans toutes les activités étatiques.¹⁹⁰⁵ Contrairement à la LTrans, plusieurs législations cantonales contiennent en outre des dispositions expresses quant à l'information active.¹⁹⁰⁶

2. L'information active : l'obligation de publier un certain nombre d'informations en matière d'intégrité

801 Nous avons vu que l'administration fédérale a certaines obligations de publication en vertu de législations spéciales. Les documents et informations ainsi publiés contribuent à la création d'une transparence de base adéquate dans les domaines concernés. Nous avons également relevé que ces obligations découlent notamment du principe de transparence en tant que principe d'organisation.¹⁹⁰⁷ A notre vis, de telles obligations de publication s'imposent également en matière d'intégrité au vu du principe de transparence, mais aussi au regard de l'exigence d'intégrité.

802 Ainsi, il serait selon nous indiqué d'introduire, dans le domaine de l'intégrité, un certain nombre d'obligations de publication à la charge des entités de l'administration centrale et décentralisée, de même qu'à la charge des entreprises, associations, fondations et autres organismes contrôlés ou financés majoritairement par les pouvoirs publics, voire des privés exécutant une tâche publique. Les entités seraient ainsi tenues de publier une liste d'informations et de documents touchant au domaine de l'intégrité, notamment la composition des autorités, les liens d'intérêts des cadres, l'utilisation des fonds publics, l'identité et d'autres informations sur les partenaires contractuels (marchés publics, concessions ou autres), les informations quant aux bénéficiaires de subventions particulièrement élevées ou encore les sommes d'argent reçues par l'administration publique à titre de « sponsoring ».

803 Dans le chapitre dédié aux devoirs d'intégrité des agents publics, nous avons traité plusieurs dispositions contenant des obligations de publication en matière d'intégrité, notamment l'obligation de publication des liens d'intérêts des membres des commissions extraparlimentaires, des membres des organes de direction et des représentants de la Confédération.¹⁹⁰⁸ On peut donc constater que certaines obligations de publication existent déjà. Le système proposé ici obligerait cependant toutes les entités de

¹⁹⁰⁴ Cf. l'article 3 de la Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RS/GE A 2 08) et l'art. 2 et 3 de la Loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (LIPDA ; RS/VS 170.2). Cf. SPRECHER, *Transparenz*, p. 176 s.

¹⁹⁰⁵ SPRECHER, *Transparenz*, p. 176 s.

¹⁹⁰⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 973 ; SPRECHER, *Transparenz*, p. 177.

¹⁹⁰⁷ Cf. ci-dessus N 796 et SPRECHER, *Transparenz*, p. 154.

¹⁹⁰⁸ Cf. ci-dessus N 583 ss.

l'administration fédérale et les autres organismes mentionnés à publier un certain nombre d'informations.

La quantité d'éléments à publier devrait être limitée, sous peine de créer un état de transparence opaque.¹⁹⁰⁹ C'est du reste ce qui s'est passé en Italie :¹⁹¹⁰ les entités administratives, et certains organismes privés, mais financés ou contrôlés par la collectivité publique, doivent publier sur leur site internet un total de 270 documents ou informations, et cela même si l'entité ou l'organisme est de très petite taille.¹⁹¹¹ Ce système représente non seulement une lourde charge administrative pour les entités, mais mène à une transparence opaque.¹⁹¹²

804

La publication d'office de documents en matière d'intégrité, et plus spécifiquement dans le domaine des marchés publics, a été évoquée dans un avis de droit de l'Office fédéral de la justice de 2012.¹⁹¹³ Dans un premier temps, l'avis traite du cas concret d'un journaliste qui avait demandé à connaître l'identité des consultants mandatés par les départements fédéraux ainsi que leur rémunération et le contenu des mandats. Il constate que le journaliste avait un droit à l'obtention de ces informations sur la base de la LTrans. Dans un deuxième temps, l'avis de droit traite de questions plus théoriques, notamment de la question de savoir quel serait le processus d'accès le plus adéquat.¹⁹¹⁴ A ce propos et eu égard aux irrégularités révélées au sein de l'administration fédérale des contributions, l'Office fédéral de la justice préconisait un système où les informations quant aux co-contractants de la Confédération seraient publiées de manière active et régulière par les départements : « Angesichts der offenbar schweren Verstösse gegen das Vergaberecht in der Eidgenössischen Steuerverwaltung wäre von den Informationsbeauftragten der Departemente zu prüfen, ob die Bundesverwaltung die vom Journalisten gewünschten Auskünfte nicht generell aktiv der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen sollte, beispielsweise auf einer laufend aktualisierten Website »¹⁹¹⁵.

805

En résumé, les entités de l'administration centrale et décentralisée, ainsi que les organismes contrôlés ou financés majoritairement par les pouvoirs publics, devraient être tenus de publier un certain nombre d'informations en matière d'intégrité. De telles obligations découlent à notre avis des exigences de transparence et d'intégrité.

806

¹⁹⁰⁹ Cf. MÜLLER, Art. 180, N 11, et ci-dessus N 789 s.

¹⁹¹⁰ Cf. notamment le décret législatif n° 33 de 2013 (d.lgs. n° 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni du 14 mars 2013, entretemps révisé par le décret législatif n° 97 du 25 mai 2016).

¹⁹¹¹ Art. 2-bis et 8 d.lgs. 333/2013 et SAVINO, FOIA, p. 595 ss. Pour un exemple, voir le site de l'INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale) : inps.it -> Amministrazione trasparente. Cf. pour la liste exhaustive de documents et informations à publier les articles 13 ss d.lgs. 33/2013 et l'annexe A.

¹⁹¹² GARDINI, Paradosso, p. 6 s.

¹⁹¹³ Cf. JAAC 2013.2, p. 9 ss.

¹⁹¹⁴ JAAC 2013.2, p. 19.

¹⁹¹⁵ JAAC 2013.2, p. 29.

3. L'élargissement du champ d'application des lois sur la transparence à toutes les personnes exécutant une tâche publique

807 Nous avons vu que plusieurs loi cantonales récentes sur la transparence s'appliquent non seulement à l'administration centrale et décentralisée, mais également aux personnes morales et autres organismes de droit privé sur lesquels l'Etat exerce une maîtrise effective.¹⁹¹⁶ Dans ces systèmes, l'application du régime de transparence ne dépend donc pas seulement du critère de l'appartenance formelle ou non à l'administration publique, mais plutôt du critère matériel de l'exécution d'une tâche publique ou de l'utilisation de fonds publics. Nous avons observé ce même développement à plusieurs reprises dans la présente étude.¹⁹¹⁷ A notre avis, un tel élargissement du champ d'application est nécessaire pour garantir la transparence, ainsi que l'intégrité, qui sont toutes deux exigées par la Constitution. Eu égard à l'enchevêtrement croissant entre les secteurs publics et privés, un critère strictement formel violerait à notre avis ces exigences. En ce sens, il conviendrait d'élargir le champ d'application de la LTrans aux organismes de droit privé sur lesquels l'Etat exerce une maîtrise effective et aux privés exécutant des tâches publiques.

808 Dans ce contexte, il convient de mentionner une tendance contraire qui a pu être observée au niveau fédéral : plusieurs législations spéciales adoptées ou discutées récemment soustraient un nombre important de documents et d'informations au champ d'application de la LTrans. En effet, il est possible de réduire le champ d'application de la LTrans en adoptant des dispositions spéciales qui déclarent certaines informations secrètes (art. 4 let. a LTrans). Cette disposition peut se révéler dangereuse pour la transparence. Au cours des dernières années, plusieurs nouvelles dispositions légales déclarent des documents secrets et réduisent ainsi sensiblement le nombre de documents auxquels le citoyen peut avoir accès sur la base de la Trans.¹⁹¹⁸ Le projet de nouvelle loi fédérale sur les marchés publics contient également une clause allant dans ce sens. Son article 49 al. 3 prévoit qu'une partie importante des documents déterminants en lien avec une procédure d'adjudication restent secrets, à moins que la loi ne prévoient leur publication.¹⁹¹⁹

Ce développement s'avère en plus difficile à surveiller ; pour connaître le champ d'application réel de la LTrans, il faudrait connaître toutes les lois spéciales soustrayant des documents ou informations à l'exigence de transparence. Le Conseil fédéral ou l'administration fédérale devrait à notre avis établir une liste exhaustive de dispositions fédérales soustrayant des documents et informations au champ d'application de la LTrans en vertu de l'article 4 let. a LTrans, afin de créer un minimum de transparence sur le secret.

¹⁹¹⁶ Cf. ci-dessus N 800 pour les exemples genevois et valaisan.

¹⁹¹⁷ Cf. notamment ci-dessus N 697.

¹⁹¹⁸ Cf. notamment l'art. 67 *Loi fédérale sur le renseignement* (RS 121) ou l'art. 24 *Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels* (817.0). Cf. WALTER, Accès, p. 81, et FLÜCKIGER ALEXANDRE/JUNOD VALÉRIE, En Suisse, les administrations publiques ont repris goût au secret, *Le Temps* en ligne du 23 mars 2017.

¹⁹¹⁹ Cf. l'art. 49 al. 3 du projet de loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1816 s.

En résumé, les exigences constitutionnelles de transparence et d'intégrité impliquent à notre avis un champ d'application large des législations sur la transparence, incluant non seulement l'administration centrale et décentralisée, mais également les organismes de droit privé sur lesquels l'Etat exerce une maîtrise effective et les privés exécutant des tâches publiques.

809

4. Le rapport entre la transparence et la protection des données personnelles

Enfin, il sied de se pencher sur la tension qui existe entre la transparence et la protection des données personnelles et qui est particulièrement vive en ce qui concerne l'intégrité de l'administration publique.¹⁹²⁰ En effet, un nombre important de mesures favorisant l'intégrité se heurtent au droit à la protection des données personnelles des agents publics. Nous avons déjà abordé cette problématique lors de l'analyse des déclarations d'intérêts.¹⁹²¹ Des tensions existent également en ce qui concerne la publication des activités accessoires des agents publics ou encore d'autres informations que ceux-ci doivent annoncer en vertu des règles sur le comportement. Dans la mesure où ni le droit à la transparence ni la protection des données personnelles ne prévaut, le conflit entre ces deux intérêts se résout par une pesée des intérêts.

810

Nous présenterons ci-après le mécanisme applicable en cas de demande d'accès à des documents officiels contenant des données personnelles ; les critères et les intérêts à prendre en compte s'appliquent cependant également en cas d'information active de la part des autorités.¹⁹²²

811

a) *L'anonymisation : une mesure souvent inadéquate en matière d'intégrité*

Le mécanisme permettant de concilier les deux intérêts en question est prévu aux articles 7 et 9 LTrans et à l'article 19 LPD.¹⁹²³ En présence d'un document auquel l'accès est demandé et qui contient des données personnelles, il convient de procéder en quatre étapes.¹⁹²⁴ Dans un premier temps, il faut vérifier si des règles spéciales de secret, de transparence ou de pesée d'intérêts existent. Dans un deuxième temps, il convient d'analyser si des exceptions d'intérêts public ou privé au sens de l'article 7 LTrans s'appliquent. Dans un troisième temps, l'autorité procède si possible à l'anonymisation des données personnelles, conformément l'article 9 al. 1 LTrans. Mais dans le domaine de l'intégrité, l'anonymisation sera souvent impossible, notamment si la demande d'accès vise à contrôler l'application des règles de comportement des agents publics. Dans ces cas, le but même de la demande d'accès est en effet d'obtenir des

812

¹⁹²⁰ Cf., pour le rapport entre les deux principes dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral ainsi que du PFPDT, FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 580 ss. Cf., pour l'opposition générale entre la transparence et l'intérêt à la confidentialité, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 30 s.

¹⁹²¹ Cf. ci-dessus N 567 ss.

¹⁹²² Cf. BRUNNER, Persönlichkeitsschutz, p. 619.

¹⁹²³ Cf., pour une présentation détaillée du mécanisme, FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 558 ss.

¹⁹²⁴ FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 560.

données personnelles non anonymisées.¹⁹²⁵ Ainsi, dans l'affaire traitée plus haut concernant la publication de liens d'intérêts de membres d'une commission extraparlamentaire, le Tribunal administratif fédéral a constaté qu'il « apparaît [...] impossible de rendre anonymes les déclarations d'intérêts des membres de la [Commission fédérale pour les vaccinations], car celles-ci n'ont de sens que si un lien peut être fait entre l'identité du déclarant et les intérêts – ou les absences – d'intérêts »¹⁹²⁶. Dans une affaire concernant l'accès à une liste détaillant les activités accessoires de tous les employés fédéraux, le Tribunal administratif fédéral a cependant admis que, du moins en ce qui concerne les employés subalternes, une liste contenant les activités accessoires ainsi que la fonction exercée au sein de l'administration publique permet également au demandeur, jusqu'à un certain point, de contrôler la bonne application de la législation sur les activités accessoires.¹⁹²⁷

b) *La pesée des intérêts*

- 813 Enfin, dans un dernier temps, lorsqu'une anonymisation n'est pas envisageable ou qu'elle ne l'est que partiellement, l'autorité peut conférer l'accès à un document contenant des données personnelles dans trois hypothèses : en cas de consentement de la personne concernée, si le document en question contient des données personnelles publiquement accessibles, ou si elle peut prouver l'existence d'un intérêt public prépondérant.¹⁹²⁸ Dans cette dernière hypothèse, il convient de procéder à une pesée des intérêts entre la transparence et la protection des données personnelles.¹⁹²⁹
- 814 Les deux intérêts ont la même importance dans l'ordre juridique. Il s'ensuit qu'*a priori*, aucun des deux ne prévaut.¹⁹³⁰ Les intérêts publics à la transparence potentiellement prépondérants ressortent en partie de l'article 6 al. 2 OTrans. L'atteinte à la vie privée dépend entre autres de la nature des données personnelles en jeu et de l'intensité de l'atteinte à la vie privée que causerait la publication du document. Relevons qu'un intérêt public à la transparence devra être d'autant plus important que les données personnelles dévoilées sont sensibles.¹⁹³¹

c) *Les intérêts publics à la publication jugés prépondérants et l'intégrité*

- 815 Selon l'article 6 al. 2 OTrans, un intérêt public est jugé prépondérant lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements importants.¹⁹³² Selon la doctrine, des pratiques

¹⁹²⁵ Cf. les arrêts du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.1, et du 18 mai 2015, A-6054/2013, c. 4.2.1, et FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 563.

¹⁹²⁶ Arrêt du TAF du 17 juin 2011, A-3192/2010, c. 6.1. Cf. ci-dessus N 571.

¹⁹²⁷ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.2.3.2

¹⁹²⁸ FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 564.

¹⁹²⁹ Cf. pour l'art. 19 al. 1^{bis} LPD et les explications à propos de cette disposition chez WALTER, Accès, p. 92 s., et pour le système de renvois complexes, FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 565 ss. Cf. également l'arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.2.

¹⁹³⁰ FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance, N 50 ; WALTER, Accès, p. 78.

¹⁹³¹ Arrêt du TAF du 18 mai 2015, A-6054/2013, c. 4.2.3. Cf. également FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 178.

¹⁹³² Art. 6 al. 2 let. a OTrans.

illicites lors de l'attribution de marchés publics ou de cas de corruption constituent notamment de tels événements.¹⁹³³ Dans une optique préventive, on pourrait soutenir que le droit d'accès répond à un besoin particulier d'information non seulement après la survenance de tels événements, mais déjà auparavant, lorsque les éventuels actes de corruption peuvent encore être évités. En ce sens, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il y a un intérêt public important à pouvoir vérifier la bonne application des dispositions sur les activités accessoires.¹⁹³⁴

Un intérêt public est en outre jugé prépondérant lorsque le droit d'accès sert à protéger des intérêts publics spécifiques.¹⁹³⁵ Ainsi, dans un arrêt de 2016, le Tribunal fédéral a admis qu'il existait un intérêt public prépondérant à connaître les noms, qualifications et liens d'intérêts des experts privés chargés de rédiger des rapports dans la procédure d'admission de médicaments de Swissmedic, sous réserve d'une audition de ces derniers.¹⁹³⁶ La transparence dans cette situation servait à protéger la santé publique. Le Tribunal fédéral a retenu que l'admission sur le marché de médicaments constituait un avantage financier majeur pour les entreprises ; la situation comportait donc des risques élevés d'abus. 816

De plus, un intérêt public prépondérant peut également exister lorsque la personne, dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel, est liée à une autorité soumise à la LTrans par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants.¹⁹³⁷ Tel est le cas si la personne est partie à un contrat avec une autorité ou si elle a obtenu une concession, une indemnité de départ¹⁹³⁸ ou des avantages financiers étatiques de tout type.¹⁹³⁹ Il en va de même des rapports de surveillance ou des activités exercées sur la base d'une autorisation.¹⁹⁴⁰ Dans toutes ces situations, la collectivité court le risque que la personne bénéficiaire obtienne un avantage indu, au détriment d'autres administrés. C'est pourquoi l'Office fédéral de la justice a soutenu qu'il existait un intérêt prépondérant à la publication des données concernant les co-contractants de l'administration publique.¹⁹⁴¹ 817

Enfin, il convient également d'ajouter, malgré l'évidence, l'intérêt public à la transparence qui peut revêtir en lui-même de l'importance dans la pesée des intérêts.¹⁹⁴² 818

¹⁹³³ WALTER, Accès, p. 94, et la référence citée ; BRUNNER, Persönlichkeitsschutz, p. 621.

¹⁹³⁴ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.2.3.1 et 5.2.3.2.

¹⁹³⁵ Art. 6 al. 2 let. b OTrans.

¹⁹³⁶ Cf. l'ATF 142 II 340 et ci-dessus N 572.

¹⁹³⁷ Art. 6 al. 2 let. c OTrans. Cf. également l'arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.3.2.

¹⁹³⁸ Cf. pour l'indemnité de départ l'arrêt du TAF du 17 février 2011, A-3609/2010, c. 5.5.

¹⁹³⁹ WALTER, Accès, p. 94.

¹⁹⁴⁰ WALTER, Accès, p. 94 s. ; BRUNNER, Persönlichkeitsschutz, p. 622.

¹⁹⁴¹ JAAC 2013 n° 2, p. 19, et ci-dessus N 805.

¹⁹⁴² FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 574 s.

d) *Les critères en cas de données personnelles d'agents publics*

819 La jurisprudence des tribunaux fédéraux contient en outre des critères spécifiques pour la pesée des intérêts lorsque les documents ou informations demandés contiennent des données personnelles d'agents publics.¹⁹⁴³ Ainsi, la *position hiérarchique* au sein de l'administration publique joue un rôle important.¹⁹⁴⁴ Plus un agent public occupe une position hiérarchique élevée, plus l'intérêt à la transparence prévaut ; un cadre doit le cas échéant s'attendre à la communication de ses données sensibles, ce qui ne sera que rarement le cas pour un agent subalterne. Il convient de mentionner ensuite *l'importance de la contribution de l'agent public* en question dans une affaire donnée, qui est en lien avec le premier critère.¹⁹⁴⁵ Si l'agent public contribue de manière essentielle à une activité administrative – que ce soit une décision administrative ou autre –, l'intérêt à la publication de son nom, et le cas échéant d'autres données personnelles, sera plus élevé. En outre, le fait que l'agent public est *connu du grand public* fait pencher la balance plutôt en faveur de la transparence, même si cet élément ne justifie pas à lui seul l'octroi de l'accès.¹⁹⁴⁶ Enfin, s'il n'en résulte pour l'agent public que des conséquences désagréables, et non des impacts négatifs importants, les données en question peuvent être publiées.¹⁹⁴⁷

Dans une affaire datant de 2015, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il existe un intérêt prépondérant à la transparence quant aux noms des cadres de l'administration fédérale et à leurs activités accessoires. La publication de ces données est nécessaire pour un contrôle effectif de la pratique d'autorisation d'activités accessoires. En revanche, l'intérêt à la sphère privée prévaut en ce qui concerne les noms des agents subalternes ; une liste anonymisée de leurs activités accessoires doit cependant être communiquée. Une telle liste serait en principe suffisante pour contrôler l'application des dispositions en matière d'activités accessoires.¹⁹⁴⁸

Toujours en 2015, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il existait un intérêt prépondérant à connaître les noms des agents publics de la COMCO qui ont contribué de manière essentielle à la procédure d'autorisation d'une fusion d'entreprises. La transparence à cet égard permet au demandeur de contrôler l'indépendance de la COMCO et de ses employés.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴³ Cf. également les critères énumérés chez FLÜCKIGER/MINETTO, Communications, p. 570 ss. Pour les intérêts pouvant justifier l'accès aux informations concernant les activités accessoires des professeurs d'université, cf. FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 165 ss.

¹⁹⁴⁴ Cf. notamment les arrêts du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.3.1, et du 18 mai 2015, A-6054/2013, c. 4.2.2.

¹⁹⁴⁵ Cf. les arrêts du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.1.3.2, et du 18 mai 2015, A-6054/2013, c. 4.2.2.

¹⁹⁴⁶ Arrêt du TAF du 13 juillet 2016, A-8073/2015, c. 6.2.3.2.

¹⁹⁴⁷ Cf. notamment les arrêts du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.2.3.1, et du 17 février 2011, A-3609/2010, c. 4.4.

¹⁹⁴⁸ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014. Cf. à propos de cet arrêt et ses suites également FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence, N 223 ss.

¹⁹⁴⁹ Arrêt du TAF du 18 mai 2015, A-6054/2013.

e) *Synthèse : l'intégrité est un intérêt public important dans la pesée des intérêts*

En résumé, le mécanisme prévu par la LTrans et la LPD ainsi que les critères développés par la jurisprudence permettent de prendre en compte tous les éléments pertinents pour résoudre le conflit entre la transparence et la protection des données personnelles. Nous pouvons observer que l'intégrité de l'administration publique représente un intérêt public important et souvent déterminant dans la pesée des intérêts.¹⁹⁵⁰

820

III. L'alerte éthique (whistleblowing) et la protection des lanceurs d'alerte

1. Généralités

a) *La notion*

Au cours de la dernière décennie, il a été beaucoup question du « whistleblowing », non seulement dans la littérature juridique suisse¹⁹⁵¹ et étrangère¹⁹⁵², mais également sur la place publique.¹⁹⁵³ Cette institution est relativement nouvelle en Europe, mais déjà ancienne aux Etats-Unis.¹⁹⁵⁴ Le terme de whistleblowing, appelé en français alerte éthique, alerte professionnelle ou encore alerte citoyenne, signifie littéralement « celui qui lance un coup de sifflet », tel un arbitre qui siffle en cas de faute d'un joueur de football ou un agent de police qui siffle en cas d'infraction aux règles de la circulation routière.¹⁹⁵⁵ Dans le domaine juridique, le whistleblower – en français le lanceur d'alerte¹⁹⁵⁶ – est celui qui ayant constaté l'existence d'un danger grave ou découvert des pratiques illégales dans le contexte de son travail, dénonce ces irrégularités, ou du moins fait part de soupçons relatifs à de tels actes, soit à l'interne de son organisation (l'alerte éthique interne), soit à l'externe à une autorité indépendante, voire aux médias

821

¹⁹⁵⁰ Cf. ci-dessous N 952 ss pour l'intégrité comme intérêt public.

¹⁹⁵¹ Pour la littérature suisse, voir, en plus des travaux cités dans ce chapitre, p. ex. RIEDER STEFAN, Whistleblowing als interne Risikokommunikation, Saint-Gall 2013 ; LEDERGERBER ZORA, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Zurich 2004 ; IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich : ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle ?, Zurich 2011 ; PORTMANN WOLFGANG, Gesetzliche Regelungen des Whistleblowing in der Schweiz : überflüssig, nützlich oder notwendig ?, in Riemer-Kafka Gabriela et al. (édit.), Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit, Berne 2010 ; VON KAENEL ADRIAN (édit.), Whistleblowing : multidisziplinäre Aspekte, Berne 2012 ; CARRANZA CARLOS/MICOTTI SÉBASTIEN, Whistleblowing : perspectives en droit suisse, Genève 2014. Cf. également FF 2013 8547 (Message alerte éthique CO) pour une vue d'ensemble du droit de l'alerte éthique en Suisse.

¹⁹⁵² Cf. en plus des articles cités dans ce chapitre, DISANT MATHIEU/POLLET-PANOUSIS DELPHINE, Les lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?, Issy-les-Moulineaux 2017 ; BOWERS JOHN ET AL., Whistleblowing : law and practice, 2^e éd., Oxford 2012 ; VAUGHN ROBERT (édit.), Whistleblowing law, Cheltenham 2015 ; VAUGHN ROBERT, The successes and failures of whistleblower laws, Cheltenham 2014 ; BRUNGS MARIO, Whistleblowing : eine Untersuchung arbeitsrechtlicher Aspekte und des Reformbedarfs nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Francfort-sur-le-Main 2016 ; BROWN A.J. ET AL. (édit.), International Handbook on Whistleblowing Research, Cheltenham 2014.

¹⁹⁵³ P. ex. les lanceurs d'alerte états-unien Edward Snowden et Bradley Manning.

¹⁹⁵⁴ Cf. p. ex. MARCIAS, Whistleblowing, p. 189 ss, et SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 12 ss ; CHALTIEL TERRAL, Alerte, p. 3.

¹⁹⁵⁵ JUNGO, Whistleblowing, p. 65 ; CARRANZA/MICOTTI, Whistleblowing, N 1.

¹⁹⁵⁶ Cf., à propos du terme « alerte », CHALTIEL TERRAL, Alerte, p. 2 et 5 ss.

(l'alerte éthique externe).¹⁹⁵⁷ Le lanceur d'alerte est censé agir dans l'intérêt de la collectivité et des administrés.¹⁹⁵⁸

822 Dans un sens plus large, le terme peut également désigner toute personne ou tout groupe qui « rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général »¹⁹⁵⁹.

823 Nous nous focaliserons ci-après sur l'alerte éthique portant sur des infractions pénales ou des irrégularités dans l'administration publique et lancée soit par des agents publics, soit par toute autre personne ; nous ne traiterons donc pas des irrégularités dénoncées par des employés d'entreprises privées, sauf si celles-ci entrent dans la définition large de l'administration publique. Le tableau suivant illustre les propos qui précèdent :

Tableau 6 : Les types d'alerte éthique

	Irrégularité dans l'administration publique	Irrégularité dans une entreprise privée
Un agent public dénonce	Alerte éthique dans le contexte professionnel	Alerte éthique citoyenne
Un employé privé dénonce	Alerte éthique citoyenne	Alerte éthique dans le contexte professionnel
Quiconque dénonce	Alerte éthique citoyenne	Alerte éthique citoyenne

824 L'alerte éthique et la protection des lanceurs d'alerte sont des sujets controversés.¹⁹⁶⁰ En effet, le lanceur d'alerte est (encore) souvent perçu comme un « dénonciateur » – terme à connotation négative – qui jette du discrédit sur les personnes ou l'entité en question. Les opposants à l'institutionnalisation de l'alerte éthique affirment ainsi qu'une protection trop ample du lanceur d'alerte mènerait à une « atmosphère de délation »¹⁹⁶¹ : étant encouragés à être des enquêteurs et des auxiliaires de la police dans la lutte contre la corruption, les agents verraient partout des irrégularités, ce qui mènerait à des dénonciations abusives.¹⁹⁶² L'alerte éthique pourrait également être détournée de son sens et être utilisée pour se débarrasser d'un dirigeant ou d'un collègue

¹⁹⁵⁷ JUNGO, Whistleblowing, p. 65 ; CARRANZA/MICOTTI, Whistleblowing, N 1 ; MAHON/ROSELLO, Réformes, p. 41 ; HANGARTNER, Whistleblowing, p. 490 ; MARCIAS, Whistleblowing, p. 177. Cf. également l'arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, c. 5.2.2.

¹⁹⁵⁸ HANGARTNER, Whistleblowing, p. 490. En cas de récompenses financières octroyées au lanceur d'alerte, ce dernier agit également dans son intérêt privé, cf. ci-dessous N 838 ss.

¹⁹⁵⁹ LOCHAK, Réflexions, N 6, citant le *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*. Cf., à propos de la distinction entre lanceur d'alerte et « leaker », FOEGLE JEAN-PHILIPPE, Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction, *Revue des droits de l'homme* 10/2016.

¹⁹⁶⁰ JUNOD, Alerte, p. 461.

¹⁹⁶¹ CARRANZA/MICOTTI, Whistleblowing, N 87 ; CHALTIEL TERRAL, p. 8 ss.

¹⁹⁶² ANECHIARICO/JACOBS, Integrity, p. 72.

indésirable.¹⁹⁶³ A notre avis, ces conséquences négatives potentielles peuvent être évitées par l'aménagement d'un système d'alerte éthique adéquat.

b) *Les problématiques composant l'alerte éthique*

L'alerte éthique regroupe plusieurs problématiques différentes, mais fortement liées les unes aux autres. Selon l'aspect de l'alerte éthique qui est traité, il s'agit d'une problématique de droit administratif général – la dénonciation (i.) –, d'un devoir d'intégrité pour les agents publics – l'obligation de dénoncer (ii.) –, de la protection juridique – la protection des lanceurs d'alerte (iii.) – ou encore de l'organisation institutionnelle (iv.) – l'existence d'une voie spéciale, une dénonciation « protégée ».

825

i. La dénonciation : un droit constitutionnel

L'acte, d'un agent public ou de toute autre personne, qui consiste à communiquer des irrégularités à une autorité hiérarchique, une autorité de surveillance ou encore à une autorité spécialement désignée à cet effet est une dénonciation.¹⁹⁶⁴ Cette phase du processus de l'alerte éthique n'est donc pas nouvelle en droit suisse : au contraire, l'institution de la dénonciation existe depuis longtemps.¹⁹⁶⁵

826

La dénonciation est une procédure non contentieuse par laquelle n'importe quel administré peut attirer l'attention d'une autorité hiérarchique supérieure ou de l'autorité de surveillance sur une situation de fait ou de droit qui justifierait à son avis une intervention de l'Etat dans l'intérêt public.¹⁹⁶⁶ La dénonciation n'est soumise à aucune exigence de forme ou de délai et peut porter sur toutes les matières où l'autorité requise peut intervenir d'office.¹⁹⁶⁷ Cette dernière est ensuite libre d'entrer ou non en matière sur la dénonciation. Le dénonciateur n'a en principe ni le droit à ce que sa dénonciation soit suivie, ni la qualité de partie dans l'éventuelle procédure ouverte sur dénonciation.¹⁹⁶⁸ Celle-ci « tend à la sauvegarde de l'intérêt public non à celle de l'intérêt privé du dénonciateur »¹⁹⁶⁹. Enfin, l'institution de la dénonciation découle directement de la Constitution fédérale, plus précisément du droit de pétition (art. 33 Cst.), du principe de la légalité (art. 5 Cst.) ainsi que de la liberté d'expression (art. 16 Cst.), et ne demande pas de base légale explicite.¹⁹⁷⁰

827

Dans la mesure où la dénonciation peut être faite par « n'importe quel administré » et que le droit de formuler une telle dénonciation découle directement de la Constitution fédérale, on peut constater que toute personne a le droit de lancer l'alerte, c'est-à-dire de communiquer à l'autorité hiérarchique ou de surveillance des faits ou des situations

828

¹⁹⁶³ CARRANZA/MICOTTI, Whistleblowing, N 88.

¹⁹⁶⁴ FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 5.

¹⁹⁶⁵ Cf. également l'exemple historique de la possibilité de dénoncer les baillis bernois, cf. ci-dessus N 70 s., ou encore l'*actio popularis* dans la Rome antique, cf. notamment VOEFFRAY FRANÇOIS, L'"actio popularis" ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales, Genève 2014.

¹⁹⁶⁶ ATF 133 II 468, c. 2 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 2178 ; TANQUEREL, Manuel, N 1439 ss ; CHAKSAD, Aufsichtsanzeige, p. 54 ss.

¹⁹⁶⁷ ATF 133 II 468, c. 2 ; FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 5 ; TANQUEREL, Manuel, N 1440.

¹⁹⁶⁸ Cf., à propos de la qualité de partie du dénonciateur, TANQUEREL, Tiers, p. 97 ss.

¹⁹⁶⁹ Arrêt du TF du 16 mai 2006, 2P.341/2005, c. 3.3.

¹⁹⁷⁰ FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 6 ; CHAKSAD, Aufsichtsanzeige, p. 5 ss.

illégales, des irrégularités, l'existence d'un danger grave ou encore des soupçons relatifs à de tels actes.

ii. L'obligation de dénoncer

829 Au-delà de ce droit, l'ordre juridique peut prévoir des obligations, pour un groupe de personnes, les citoyens ou tous les administrés, de dénoncer certains faits. Une telle obligation doit respecter les garanties procédurales constitutionnelles, notamment le droit de refuser de déposer ou de témoigner. L'exemple-type est l'obligation faite aux agents publics de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction.¹⁹⁷¹ Cette obligation fait partie des devoirs d'intégrité incombant aux agents publics.¹⁹⁷²

iii. La protection des lanceurs d'alerte contre les mesures de rétorsion

830 La protection que réserve l'ordre juridique aux lanceurs d'alerte est intrinsèquement lié à l'acte de dénonciation. Dans la mesure où la dénonciation porte sur des infractions pénales ou des irrégularités dans l'administration publique, l'employeur, le cas échéant impliqué dans l'affaire dénoncée, peut être tenté de réprimer l'agent-lanceur d'alerte en lui infligeant des mesures de rétorsion, telles que le licenciement, les sanctions disciplinaires ou encore d'autres mesures affectant l'agent dans son environnement de travail.¹⁹⁷³ L'ordre juridique peut protéger le lanceur d'alerte des mesures de rétorsion, notamment en les interdisant. On peut également prévoir que l'identité du lanceur d'alerte ne sera pas divulguée et lui garantir ainsi la confidentialité, en particulier dans la procédure menant à d'éventuelles sanctions disciplinaires ou pénales à l'encontre des personnes responsables des irrégularités.¹⁹⁷⁴ Dans certains cas, l'anonymat peut, voire doit, également être garanti ; nous reviendrons sur cet enjeu plus loin.¹⁹⁷⁵ Enfin, pour que le lanceur d'alerte puisse bénéficier des éventuelles mesures de protection, la loi exige souvent qu'il soit de bonne foi. Cette condition est en principe remplies si l'alerte éthique est lancée dans l'intérêt public.

831 La protection des lanceurs d'alerte revêt une importance particulière en cas d'alerte éthique dans le contexte professionnel, c'est-à-dire lorsqu'un agent public dénonce des irrégularités dans son entité administrative ou son service. En cas d'alerte éthique citoyenne, les éventuels responsables de l'irrégularité n'ont en revanche pas la possibilité d'infliger des mesures de rétorsion aux lanceurs d'alerte, du moins pas directement.

¹⁹⁷¹ Cf. l'art. 22a LPers.

¹⁹⁷² Cf. ci-dessus N 210 ss. On aurait pu en traiter également dans le § 5.

¹⁹⁷³ JUNOD, *Alerte*, p. 467.

¹⁹⁷⁴ MARCIAS, *Whistleblowing*, p. 204.

¹⁹⁷⁵ Cf. ci-dessous N 841 s.

iv. L'institutionnalisation d'une voie spéciale : une dénonciation « protégée »

Enfin, l'ordre juridique peut prévoir un dispositif spécifique pour les alertes éthiques et désigner une seule autorité compétente. Le dispositif d'alerte éthique peut par exemple être un site internet spécialement conçu à cette fin et à partir duquel le lanceur d'alerte peut formuler sa dénonciation, un numéro vert, une adresse courriel spéciale ou encore une boîte à lettres spéciale.¹⁹⁷⁶ 832

L'institution d'une voie spéciale pour l'alerte éthique permet entre autres de garantir de manière adéquate la protection des lanceurs d'alerte, notamment en leur assurant la confidentialité. On peut ainsi donner au lanceur d'alerte la possibilité de suivre une procédure de dénonciation « protégée », tout en lui laissant le choix d'utiliser la voie de la dénonciation classique. Le dispositif spécial d'alerte éthique peut aussi être configuré de manière à garantir l'anonymat des lanceurs d'alerte. 833

La désignation d'une autorité unique comme responsable du dispositif d'alerte éthique, le cas échéant la désignation d'une autorité externe à l'administration publique, présente plusieurs avantages. Ainsi, le personnel de l'autorité désignée peut être soumis à l'obligation de tenir confidentielle l'identité du lanceur d'alerte, ce qui met ce dernier en confiance. Une telle autorité peut ensuite développer une certaine expertise en ce qui concerne les alertes éthiques ; si nécessaire, elle peut également remplir des tâches de contrôle de l'administration publique ou de médiation entre administrés et administration publique. En pratique, la tâche de recevoir les alertes éthiques revient souvent aux autorités indépendantes spécialisées en matière de prévention de la corruption, à la Cour des comptes, au contrôle des finances ou encore à l'Ombudsman. Enfin, l'indépendance de cette autorité lui permet d'apprécier les faits dénoncés de manière objective. 834

c) *L'alerte éthique : un outil de prévention de la corruption*

L'alerte éthique est considérée comme l'un des éléments essentiels de la stratégie de prévention de la corruption.¹⁹⁷⁷ Elle constitue à la fois un outil de contrôle (diffus) de l'administration publique, de détection des irrégularités, de prévention de la corruption et de promotion de l'intégrité. Le rapport étroit entre l'alerte éthique et la prévention de la corruption est notamment dû à l'un des éléments caractéristiques de la corruption, le fait que cette infraction n'a pas de victimes directes susceptibles de porter plainte.¹⁹⁷⁸ Les affaires de corruption, mais également les irrégularités n'atteignant pas le seuil de la corruption, sont difficiles à détecter par des personnes externes à l'administration. En revanche, les agents publics sont mieux placés pour découvrir les éventuelles anomalies. Une dénonciation venant de l'intérieur de l'entité est donc souvent la seule façon de découvrir les comportements fautifs.¹⁹⁷⁹ Outre son importance dans 835

¹⁹⁷⁶ Cf., pour des exemples concrets, ci-dessous N 850 ss et N 860.

¹⁹⁷⁷ SCHERLER, *Korruption*, p. 518 s. ; MARCIAS, *Whistleblowing*, p. 175 ; LOCHAK, *Réflexions*, N 46 ; RANGONE, *Behavioural*, p. 76.

¹⁹⁷⁸ MARCIAS, *Whistleblowing*, p. 175. Cf. également ci-dessus N 45.

¹⁹⁷⁹ CARRANZA/MICOTTI, *Whistleblowing*, N 83.

le processus de détection de ces actes, l'alerte éthique a également un effet préventif notable : selon le Conseil de l'Europe, elle constitue « une mise en garde précoce afin de prévenir les dommages et de détecter des actes répréhensibles »¹⁹⁸⁰. La simple menace d'une révélation est parfois de nature à mener à plus d'intégrité.¹⁹⁸¹

d) *Trois questions spécifiques autour de l'alerte éthique*

i. L'équilibre à trouver entre le devoir de fidélité et la liberté d'expression

836 La problématique de l'alerte éthique dans le contexte professionnel se trouve à la croisée des chemins entre le devoir de fidélité et la liberté d'expression. Selon les circonstances concrètes du cas d'espèce, l'alerte éthique peut être qualifiée de violation du devoir de fidélité ou d'exercice légitime de la liberté d'expression. Ainsi, si le lanceur d'alerte n'est pas de bonne foi ou qu'il n'a pas cherché à résoudre le problème à l'interne, il viole son secret de fonction, et donc son devoir de fidélité, en dénonçant des irrégularités à des entités ou à des personnes externes.¹⁹⁸² En revanche, si l'Etat ne prévoit pas une protection suffisante pour un agent public ayant dénoncé des irrégularités de bonne foi, la liberté d'expression de ce dernier est violée.¹⁹⁸³ L'absence de protection suffisante pour le lanceur d'alerte – qui n'est pas forcément un agent public – peut également constituer une violation du droit à l'information de tous les membres de la société.¹⁹⁸⁴

837 Tant la doctrine que la jurisprudence ont cherché à trouver un juste équilibre entre ces deux intérêts.¹⁹⁸⁵ Nous nous limiterons ici à énoncer brièvement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière.¹⁹⁸⁶ Dans l'arrêt *Guja c. Moldavie*¹⁹⁸⁷, elle a introduit un schéma d'analyse comportant six critères qui permettent d'établir s'il y a eu violation de la liberté d'expression.¹⁹⁸⁸ Ce schéma a été repris avec quelques changements dans des arrêts ultérieurs.¹⁹⁸⁹ Les six éléments à prendre en compte sont les suivants : (1) Dénonciation à l'instance adéquate ; (2) Intérêt public des faits dénoncés ; (3) Authenticité des faits dénoncés ; (4) Préjudice sérieux à l'employeur ; (5) Bonne foi du lanceur d'alerte ; (6) Proportionnalité de la sanction.¹⁹⁹⁰

¹⁹⁸⁰ Recommandation (2014) 7 sur la protection des lanceurs d'alerte, exposé des motifs, N 3.

¹⁹⁸¹ LOCHAK, *Réflexions*, N 27 ; JUNOD, *Alerte*, p. 467.

¹⁹⁸² Cf. à ce sujet l'arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, c. 5.2.2.

¹⁹⁸³ HANGARTNER, *Whistleblowing*, p. 493 ; LOCHAK, *Réflexions*, N 26.

¹⁹⁸⁴ LOCHAK, *Réflexions*, N 26.

¹⁹⁸⁵ Pour la jurisprudence du Tribunal fédéral, cf. p. ex. les arrêts du TF du 8 juillet 2008, 4A_2/2008, et du 12 décembre 2011, 6B_305/2011, MAHON/ROSELLO, *Réformes*, p. 45 s, et FF 2013 8560 ss (Message alerte éthique CO).

¹⁹⁸⁶ Cf. notamment JUNOD, *Alerte*, p. 459 ss, et MAHON/ROSELLO, *Réformes*, p. 44 s.

¹⁹⁸⁷ Arrêt de la CEDH (Grande Chambre), *Guja c. Moldova*, n° 14277/04, du 21 février 2008.

¹⁹⁸⁸ JUNOD, *Alerte*, p. 467 ; LOCHAK, *Réflexions*, N 67 ss.

¹⁹⁸⁹ Cf. JUNOD, *Alerte*, p. 467 ss, et les deux arrêts de la CEDH, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08, du 21 juillet 2011 et *Bucur et Toma c. Roumanie*, n° 40238/02 du 8 janvier 2013.

¹⁹⁹⁰ JUNOD, *Alerte*, p. 468 ss.

ii. Une récompense pour l'alerte éthique ?

Certains systèmes prévoient des récompenses de type financier pour les lanceurs d'alerte. La personne ayant fourni à l'Etat un indice ou des preuves d'irrégularités survenues dans l'administration publique ou, plus généralement, d'actes qui portent atteinte à l'intérêt public, reçoit une prime. Cette dernière a pour but d'inciter les personnes au courant de comportements ou de faits qui nuisent à l'intérêt public de dénoncer les malfaiteurs.¹⁹⁹¹ Alors que cette modalité ne correspond pas entièrement à la vision classique du lanceur d'alerte – une personne qui agit pour le bien de la communauté et donc pour des motifs altruistes –, les récompenses financières pour les lanceurs d'alerte sont communes aux Etats-Unis.

838

Les lois américaines qui prévoient des récompenses financières pour les lanceurs d'alerte peuvent être classées en deux catégories. D'une part, les lois *qui tam* permettent au lanceur d'alerte d'agir en justice au nom du gouvernement contre une personne qui aurait commis des actes frauduleux ou illégaux.¹⁹⁹² En cas d'aboutissement de son action en justice, le lanceur d'alerte a droit à un pourcentage des sommes récupérées par l'Etat.¹⁹⁹³ Il partage donc avec l'Etat en quelque sorte les dommages-intérêts alloués. Les sommes ainsi octroyées aux lanceurs d'alerte peuvent être considérables : dans un cas impliquant l'entreprise pharmaceutique Pfizer, plus de cent millions de dollars ont été versés aux lanceurs d'alerte.¹⁹⁹⁴ D'autre part, les lois compensatoires au sens strict prévoient une récompense pour le lanceur d'alerte sans que ce dernier doive mener une enquête et l'éventuel procès.¹⁹⁹⁵ Les lanceurs d'alerte n'ont donc qu'à communiquer aux autorités leurs soupçons et reçoivent, le cas échéant, une récompense. Là encore, les sommes allouées aux lanceurs d'alerte peuvent s'élever à plusieurs millions de dollars.¹⁹⁹⁶

Les récompenses financières pour les lanceurs d'alerte peuvent avoir des conséquences positives. Elles peuvent notamment faire pencher le calcul du rapport coût-bénéfice des lanceurs d'alerte du côté des bénéfiques.¹⁹⁹⁷ Mais les récompenses financières peuvent également avoir des conséquences néfastes. Ainsi, le risque d'alertes abusives est plus grand. De même, la perspective de gagner le gros lot peut encourager les lanceurs d'alerte à commettre des infractions au détriment de tiers.¹⁹⁹⁸ Enfin, les récompenses financières tendent également à affaiblir les voies internes de traitement de l'alerte.¹⁹⁹⁹

839

A notre avis, les conséquences négatives sont trop importantes pour justifier l'introduction de récompenses financières dans le contexte suisse. De plus, nous pensons que le critère le plus important dans le calcul coût-bénéfice des lanceurs d'alerte n'est pas

840

¹⁹⁹¹ MARCIAS, Whistleblowing, p. 209.

¹⁹⁹² L'expression *qui tam* vient de la phrase latine « *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* » et indique que le lanceur d'alerte agit à la fois pour le compte de l'autorité publique (le roi) et pour son propre compte, cf. SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 8 ss et NBP 9.

¹⁹⁹³ SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 8 ss ; MARCIAS, Whistleblowing, p. 189 ss.

¹⁹⁹⁴ SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 17.

¹⁹⁹⁵ SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 20 ss.

¹⁹⁹⁶ SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 20 ss.

¹⁹⁹⁷ MARCIAS, Whistleblowing, p. 213.

¹⁹⁹⁸ SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 43.

¹⁹⁹⁹ SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses, N 51.

l'octroi d'éventuelles récompenses financières, mais la garantie d'une protection adéquate.

iii. La protection adéquate : la confidentialité ou l'anonymat ?

841 Une des mesures de protection du lanceur d'alerte consiste à lui garantir la confidentialité. Son identité n'est donc pas connue du grand public, mais uniquement de l'autorité ayant reçu l'alerte éthique. On peut également garantir l'anonymat au lanceur d'alerte. Dans ce cas, celui-ci ne révèle son identité ni au public ni à l'autorité à laquelle il s'est adressé.

Indépendamment de tout dispositif d'alerte éthique, la possibilité de formuler des dénonciations anonymes a toujours existé, par exemple par le biais d'une lettre anonyme classique. Aujourd'hui, le progrès technologique permet cependant l'instauration de dispositifs techniques en ligne garantissant l'anonymat au lanceur d'alerte, dans la mesure où il est techniquement impossible d'identifier la personne ayant fait usage du dispositif. Nous en verrons plusieurs exemples plus loin.²⁰⁰⁰

842 La garantie de l'anonymat est à notre avis une mesure opportune, voire nécessaire, dans les contextes où les lanceurs d'alerte craignent des représailles.²⁰⁰¹ En effet, la confidentialité n'est parfois pas une garantie assez forte.²⁰⁰² Un dispositif garantissant l'anonymat peut donc mettre les lanceurs d'alerte en confiance. Cela dit, les mesures garantissant la confidentialité ou l'anonymat ne sont que peu adaptées dans des petites structures administratives où il est aisé de deviner qui est le lanceur d'alerte.²⁰⁰³

2. Le cadre international

843 L'alerte éthique et la protection des lanceurs d'alerte sont prévues par plusieurs instruments internationaux. Selon l'article 8 al. 4 UNCAC, les Etats parties envisagent de « mettre en place des mesures et des systèmes de nature à faciliter le signalement par les agents publics aux autorités compétentes des actes de corruption dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ». De plus, selon l'article 33 de la même convention, les Etats parties sont encouragés à prévoir des mesures appropriées pour assurer la protection des personnes ayant signalé aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, des faits concernant les infractions prévues par la Convention.

844 La *Convention pénale sur la corruption* du Conseil de l'Europe oblige les Etats membres à prévoir une protection adéquate des lanceurs d'alerte.²⁰⁰⁴ Contrairement aux dispositions contenues dans l'UNCAC, l'article 22 de la Convention pénale est formulé de manière contraignante. En outre, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a

²⁰⁰⁰ Cf. ci-dessous N 850 ss.

²⁰⁰¹ Cf. dans le même sens le Message du Conseil fédéral sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur) de septembre 2018, FF 2018 6176.

²⁰⁰² FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 18 ss.

²⁰⁰³ FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 20.

²⁰⁰⁴ Art. 22 *Convention pénale sur la corruption* du Conseil de l'Europe.

adopté en 2014 une recommandation entièrement dédiée à l'alerte éthique et à la protection des lanceurs d'alerte et contenant 29 principes destinés à guider les Etats dans la mise en place d'un cadre normatif, institutionnel et judiciaire pour protéger les lanceurs d'alerte.²⁰⁰⁵ Enfin, comme mentionné, la protection des lanceurs d'alerte a fait l'objet d'une jurisprudence détaillée de la Cour européenne des droits de l'homme.²⁰⁰⁶

Vu les nombreuses initiatives internationales sur l'alerte éthique, certains auteurs se sont posé la question de savoir si cette dernière, et notamment la protection des lanceurs d'alerte constitue un droit fondamental à part entière.²⁰⁰⁷ Il paraît cependant difficile de déduire un droit fondamental à l'alerte éthique des textes existants. La doctrine dominante y voit plutôt un droit fondamental « par ricochet » ou « de deuxième degré ».²⁰⁰⁸ Toutefois, bien qu'il n'existe pour l'instant aucun instrument qui protège l'ensemble de signalements d'intérêt général, le Conseil de l'Europe a envisagé d'élaborer une convention-cadre sur la protection des donneurs d'alerte ; une telle convention pourrait ouvrir la voie à la reconnaissance d'un droit fondamental à l'alerte éthique.²⁰⁰⁹

845

3. Le cadre légal au niveau fédéral

Dans son rapport de 2003 concernant la prévention de la corruption, le Conseil fédéral a indiqué que les personnes souhaitant rendre les autorités attentives à des irrégularités pouvaient signaler ces dernières au Contrôle fédéral des finances (CDF).²⁰¹⁰ Il estimait cependant qu'il n'était pas nécessaire d'introduire des mesures de protection des lanceurs d'alerte.²⁰¹¹ Par la suite, plusieurs initiatives parlementaires ont été déposées en vue de protéger les lanceurs d'alerte contre les licenciements abusifs et autres formes de discrimination.²⁰¹² Ces initiatives et la pression exercée sur la Suisse par le GRECO ont abouti à l'introduction de l'art. 22a LPers, entré en vigueur début 2011.²⁰¹³

846

a) L'alerte éthique dans la LPers

i. L'obligation de dénoncer

Selon l'article 22a al. 1 LPers, les agents publics ont l'obligation de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction. Il s'agit donc d'un véritable *devoir* dont le non-respect

847

²⁰⁰⁵ *Recommandation du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte* de 2014, cf. ci-dessus N 134.

²⁰⁰⁶ Cf. ci-dessus N 837.

²⁰⁰⁷ Cf. notamment LOCHAK, *Réflexions*, N 20 ss, CHALTIEL TERRAL, *Alerte*, p. 117 ss, et LARCHÉ MARION, *Brèves réflexions sur la qualification de l'alerte éthique comme droit de l'homme*, *Revue des droits de l'homme* 10/2016.

²⁰⁰⁸ LOCHAK, *Réflexions*, N 24 s.

²⁰⁰⁹ LOCHAK, *Réflexions*, N 49.

²⁰¹⁰ FF 2003 4657 (Rapport sur la prévention de la corruption).

²⁰¹¹ FF 2003 4657 (Rapport sur la prévention de la corruption).

²⁰¹² FF 2008 7423 (Message LOAP).

²⁰¹³ Cf. NÖTZLI, Art. 22a, N 1 s. ; JUNGO, *Whistleblowing*, p. 67 s. Cf. également GRECO, *Rapport d'évaluation sur la Suisse* du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 156.

peut le cas échéant mener à la résiliation des rapports de travail.²⁰¹⁴ Bien qu'introduit dans le contexte de la prévention de la corruption, le devoir d'annonce ne vise pas uniquement les actes de corruption, mais tous les crimes et délits et naît « dès l'existence d'un soupçon fondé »²⁰¹⁵. La doctrine considère que pour être qualifié de « fondé », le soupçon doit être d'une certaine intensité, afin de ne pas ouvrir la porte à la délation.²⁰¹⁶ Le devoir d'annonce vaut seulement pour les crimes et délits dont les agents publics ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction, à l'exclusion de ceux dont ils ont eu connaissance en dehors de leur profession.²⁰¹⁷ Enfin, les agents publics peuvent dénoncer les faits aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au CDF, sans que la loi précise cependant dans quel ordre. Alors que selon le Conseil fédéral, le choix de l'autorité dépendrait du cas d'espèce, la doctrine soutient que l'agent public est libre de se tourner vers l'autorité de son choix.²⁰¹⁸ Le Tribunal administratif fédéral a confirmé cette dernière approche dans un arrêt récent : « La LPers n'impose pas d'annonce en cascade, mais laisse le choix au collaborateur »²⁰¹⁹.

ii. Le droit de signaler des irrégularités

848 L'article 22a al. 4 LPers confère en outre aux agents publics le droit de signaler au CDF les autres irrégularités dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalées dans l'exercice de leur fonction. Contrairement au devoir d'annonce de l'alinéa premier, il s'agit là d'un droit.²⁰²⁰ Rappelons que ce droit est une sous-catégorie du droit général de formuler une dénonciation. En tant que tel, il existait donc déjà avant l'introduction de l'article 22a LPers. Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a commenté à ce sujet qu'en prévoyant un droit de signaler d'autres irrégularités plutôt qu'un devoir, la LPers évite « de transformer chaque collaborateur de la Confédération en un délateur systématique, ce qui créerait immanquablement un climat de suspicion généralisé particulièrement néfaste »²⁰²¹. Si les agents publics décident de ne pas faire usage de leur droit, ils ne subiront donc pas de désavantages.²⁰²² Par « autres irrégularités », on entend non seulement les infractions pénales qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'alinéa premier, mais également les manquements pénalement non répréhensibles comme par exemple la mauvaise gestion budgétaire impliquant des dépenses excessives ou inutiles.²⁰²³

²⁰¹⁴ NÖTZLI, Art. 22a, N 5. Les personnes ayant le droit de refuser de déposer ou de témoigner ne sont pas soumises à l'obligation, cf. l'art. 22a al. 3 LPers.

²⁰¹⁵ FF 2008 7424 (Message LOAP).

²⁰¹⁶ NÖTZLI, Art. 22a, N 6 ; HÄNNI, Personalrecht, N 238.

²⁰¹⁷ FF 2008 7424 (Message LOAP).

²⁰¹⁸ FF 2008 7424 (Message LOAP) ; NÖTZLI, Art. 22a, N 8.

²⁰¹⁹ Arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, c. 5.2.2.

²⁰²⁰ Cf. ci-dessus N 826 ss.

²⁰²¹ Arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, c. 5.2.2. Cet arrêt du TAF a été confirmé par l'arrêt du TF du 15 avril 2019, 8C_855/2017.

²⁰²² NÖTZLI, Art. 22a, N 12 ; HÄNNI, Personalrecht, N 241.

²⁰²³ NÖTZLI, Art. 22a, N 13.

iii. La protection des agents publics-lanceurs d'alerte

L'article 22a al. 5 LPers garantit aux agents publics ayant fait une dénonciation une protection : « Nul ne doit subir un désavantage sur le plan professionnel pour avoir, de bonne foi, dénoncé une infraction ou annoncé une irrégularité ou pour avoir déposé comme témoin ». Par désavantage, on entend aussi bien le licenciement²⁰²⁴ que des sanctions disciplinaires, la réduction du salaire, la mention de la dénonciation dans le certificat de travail ou d'autres mesures similaires.²⁰²⁵ En revanche, le transfert de l'employé n'est *a priori* pas exclu, notamment si une telle mesure mène à une atténuation d'éventuels conflits ; il convient cependant de prendre en compte les circonstances du cas d'espèce.²⁰²⁶ La protection de l'article 22a al. 5 LPers n'est garantie qu'aux agents agissant de bonne foi. Selon le Tribunal administratif fédéral, la bonne foi requise par l'article 22a al. 5 LPers « ne signifie pas nécessairement que le *whistleblower* [...] de la fonction publique soit tenu, pour être autorisé à agir, d'être motivé par des considérations purement altruistes. Il faut et il suffit que la dénonciation serve objectivement un intérêt public »²⁰²⁷. Le Tribunal administratif fédéral interprète donc – à juste titre – la notion de bonne foi de manière large. En revanche, une alerte abusive peut mener à des sanctions disciplinaires, voire à un licenciement.²⁰²⁸ Enfin, la protection de l'article 22a al. 5 LPers ne saurait justifier la commission de manquements graves aux obligations professionnelles.²⁰²⁹

849

Dans une affaire récente, le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé pour la première fois sur un cas d'alerte éthique. En 2012, X, employé de la Centrale de compensation (CdC), avait informé le CDF de l'existence de dysfonctionnements graves dans le domaine de l'informatique et de la gouvernance d'entreprise au sein de la CdC. En 2015, la CdC a résilié le contrat de travail de X pour divers manquements dans le comportement de ce dernier. X a recouru contre cette mesure en prétendant avoir été licencié non pour manquements dans le comportement, mais pour avoir lancé une alerte. Le Tribunal administratif fédéral a rejeté cette argumentation en démontrant que la CdC ne connaissait pas l'identité des lanceurs d'alerte et que le licenciement ne pouvait donc pas constituer une mesure de rétorsion.²⁰³⁰

iv. L'institutionnalisation d'une voie spéciale

L'Office fédéral de la police (fedpol) et le CDF ont créé des dispositifs spéciaux pour recevoir des alertes éthiques. Ces plateformes sont ouvertes non seulement aux agents publics, mais aussi à toute personne. Elles permettent donc les alertes éthiques dans le contexte professionnel et les alertes éthiques citoyennes. Toutefois, seuls les agents publics bénéficient de la protection prévue à l'article 22a al. 5 LPers en cas de signalement d'irrégularités. Lorsque l'alerte éthique émane de toute autre personne, la protection

850

²⁰²⁴ Cf. l'art. 34c al. 1 let. a LPers.

²⁰²⁵ NÖTZLI, Art. 22a, N 15.

²⁰²⁶ NÖTZLI, Art. 22a, N 15.

²⁰²⁷ Arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, c. 5.2.3.

²⁰²⁸ NÖTZLI, Art. 22a, N 16.

²⁰²⁹ Arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, c. 5.3.4.

²⁰³⁰ Arrêt du TAF du 19 octobre 2017, A-7006/2015, notamment le c. 5.

concrète du lanceur d'alerte sera le cas échéant déterminée par la casuistique élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme ou le Tribunal fédéral.

- 851 Le fedpol a mis en place en 2015 la plateforme « Integrity Line »²⁰³¹, dédiée entièrement à la détection des affaires de corruption. Tout un chacun peut « signaler des actes de corruption se déroulant dans l'administration, au sein du système judiciaire, au niveau politique, dans des entreprises actives en Suisse ou à l'étranger ou dans des associations ou des organisations à but non lucratif »²⁰³². La plateforme en ligne garantit l'anonymat aux personnes dénonçant un fait répréhensible, si ces dernières le souhaitent.
- 852 La plateforme pour les lanceurs d'alerte du CDF existe depuis plus longtemps. Elle a cependant été renouvelée en 2017 pour garantir plus de sécurité et l'anonymat aux personnes qui le souhaitent.²⁰³³ Les lanceurs d'alerte peuvent dénoncer toutes sortes de crimes ou de délits, sans qu'un lien avec des actes de corruption soit exigé, ainsi que les irrégularités constatées au sein de l'administration publique. Quant à l'effectivité de son service d'alerte éthique, le CDF indique qu'environ la moitié des dénonciations est utile et sert à améliorer l'intégrité et l'efficacité de l'administration fédérale.²⁰³⁴ Il est en outre intéressant de noter que seul un tiers des dénonciations sont faites par des agents publics.²⁰³⁵

Tant l'« Integrity Line » que la plateforme du CDF utilisent des technologies permettant aux lanceurs d'alerte de garder leur anonymat.²⁰³⁶ Les adresses IP, le moment de la dénonciation et tout autre métadonnée qui pourrait aider à identifier le lanceur d'alerte ne sont ni relevées ni enregistrées. Les dénonciations sont chiffrées et stockées sur une plateforme externe protégée. La plateforme du CDF donne en outre au lanceur d'alerte la possibilité de mettre en place une boîte postale anonyme qui permettra au CDF de le contacter pour lui demander, si nécessaire, davantage d'informations sur l'affaire dénoncée.

- 853 Plusieurs autres entités administratives ont mis en place leur propre service d'alerte éthique, sans pour autant garantir l'anonymat aux lanceurs d'alerte. On peut citer par exemple l'OFROU²⁰³⁷, armasuisse²⁰³⁸ ou les deux Ecoles polytechniques fédérales²⁰³⁹. Cette pluralité de services et de plateformes d'alerte éthique peut cependant mener à une certaine confusion. Il serait à notre avis plus opportun de prévoir une seule voie

²⁰³¹ fedpol.ch > Criminalité > Corruption > Integrity Line.

²⁰³² Cf. le site Integrity Line, cf. ci-dessus NBP 2031.

²⁰³³ whistleblowing.admin.ch.

²⁰³⁴ Cf. l'article de mai 2017 du président du CDF Eric-Serge Jeannet publié sur le site du CDF (efk.admin.ch > Whistleblowing).

²⁰³⁵ Cf. le graphique sur le site du CDF (efk.admin.ch > Whistleblowing).

²⁰³⁶ Les deux plateformes utilisent cependant des technologies développées par deux entreprises différentes.

²⁰³⁷ Cf. notamment le ch. 3.7.3 du Guide de lutte contre la corruption au sein de l'OFROU du 24 avril 2017 où il est précisé que les faits répréhensibles peuvent être signalés au médiateur de l'OFROU. Ce dernier est tenu de traiter les dénonciations (et dénonciateurs) avec la plus grande confidentialité.

²⁰³⁸ Le service d'alerte éthique d'armasuisse se trouve sur l'intranet de cette dernière.

²⁰³⁹ Cf. pour l'EPFZ les Weisungen betreffend Verdachtsmeldungen von Angestellten der ETH Zürich zu rechtlich unkorrektem Verhalten (« Whistleblowing-Weisungen ») du 28 novembre 2017 (RS/ETHZ 130.1) ; pour l'EPFL la Directive sur le processus de whistleblowing à l'EPFL du 14 août 2017 (LEX 1.8.1).

(ou un nombre limité de voies) d'alerte éthique dans l'administration fédérale centralisée, ce qui permettrait de mieux coordonner les informations reçues et de garantir la même protection à tous les lanceurs d'alerte.

b) L'alerte éthique dans les entités décentralisées avec statut du personnel de droit public

Le système d'alerte éthique prévu par la LPers, et par conséquent la protection qui y est prévue, n'est pas applicable au personnel des entités décentralisées dotées de leur propre statut du personnel de droit public. Dans son rapport de 2014, le GTID Corruption a relevé ce défaut et a recommandé l'introduction de l'obligation d'annoncer les soupçons de corruption dans toutes les unités décentralisées, par analogie avec la réglementation de la LPers.²⁰⁴⁰

854

Parmi les quatre entités dotées de leur propre statut du personnel du droit public, seule l'IFSN a adopté à ce jour une réglementation similaire à celle de l'article 22a LPers – non dans son règlement du personnel, mais dans son code de conduite.²⁰⁴¹ Les dispositions sur l'alerte éthique devraient à notre avis être ancrées dans la *Loi sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire*²⁰⁴², ou du moins dans l'OPers-IFSN. La FINMA dispose pour sa part d'une réglementation partielle dans son code de conduite. Le personnel de la FINMA n'a cependant pas d'obligation de dénoncer et la protection des lanceurs d'alerte contre d'éventuelles mesures de rétorsion n'est que partiellement garantie.²⁰⁴³ Jusqu'à fin 2018, Swissmedic connaissait une réglementation similaire à celle de la FINMA dans son code de conduite. Cependant, depuis le 1^{er} janvier 2019, Swissmedic dispose d'une réglementation légale de l'alerte éthique. Le nouvel article 75a de la *Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh)*²⁰⁴⁴ est une reprise de l'article 22a LPers ; le personnel de Swissmedic aura donc une obligation de dénoncer les crimes et les délits, un droit de signaler à leurs supérieurs ou au CDF les autres irrégularités, et sera protégé en cas d'alerte éthique lancée de bonne foi. Enfin, l'IPI ne règle pas ce domaine.

855

La recommandation du GTID Corruption n'a par conséquent pas encore été mise en œuvre entièrement : à l'exception de Swissmedic, les réglementations sur l'alerte éthique des entités décentralisées dotées de leur propre statut du personnel sont lacunaires. Notons que le personnel de la FINMA et de l'IPI ne serait pas non plus couvert en cas d'introduction de dispositions en la matière dans le Code des obligations.²⁰⁴⁵ Certes, ces agents peuvent utiliser les plateformes de fedpol et du CDF pour signaler d'éventuelles irrégularités en conservant leur anonymat. Ils ne bénéficient cependant pas de la protection garantie à l'article 22a LPers s'ils décident de révéler leur identité. Ils ne sont pas non plus obligés de dénoncer les crimes et les délits. Cette inégalité de traitement entre les agents soumis à la LPers et les agents de quelques entités décentralisées dotées de leur propre statut du personnel ne se justifie pas au regard de l'in-

856

²⁰⁴⁰ Rapport GTID Corruption 2014, p. 8.

²⁰⁴¹ Art. 14 Code de conduite IFSN.

²⁰⁴² RS 732.2.

²⁰⁴³ Cf. l'art 20 Code de conduite FINMA et les chiffres 7.1 ss Code de conduite Swissmedic.

²⁰⁴⁴ RS 812.21.

²⁰⁴⁵ FF 2013 8596 (Message alerte éthique CO).

tégrité de l'administration publique, ce d'autant moins que le risque de conflits d'intérêts et d'irrégularités est important au sein de ces entités. Il est à notre avis nécessaire d'introduire des dispositions garantissant une protection adéquate aux employés de ces entités dans les lois topiques ou les ordonnances du personnel de ces entités.

c) *L'absence d'une réglementation dans le Code des obligations*

857 Il n'existe pour l'instant pas de réglementation spéciale de l'alerte éthique en droit privé du travail, et cela en dépit du fait qu'une motion parlementaire avait demandé l'introduction d'une telle réglementation il y a plus d'une décennie.²⁰⁴⁶ Le Conseil fédéral, qui avait d'abord proposé le rejet de la motion, s'est rallié à une version modifiée de cette dernière en 2006. Puis, en 2008 et 2010, il a soumis deux avant-projets à consultation. Trois ans plus tard, en novembre 2013, il a finalement adopté un Message et soumis un projet de loi aux Chambres fédérales.²⁰⁴⁷ Ces dernières ont cependant renvoyé le projet au Conseil fédéral en le chargeant de « formuler le projet d'une manière plus simple et plus compréhensible » tout en gardant la structure de base.²⁰⁴⁸ En septembre 2018, le Conseil fédéral a adopté un Message additionnel sur un projet de loi légèrement simplifié.²⁰⁴⁹

Dans son Message de 2013 sur la protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur, le Conseil fédéral a décrit le droit en vigueur dans ce domaine, notamment les procédures internes de signalement, l'obligation et le droit de signaler des irrégularités ainsi que la protection contre des mesures de représailles.²⁰⁵⁰ Il a en outre constaté que le droit en vigueur est insuffisant tant en ce qui concerne les conditions du droit de signaler des irrégularités que la protection du travailleur-lanceur d'alerte.²⁰⁵¹

858 L'absence d'une réglementation de l'alerte éthique dans le Code des obligations signifie que les agents publics soumis au droit privé du travail ne bénéficient pas automatiquement de la protection garantie aux agents publics soumis à la LPers. Cette situation n'est pas satisfaisante, dans la mesure où la mise en place d'un dispositif d'alerte éthique et une protection des lanceurs d'alerte ne devraient pas dépendre de la soumission du contrat de travail au Code des obligations ou à la LPers. Tous les agents publics devraient bénéficier de la même protection.

d) *Appréciation*

859 Plusieurs dispositifs d'alerte éthique ont été introduits au cours des dernières années au niveau fédéral. La protection garantie par la législation n'est cependant pas la même pour tous les agents publics au service de la Confédération : tandis que le personnel

²⁰⁴⁶ Motion 03.3212 (« Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption »), déposée par Remo Gysin en 2003.

²⁰⁴⁷ FF 2013 8547 (Message alerte éthique CO).

²⁰⁴⁸ BO CN 2015, p. 659 ss, et BO CE 2015, p. 783 s.

²⁰⁴⁹ Cf. le Message additionnel sur la révision du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur, FF 2018 6163).

²⁰⁵⁰ FF 2013 8556 ss (Message alerte éthique CO).

²⁰⁵¹ FF 2013 8569 ss (Message alerte éthique CO).

soumis à la LPers bénéficie de la protection offerte par celle-ci, la situation est différente pour le personnel de certaines unités décentralisées et le personnel soumis au droit privé, qui ne bénéficient pas d'une protection adéquate. Cette inégalité dans la protection des lanceurs d'alerte n'est pas justifiable au regard de l'intégrité de l'administration publique. A notre avis, une personne au service de l'administration publique, quelle que soit l'entité pour laquelle elle travaille ou quel que soit le droit auquel est soumis son contrat de travail, devrait avoir la possibilité d'annoncer des irrégularités sans craindre d'éventuelles représailles. Il conviendrait donc selon nous de créer les mêmes conditions en matière d'alerte éthique pour tous les agents publics.

4. Le cadre légal au niveau cantonal

Au niveau cantonal, le cadre légal concernant l'alerte éthique et la protection des lanceurs d'alerte est moins développé qu'au niveau fédéral.²⁰⁵² A ce jour, un tiers des cantons a institutionnalisé l'alerte éthique dans la législation ; certains cantons prévoient également des garanties pour les lanceurs d'alerte.²⁰⁵³ Les réglementations cantonales ressemblent dans les grandes lignes à celle en vigueur au niveau fédéral : elles prévoient un droit de signaler les irrégularités, désignent une autorité compétente – qui est, selon les cas, l'Ombudsman cantonal, le contrôle cantonal des finances, la Cour des comptes ou encore un bureau ou un office de l'administration – et garantissent aux lanceurs d'alerte une certaine protection, à conditions que l'alerte éthique soit lancée de bonne foi.

860

Comme au niveau fédéral, l'institution de l'alerte éthique au niveau cantonal est un phénomène assez récent : la plupart des cantons connaissant une réglementation expresse l'ont adoptée au cours des cinq dernières années. Du reste, dans plusieurs autres cantons, il existe des projets qui visent à introduire des réglementations similaires.²⁰⁵⁴ A cet égard, il est intéressant de citer l'exemple du canton de Genève, où les lanceurs d'alerte bénéficient d'une protection constitutionnelle expresse. En effet, selon l'article 26 al. 3 Cst./GE, « toute personne qui, de bonne foi et pour la sauvegarde de l'intérêt général, révèle à l'organe compétent des comportements illégaux constatés de manière licite bénéficie d'une protection adéquate ». Cette base constitutionnelle

861

²⁰⁵² FF 2013 8563 (Message alerte éthique CO) ; SCHERLER, *Korruption*, p. 519. En revanche, une grande majorité des législations cantonales contiennent l'obligation pour les agents publics de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office, FF 2013 8562 s. (Message alerte éthique CO).

²⁰⁵³ Soit les cantons de Berne (art. 17a Loi cantonale sur le Contrôle des finances, RS/BE 622.1 ; art. 50a Loi sur le personnel, RS/BE 153.01), Lucerne (§ 46a Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis, RS/LU 51), Glaris (art. 5a Gesetz über das Personalwesen, RS/GL II A/6/1 ; art. 32 Personalverordnung, RS/GL II A/6/2), Zoug (§ 28^{bis} s. Personalgesetz, RS/ZG 154.21 ; § 17a Personalverordnung, RS/ZG 154.211), Bâle-Ville (§ 19a Personalgesetz, RS/BS 162.100 ; Verordnung betreffend Meldung von Missständen, RS/BS 162.600), Bâle-Campagne (§ 38a Personalgesetz, RS/BL 150 ; § 32a ss Personalverordnung RS/BL 150.11), Saint-Gall (art. 62 s. Personalgesetz, RS/SG 143.1 ; art. 15 ss Personalverordnung, RS/SG 143.11), Thurgovie (§ 62a Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals, RS/TG 177.112) et le Tessin (art. 31a Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato, RS/TI 173.100). Dans d'autres cantons, comme p. ex. Zurich, l'alerte éthique existe dans les faits, mais n'est pas prévue expressément par la loi.

²⁰⁵⁴ Cf. FF 2013 8563 s. (Message alerte éthique CO).

n'a pour le moment pas encore précisée dans la législation.²⁰⁵⁵ La Cour des comptes de ce même canton a cependant instauré un dispositif d'alerte éthique spécial, identique à celui mis à disposition par le CDF.²⁰⁵⁶

IV. Synthèse

- 862 Dans ce chapitre, nous avons traité du rapport entre la transparence et l'intégrité. Les deux concepts sont fortement interdépendants et la transparence a de multiples fonctions en matière d'intégrité.
- 863 Nous avons ensuite analysé trois questions spécifiques en matière d'information active et d'information passive. Au vu des exigences constitutionnelles d'intégrité et de transparence, les entités de l'administration centrale et de l'administration décentralisée, ainsi que les organismes contrôlés ou financés majoritairement par les pouvoirs publics devraient être tenus de publier activement un certain nombre d'informations en matière d'intégrité. A notre avis, il découle également de ces exigences que les législations en matière de transparence devraient être applicables non seulement à l'administration centrale et décentralisée, mais également aux organismes contrôlés ou financés majoritairement par les pouvoirs publics. Nous avons en outre relevé que l'intégrité constitue un intérêt public primordial dans la pesée des intérêts entre la protection des données personnelles et la transparence.
- 864 Enfin, à travers l'analyse de la législation sur l'alerte éthique et la protection des lanceurs d'alerte en Suisse, nous avons constaté et critiqué le fait que les agents publics, tant au niveau fédéral, que cantonal, ne disposent pas tous d'une protection adéquate lorsqu'ils lancent une alerte.

²⁰⁵⁵ Un projet de loi y relatif a été présenté par le Conseil d'Etat le 17 janvier 2018 (PL 12261). Selon l'article 2 du projet de loi, cette dernière ne s'appliquerait cependant qu'au personnel de l'administration cantonale élargie et non à « toute personne ».

²⁰⁵⁶ Cf. FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 1 ss, et le site web www.cdc-ge.ch > système d'alerte.

§ 8 Les mesures organisationnelles et institutionnelles

« To say that an entity is corrupt is not to say that it is filled with a bunch of corrupt individuals. It may, or may not be. It is perfectly conceivable – conceptually – to imagine a corrupt institution filled with non-corrupt individuals [...]. »²⁰⁵⁷

Dans ce chapitre, nous analyserons les mesures organisationnelles et institutionnelles favorisant l'intégrité de l'administration publique. Nous présenterons d'abord les mesures d'organisation et de contrôle internes, notamment la rotation du personnel, le principe des quatre yeux ainsi que l'évaluation et la gestion des risques d'intégrité (I.). Ces mesures peuvent contribuer à prévenir les comportements fautifs des agents publics. Nous nous intéresserons ensuite à l'institutionnalisation de l'intégrité et analyserons notamment la figure du responsable de l'intégrité et les différents modèles d'organes spécialisés en matière d'intégrité (II.).

865

²⁰⁵⁷ LESSIG LAWRENCE, *Corrupt and Unequal, Both*, *Fordham Law Review* 2015, p. 446.

I. Les mesures d'organisation et de contrôle internes

1. Le contrôle administratif

a) Généralités

866 Le contrôle administratif vise à assurer que les unités de l'administration publique, voire tous les organismes de droit public ou de droit privé chargés de l'exécution de tâches publiques, agissent conformément aux lois, règlements ou autres standards impératifs.²⁰⁵⁸ En ce sens, le contrôle administratif tend également à la prévention de la corruption.²⁰⁵⁹ Il dépasserait la présente étude de traiter en détail du contrôle administratif qui englobe des moyens de contrôle très divers tels que le contrôle judiciaire classique, le contrôle parlementaire, le contrôle des finances, le contrôle hiérarchique ou encore le contrôle autonome.²⁰⁶⁰ Nous nous focaliserons dans ce qui suit sur trois mesures de contrôle interne particulièrement pertinentes en matière de prévention de la corruption. Nous nous pencherons en outre sur le contrôle externe plus loin, en traitant de l'institutionnalisation de l'intégrité.²⁰⁶¹

b) Le contrôle interne

867 Le contrôle interne est un processus qui englobe toutes les procédures, méthodes et mesures internes qui ont pour but d'assurer un déroulement correct de l'activité administrative.²⁰⁶² Le contrôle interne n'est donc pas un événement isolé, mais un ensemble d'actions et de mesures qui se répandent à travers toutes les activités de l'unité administrative ou de l'organisation en question.²⁰⁶³ Un des buts premiers des systèmes de contrôle interne est l'objectif de conformité de l'activité administrative aux lois et réglementations en vigueur, dans la mesure où le non-respect de ces dernières peut entraîner des dommages importants, notamment en termes d'atteinte à la réputation de l'organisme en question.²⁰⁶⁴ A cet égard, l'on vise notamment à prévenir les risques de corruption.²⁰⁶⁵

Le principe du contrôle interne est prévu par la législation fédérale à l'article 39 de la *Loi sur les finances de la Confédération* (LFC)²⁰⁶⁶ et concrétisé aux articles 36 et suivants de l'*Ordonnance sur les finances de la Confédération* (OFC)²⁰⁶⁷

868 En ce qui concerne les composants d'un système de contrôle, il est souvent fait référence au modèle développé par le Committee of Sponsoring Organizations of the

²⁰⁵⁸ CHAKSAD, *Aufsichtsanzeige*, p. 17 ; DE BENEDETTO, *Corruption*, p. 484.

²⁰⁵⁹ DE BENEDETTO, *Corruption*, p. 483.

²⁰⁶⁰ CHAKSAD, *Aufsichtsanzeige*, p. 17 ss ; DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif*, p. 2176 s.

²⁰⁶¹ Cf. ci-dessous N 891 ss.

²⁰⁶² FF 2003 4654 (*Rapport sur la prévention de la corruption*) ; CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, SCI, p. 4.

²⁰⁶³ *Contrôle fédéral des finances*, SCI, p. 4.

²⁰⁶⁴ *Contrôle fédéral des finances*, SCI, p. 4 s.

²⁰⁶⁵ *Contrôle fédéral des finances*, SCI, p. 5.

²⁰⁶⁶ RS 611.0.

²⁰⁶⁷ RS 611.01.

Treadway Commission (COSO), une organisation privée. Selon ce modèle, un système de contrôle interne se compose notamment de l'évaluation des risques, d'une activité de contrôle, d'une mise en place d'un environnement de contrôle²⁰⁶⁸, de systèmes d'information et de communication ainsi que de la surveillance du système de contrôle interne.²⁰⁶⁹ Nous traiterons ci-après de deux mesures spécifiques appartenant aux activités de contrôle – la rotation du personnel (2.) et le principe des quatre yeux (3.) –, ainsi que de l'évaluation et de la gestion des risques (4.). Ces trois mesures comptent parmi les outils standards de la prévention de la corruption.

2. La rotation du personnel

a) *La notion*

La rotation du personnel ne concerne généralement que les catégories de personnel recouvrant des fonctions particulièrement exposées au risque de corruption.²⁰⁷⁰ On distingue entre la rotation du personnel proprement dite, où les agents publics changent effectivement de poste de travail, et la rotation des fonctions où les fonctions particulièrement exposées sont réattribuées à intervalles réguliers entre les agents.²⁰⁷¹ 869

La rotation du personnel vise à limiter les possibilités pour les agents publics de développer avec leurs interlocuteurs des relations durables qui peuvent mener à des dynamiques contraires à l'intégrité.²⁰⁷² La rotation du personnel peut réduire le risque que les agents publics soient soumis à des pressions extérieures ou qu'ils établissent des liens trop étroits avec d'autres entités de l'administration, des fournisseurs privés, des administrés, des concessionnaires ou tout autre interlocuteur. Cette mesure vise donc à empêcher que des mauvaises habitudes s'installent, voire s'institutionnalisent.²⁰⁷³ Accessoirement, la rotation du personnel peut également contribuer à la formation du personnel et à l'accroissement des connaissances dans l'administration publique.²⁰⁷⁴ D'un côté, les agents publics qui changent de poste de travail apportent à leur nouvel environnement des connaissances acquises à leurs anciens postes. De l'autre, ils acquièrent de nouvelles compétences à leurs nouveaux postes de travail. Il en résulte un mélange de savoir-faire de différentes unités de l'administration, qui peut contribuer au développement de bonnes pratiques en matière de gestion publique. 870

Une rotation du personnel trop fréquente ou mal gérée peut cependant mener à une perte de savoir-faire et, de ce fait, à une mauvaise allocation des ressources humaines. 871

²⁰⁶⁸ Notons que les instruments de droit souple promouvant l'intégrité, présentées ci-dessus N 702 ss, font partie de cet environnement de contrôle. Dans ce sens, ils font donc également partie du système de contrôle interne.

²⁰⁶⁹ Contrôle fédéral des finances, SCI, p. 10 ss.

²⁰⁷⁰ Cf. p. ex. QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 223 ; BERTÓK, *Integrity*, p. 42 ; RANGONE, *Behavioural*, p. 80. En dépit de sa mention fréquente dans les stratégies de prévention de la corruption ou de promotion de l'intégrité, il n'existe que peu de littérature sur cet outil.

²⁰⁷¹ Bundesministerium des Innern, *Integrität*, p. 33.

²⁰⁷² ANAC, PNA 2016, p. 26 ; BERTÓK, *Integrity*, p. 42 ; ABBINK, *Rotation*, p. 1.

²⁰⁷³ QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 224.

²⁰⁷⁴ ANAC, PNA 2016, p. 26.

Cela peut nuire au bon fonctionnement de l'administration publique.²⁰⁷⁵ Enfin, dans des administrations publiques de petite taille ou à haute spécialisation, une rotation du personnel n'est souvent pas possible par manque de personnel approprié.

872 Il existe peu d'études empiriques démontrant l'efficacité de la rotation du personnel dans le cadre de la prévention de la corruption. Certaines études montrent néanmoins un lien entre l'instauration de cette mesure et la diminution de la corruption.²⁰⁷⁶ Comme pour toutes les autres mesures de prévention de la corruption, il convient de retenir que la rotation du personnel est complémentaire à d'autres mesures.²⁰⁷⁷ En ce sens, le Conseil fédéral a affirmé dans son rapport de 2003 que la rotation périodique des titulaires des fonctions fortement exposées à la corruption ne peut déployer son plein effet « qu'en tant que composante d'un système de contrôle interne global, adapté aux spécificités de l'unité administrative concernée »²⁰⁷⁸. Un système plus vaste de contrôle interne permettrait également de remplacer la rotation du personnel par d'autres mesures, notamment par le principe des quatre yeux, la répartition des compétences décisionnaires sur plusieurs personnes ou encore la promotion du travail en groupe.²⁰⁷⁹

b) Le cadre international

873 La rotation du personnel comme mesure de prévention de la corruption est notamment mentionnée dans l'UNCAC. Son article 7 al. 1 let. b prévoit en effet que les Etats parties s'efforcent d'adopter des procédures appropriées pour assurer, « s'il y a lieu », une rotation sur les postes publics considérés comme particulièrement exposés à la corruption.

c) La rotation du personnel au niveau fédéral

874 Il n'existe à notre connaissance pas de disposition expresse au niveau fédéral qui prévoit une obligation générale d'instaurer un système de rotation du personnel. Le rapport du Conseil fédéral sur les conflits d'intérêts de 2014 cite cependant des exemples d'entités ayant une telle pratique. Ainsi, la Commission fédérale des maisons de jeu limite par exemple la durée des contrats de son personnel à trois ans.²⁰⁸⁰

La rotation du personnel est cependant prévue depuis une dizaine d'années par le droit de la révision. Selon l'article 730a al. 2 CO, un réviseur peut exercer le même mandat pendant sept ans au plus, après quoi un autre réviseur de la même entreprise ou une

²⁰⁷⁵ QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 225 ; BERTÓK, *Integrity*, p. 42 s.

²⁰⁷⁶ Cf. ABBINK, *Rotation*, p. 2 ss, pour les études à résultats équivoques et p. 1 ss, pour l'étude qui montre un rapport clair entre la rotation du personnel et la diminution de la corruption.

²⁰⁷⁷ ANAC, PNA 2016, p. 26.

²⁰⁷⁸ FF 2003 4655 (Rapport sur la prévention de la corruption).

²⁰⁷⁹ FF 2003 4655 (Rapport sur la prévention de la corruption) ; ANAC, PNA 2016, p. 26 ss ; BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Integrität*, p. 33.

²⁰⁸⁰ FF 2015 1232 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

autre entreprise de révision doit reprendre ce mandat. Après une interruption de trois ans, le réviseur originaire peut reprendre le même mandat.²⁰⁸¹

d) *La rotation du personnel en droit comparé*

La mesure de rotation du personnel est davantage institutionnalisée dans certains systèmes juridiques étrangers, comme le montrent les exemples italien et allemand. 875

En Italie, la rotation du personnel a été introduite en 2001 et élargie en 2012, dans le cadre de l'adoption de la loi n° 190 du 6 novembre 2012 portant dispositions visant la prévention et la répression de la corruption et de l'illégalité dans l'administration publique, généralement appelée la « loi anti-corruption ». ²⁰⁸² Cette loi qui constitue le cœur de la législation italienne en matière d'intégrité charge l'Autorità nazionale anti-corruzione (ANAC) de définir les critères permettant d'assurer la rotation des agents dans les secteurs particulièrement exposés à la corruption ; c'est ce que l'ANAC a fait dans le Plan national anti-corruption (PNA) de 2016. ²⁰⁸³ Selon le PNA, les cadres doivent changer de poste tous les quatre ans et ils ont la possibilité de renouveler leur charge pour deux ans. ²⁰⁸⁴ Pour les agents subalternes, aucune limite concrète ou obligation de rotation n'est prévue ni par la loi ni par le PNA ; chaque entité administrative évalue elle-même si l'introduction d'une telle mesure est adéquate. ²⁰⁸⁵ Le PNA prévoit en outre que si une rotation du personnel n'est pas possible, que ce soit à cause du manque de personnel ou de la forte spécialisation de l'entité en question, elle doit être remplacée par une autre mesure. ²⁰⁸⁶ Enfin, l'ANAC recommande aux organismes de droit privé contrôlés par l'Etat d'adopter également des mesures prévoyant la rotation des cadres. ²⁰⁸⁷ 876

En Allemagne, la directive sur la prévention de la corruption prévoit une rotation du personnel tous les cinq ans pour les fonctions particulièrement exposées à la corruption. ²⁰⁸⁸ Cette directive n'est cependant pas contraignante et laisse aux entités administratives le choix entre la rotation du personnel proprement dite et la rotation des fonctions. 877

²⁰⁸¹ SANWALD/HUSER, Rotationspflichten, p. 461.

²⁰⁸² Legge n° 190 del 6 novembre 2012 recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. A propos de la loi anti-corruption de 2012, cf. également ci-dessous N 1077 ss.

²⁰⁸³ Cf. pour le Plan national anti-corruption ci-dessous N 886 s. Art. 1 al. 4 let. e loi anti-corruption 190/2012 cum art. 19 al. 15 *Decreto legge sulle misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrative e per l'efficienza degli uffici giudiziari du 24 juin 2014* (n. 90).

²⁰⁸⁴ Cf. l'article 11 let. h Legge recante « Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche » du 13 août 2015 (n. 124) (connue sous le nom de « Legge Madia »).

²⁰⁸⁵ ANAC, PNA 2016, p. 31.

²⁰⁸⁶ ANAC, PNA 2016, p. 26.

²⁰⁸⁷ ANAC, PNA 2016, p. 27.

²⁰⁸⁸ Bundesministerium des Innern, Integrität, p. 22.

e) *Appréciation*

878 La rotation du personnel ou des fonctions particulièrement exposées à la corruption peut constituer une mesure adéquate pour promouvoir l'intégrité et prévenir la corruption. Elle n'est pas prévue par la législation fédérale et il découle d'un sondage effectué par le Conseil fédéral que peu d'entités de l'administration fédérale ont recours à cet instrument. Si aucune mesure ne s'impose au niveau législatif, il conviendrait cependant d'informer les unités administratives de leur possibilité d'avoir recours à cette mesure. Ainsi, la présentation de cet instrument pourrait faire partie intégrante de la formation des cadres, notamment de ceux qui sont responsables du personnel, ou être intégrée dans une brochure sur les diverses mesures d'organisation et de contrôle internes destinée aux cadres.

3. Le principe des quatre yeux

a) *Généralités*

879 Le principe des quatre yeux, également appelé principe du double contrôle ou principe de la signature collective, est une autre mesure d'organisation interne qui vise à prévenir les irrégularités dans l'administration publique. Selon le glossaire de l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT), le principe des quatre yeux signifie que « les tâches critiques doivent toujours être exécutées par deux acteurs, afin de réduire la probabilité d'erreurs, d'abus ou de fausse manipulation »²⁰⁸⁹.

880 En matière de prévention de la corruption, on part de l'idée qu'il est plus difficile de corrompre deux personnes que d'en corrompre une seule.²⁰⁹⁰ La doctrine récente doute cependant de l'opportunité de cet instrument dans la prévention de la corruption : en travaillant étroitement ensemble, les deux agents publics deviendraient solidaires l'un de l'autre et ils fermeraient les yeux sur d'éventuelles irrégularités.²⁰⁹¹ Le principe des quatre yeux a également été critiqué parce qu'il aurait pour effet de diffuser les responsabilités de chaque agent public.²⁰⁹²

b) *Le principe des quatre yeux au niveau fédéral*

881 Au niveau fédéral, le principe des quatre yeux figure notamment dans l'*Ordonnance sur les finances de la Confédération* (OFC)²⁰⁹³. Il y est notamment prévu aux articles 37 ss OFC que les pièces justificatives émanant de tiers ou d'autres unités administratives ainsi que l'autorisation donnée à la comptabilité centrale d'exécuter des mandats de paiement en faveur de tiers ou des ordres de bonification en faveur d'autres unités

²⁰⁸⁹ Le glossaire était disponible jusqu'à la fin 2017 sur le site web de l'OFIT. Il est désormais accessible qu'à l'interne de cet office fédéral.

²⁰⁹⁰ GRAF LAMDSORFF, Corruption, p. 5

²⁰⁹¹ GRAF LAMDSORFF, Corruption, p. 5 ; RANGONE, Behavioural, p. 73. Cf. également CONTRÔLE FEDERAL DES FINANCES, SCI, p. 15.

²⁰⁹² GRAF LAMDSORFF, Corruption, p. 5.

²⁰⁹³ RS 611.01.

administratives nécessitent en principe la signature de deux personnes.²⁰⁹⁴ Les personnes signant les pièces justificatives ou les mandats de paiement attestent ce faisant leur régularité et leur exactitude.²⁰⁹⁵

Depuis le 1^{er} janvier 2018, le principe des quatre yeux est également ancré dans la LOGA. Selon l'article 49 al. 3 LOGA, les directeurs de groupement et d'office ainsi que les secrétaires généraux règlent la délégation de signature dans leur domaine de compétence. Pour les contrats, les décisions ou les autres engagements formels de la Confédération portant sur un montant supérieur à CHF 100'000.-, une double signature est cependant nécessaire. L'ouverture d'un compte en banque requiert en outre la signature de l'Administration fédérale des finances.²⁰⁹⁶

882

Il ressort par ailleurs d'un rapport du Conseil fédéral de 2014 que certaines unités de l'administration ont recours au principe des quatre yeux dans leurs pratiques internes.²⁰⁹⁷

883

4. L'évaluation et la gestion des risques d'intégrité

a) La notion

L'approche ou l'analyse fondée sur le risque (risk-based analysis ou risk-based approach) est une méthode de gestion des entreprises privées, reprise par les Etats comme méthode de gestion administrative.²⁰⁹⁸ Cette approche vise à identifier de manière préventive tout type de risques qui pourraient survenir dans une entité administrative ou un organisme public, de manière à pouvoir prendre les mesures nécessaires pour les prévenir ou les atténuer. L'analyse fondée sur le risque a également été identifiée comme outil de prévention de la corruption.²⁰⁹⁹ Le but est d'analyser de manière préventive les processus, fonctions ou domaines particulièrement exposés à des risques d'atteinte à l'intégrité.²¹⁰⁰ En fonction des résultats de cette analyse, l'entité ou l'organisme en question peut ensuite prendre des mesures d'organisation interne ou de promotion d'intégrité.²¹⁰¹ Si l'analyse fondée sur le risque permet d'attirer l'attention des unités administratives ou des organismes concernés sur les risques d'atteinte à l'intégrité, elle implique également un effort bureaucratique supplémentaire qui peut être contreproductif.²¹⁰²

884

²⁰⁹⁴ Art. 37 ss OFC.

²⁰⁹⁵ Art. 37 al. 5 et art. 37a al. 3 OFC.

²⁰⁹⁶ Art. 49 al. 4 LOGA.

²⁰⁹⁷ P. ex. l'OFROU, cf. FF 2015 1228 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

²⁰⁹⁸ LORENZONI, Risk-based, p. 111 ; BERTÓK, Integrity, p. 31.

²⁰⁹⁹ DI CRISTINA, Piani, p. 93.

²¹⁰⁰ BERTÓK, Integrity, p. 31. Cf. également la *Recommandation de l'OCDE sur l'intégrité publique* de 2017, ch. IV.

²¹⁰¹ BERTÓK, Integrity, p. 31.

²¹⁰² LORENZONI, Risk-based, p. 115 ss, pour tous les avantages et désavantages d'une analyse fondée sur le risque.

b) *L'absence d'un instrument spécifique au niveau fédéral*

885 En l'absence de bases légales spécifiques dans le domaine de la gestion des risques au niveau fédéral, le Conseil fédéral a édicté en 2010 les *Directives sur la politique de gestion des risques menée par la Confédération*.²¹⁰³ Définie comme un instrument de pilotage, la gestion des risques relève principalement de la responsabilité des unités administratives. Ces dernières doivent notamment établir des rapports sur les risques, lesquels ne sont cependant pas rendus publics.²¹⁰⁴ Il n'existe toutefois aucun instrument spécifique d'évaluation et de gestion des risques en matière de prévention de la corruption.²¹⁰⁵

c) *Droit comparé : les plans anti-corruption en Italie*

886 Dans le cadre de l'adoption de la loi anti-corruption de 2012²¹⁰⁶, le Parlement italien a introduit deux instruments d'évaluation et de gestion des risques dans le domaine de la prévention de la corruption :²¹⁰⁷ le « Piano nazionale anticorruzione » (PNA, plan national anti-corruption) et le « Piano triennale di prevenzione della corruzione » (PTPC, plan triennal de prévention de la corruption),

887 Le PNA est élaboré et adopté par l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).²¹⁰⁸ Il s'agit d'un instrument de coordination de la mise en œuvre de la politique de prévention de la corruption. Il fournit aux entités administratives des directives en matière d'adoption des PTPC.²¹⁰⁹ Le PNA de 2016 contient également des propositions de mesures spécifiques dans les domaines les plus exposés à la corruption.²¹¹⁰ En revanche, les PTPC sont des véritables instruments d'évaluation et de gestion des risques de corruption : les entités administratives évaluent les fonctions, processus et domaines particulièrement exposés au risque de corruption et prévoient l'adoption de mesures concrètes afin de prévenir la survenance des risques identifiés.²¹¹¹ Les PTPC peuvent par exemple prévoir des programmes de formation, des mesures d'organisation interne ou encore des obligations de publication.²¹¹² Les PTPC contiennent en outre un code de comportement adapté à l'entité administrative en question.

888 Les plans anti-corruption sont considérés comme un pilier important de la nouvelle politique publique de l'intégrité en Italie. La doctrine est cependant critique à leur

²¹⁰³ FF 2010 5965.

²¹⁰⁴ Commentaire des Directives sur la politique de gestion des risques menée par la Confédération, ch. 4 (sans date), disponible sous efv.admin.ch > Thèmes > Politique de gestion des risques et de l'assurance.

²¹⁰⁵ Cf. cependant le sondage réalisé auprès des entités administratives et organismes publics à propos des risques d'intégrité, FF 2015 1232 (Rapport sur les conflits d'intérêts).

²¹⁰⁶ Cf. ci-dessus N 876.

²¹⁰⁷ GULLO, *Politica*, p. 534 ; DI CRISTINA, Piani, p. 98.

²¹⁰⁸ Art. 1 al. 2 et 2-bis loi anti-corruption 190/2012. A propos de l'ANAC, cf. ci-dessous N 931 ss.

²¹⁰⁹ GULLO, *Politica*, p. 534 ; ANAC, PNA 2016, p. 2.

²¹¹⁰ ANAC, PNA 2016, p. 38 ss.

²¹¹¹ Art. 1 al. 8 loi anti-corruption 190/2012 ; GULLO, *Politica*, p. 535 ; LORENZONI, *Risk-based*, p. 114 s. Plus précisément, la tâche de l'élaboration du PTPC revient au responsable de la prévention de la corruption dont il sera question ci-dessous N 901 ss.

²¹¹² GULLO, *Politica*, p. 535.

égard : ils ne contiendraient que des formulations vagues et des obligations de principe et n'indiqueraient pas clairement les mesures à prendre.²¹¹³ Ils n'auraient ainsi pas d'utilité pratique, mais représenteraient plutôt une lourde charge bureaucratique.²¹¹⁴ Alors que l'effectivité des plans anti-corruption n'a pas encore été évaluée, un sondage réalisé en 2016 auprès des entités administratives contraintes d'adopter un PTPC a montré que seules deux tiers de ces dernières l'ont réellement fait.²¹¹⁵

5. Synthèse

Le contrôle interne est un ensemble de procédures, méthodes et mesures internes qui visent à assurer le déroulement correct de l'activité administrative et, par-là, contribuent à la prévention de la corruption. Nous avons traité de trois mesures spécifiques : la rotation du personnel, le principe des quatre yeux ainsi que l'évaluation de la gestion des risques visent.

889

Au niveau fédéral, ces trois mécanismes de contrôle interne existent sous diverses formes et dans plusieurs unités administratives. Contrairement aux systèmes étrangers analysés, la Confédération ne les considère cependant pas comme faisant partie de la politique de prévention de la corruption. L'inclusion de ces mesures dans une stratégie de prévention de la corruption, notamment dans les formations éthiques, pourrait cependant augmenter la sensibilité des employeurs et celle des agents publics à cette problématique.

890

II. L'institutionnalisation de l'intégrité : les organes spécialisés

Nous avons traité jusqu'ici de différentes mesures qui visent à promouvoir l'intégrité de l'administration publique et qui sont prévues tant au niveau personnel, à savoir les obligations des agents publics qui découlent du devoir de fidélité, qu'au niveau organisationnel, notamment les mesures visant à instaurer une culture d'intégrité, celles visant la transparence administrative ainsi que les mesures d'organisation et de contrôle internes. Ci-après, nous examinerons la mise en œuvre de la promotion de l'intégrité au niveau institutionnel, c'est-à-dire la constitution ou la désignation d'organes spécifiques chargés d'élaborer ou de mettre en œuvre les mesures de promotion de l'intégrité. Ces organes peuvent assumer des tâches très variées allant de l'application des mesures présentées ci-dessus au contrôle de la mise en œuvre des lois et règlements, en passant par la coordination de la politique publique de l'intégrité ou la fourniture de conseils aux différents acteurs d'un système.

891

Lorsque les différentes personnes ou entités dotées de compétences en matière d'intégrité sont appelées à contrôler la mise en œuvre des mesures prévues par la loi ou, de manière plus générale, à contrôler la légalité de l'administration publique, on touche

892

²¹¹³ DI CRISTINA, Piani, p. 111 ; CLARICH/MATTARELLA, Prevenzione, p. 63.

²¹¹⁴ CLARICH/MATTARELLA, Prevenzione, p. 63 ; LORENZONI, Risk-based, p. 116.

²¹¹⁵ ANAC, PNA 2016, p. 9.

également au domaine du contrôle administratif. Nous avons analysé plus haut certaines mesures de contrôle interne.²¹¹⁶ Dans la présente section, nous traiterons de personnes ou autorités chargées du contrôle interne ou externe. Il convient de préciser que les personnes ou autorités chargées de contrôler d'autres personnes ou autorités de l'administration publique sont aussi exposées elles-mêmes aux risques d'une conduite inadéquate ou contraire à l'intégrité. Dès que l'on a affaire à des contrôleurs, on se trouve face au dilemme du contrôle, si bien exprimé par la locution latine suivante : *quid custodiet ipsos custodes ?* Mais qui gardera ces gardiens ? Il conviendra de tenir compte de cet aspect lors de l'institutionnalisation de l'intégrité.

893 Nous distinguerons ci-après entre l'instance responsable de l'intégrité à l'intérieur de chaque entité administrative ou organisme public – le responsable de l'intégrité (1.) – et les instances responsables de l'intégrité à un niveau plus général, pour toute l'administration publique (2.).

1. Le responsable de l'intégrité

a) *Le responsable de l'intégrité : une instance intraorganisationnelle pour l'intégrité*

894 Le principe de base consiste en la désignation d'une ou plusieurs personnes, en général à l'interne de l'entité administrative ou de l'organisme en question, responsable(s) des questions touchant à l'intégrité. Des responsables de l'intégrité existent dans le secteur privé au sein de grandes entreprises, dans plusieurs organisations internationales ainsi que dans les administrations publiques.²¹¹⁷ Les dénominations de cette figure varient : dans la littérature anglophone, on trouve le terme générique de « integrity actor »²¹¹⁸, le système juridique français connaît le « référent déontologique », le système juridique italien le « responsabile per la prevenzione della corruzione » et le système juridique allemand la « Ansprechperson für Korruptionsprävention ».²¹¹⁹ Nous désignerons cette personne par le terme générique de « responsable de l'intégrité ».

895 Les fonctions du responsable de l'intégrité varient d'un système à l'autre. Tout d'abord, il peut avoir une fonction de conseiller, voire de médiateur, et aider les agents publics en matière d'intégrité, par exemple en ce qui concerne les règles de comportement ou la protection des lanceurs d'alerte ; il peut également fournir des conseils à l'entité administrative en question.²¹²⁰ Comme les dilemmes éthiques se présentent souvent sous des formes inédites et que les formations éthiques, certes utiles, n'apportent pas aux agents publics des réponses à toutes les questions qui pourraient se poser, la possibilité de se tourner à tout moment vers une personne spécialisée est jugée très utile.²¹²¹ Il constitue donc une sorte d'« aide institutionnalisée à la prise de décision »²¹²². Le responsable de l'intégrité peut en outre avoir une fonction plus active, en

²¹¹⁶ Cf. ci-dessus N 869 ss.

²¹¹⁷ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 201.

²¹¹⁸ Cf. BERTÓK, *Integrity*, p. 50 s. et p. 62 ss.

²¹¹⁹ Cf. ci-dessous N 900 ss pour les systèmes juridiques étrangers.

²¹²⁰ BERTÓK, *Integrity*, p. 51.

²¹²¹ WYSER, *Ethique*, p. 556 ; CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 202.

²¹²² WYSER, *Ethique*, p. 556.

suggérant à l'entité administrative des règles de comportement adaptées au domaine en question, et en proposant et appliquant des mesures d'organisation interne. Enfin, le responsable peut avoir des fonctions de coordination entre les entités administratives ou entre l'entité administrative concernée et un organe central d'intégrité.

L'institution d'un responsable de l'intégrité permet l'accumulation d'expertise dans le domaine de l'intégrité au sein d'une entité administrative et assure une certaine continuité.²¹²³ Elle a aussi une composante symbolique importante : le fait que le souci de l'intégrité soit intégré visiblement dans la structure organisationnelle d'un organisme donné souligne son importance et son caractère de politique publique propre.²¹²⁴ 896

La doctrine souligne que les personnes choisies doivent disposer d'une forte crédibilité auprès des agents publics.²¹²⁵ Le choix à l'intérieur d'une entité organisationnelle doit tomber sur une personne de confiance jouissant d'une réputation irréprochable en matière d'intégrité. Il importe également d'intégrer le responsable dans la structure existante « de manière à [lui] assurer une légitimité sans pour autant [le] placer dans le giron direct d'une hiérarchie »²¹²⁶. 897

b) Les responsables de l'intégrité au niveau fédéral

i. Le supérieur hiérarchique, responsable de l'intégrité au sein de l'administration centrale

La figure du responsable de l'intégrité n'est pas prévue par la LPers ni par l'OPers. Au sein de l'administration fédérale centrale, la fonction de conseil et d'aide à l'agent public en cas de conflits d'intérêts revient généralement au supérieur hiérarchique. C'est en principe également ce dernier que les agents publics informent s'ils sont confrontés à des conflits d'intérêts et c'est à lui qu'ils annoncent leurs activités accessoires ou les cadeaux qu'ils reçoivent.²¹²⁷ 898

La désignation de responsables, conseillers ou référents est prévue dans d'autres domaines au niveau fédéral, par exemple en matière de harcèlement psychologique ou sexuel sur le lieu de travail²¹²⁸, de transparence²¹²⁹ ou de protection des données²¹³⁰.

ii. Les responsables de l'intégrité de Swissmedic, de la FINMA et de l'IFSN

Parmi les entités décentralisées, il existe différents systèmes. Certaines entités, telles que l'EPFL ou l'EPFZ, connaissent des systèmes similaires à celui de l'administration fédérale centrale où, en l'absence d'un responsable de l'intégrité proprement dit, le 899

²¹²³ BERTÓK, *Integrity*, p. 64. Voir CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 203, qui parlent de la naissance d'un nouveau métier dans ce contexte.

²¹²⁴ BERTÓK, *Integrity*, p. 64.

²¹²⁵ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 202.

²¹²⁶ CHAMBON/GASPON, *Déontologie*, p. 202.

²¹²⁷ Cf. notamment les articles 93 al. 4 et 94a al. 3 OPers.

²¹²⁸ Cf. l'arrêt du TF du 9 mai 2012, 2C_462/2011, c. 4 et 5.

²¹²⁹ Cf. art. 20 OTrans.

²¹³⁰ Cf. art. 23 Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD ; RS 235.11).

supérieur hiérarchique s'occupe, du moins partiellement, des questions d'intégrité. D'autres, telles que Swissmedic, la FINMA et l'IFSN, connaissent l'institution du responsable de l'intégrité.²¹³¹ Le Code de conduite de l'IFSN prévoit par exemple la désignation d'une « personne chargée du code de conduite » (PCC). La PCC est nommée par le conseil de l'IFSN et la direction de l'IFSN. Elle est responsable de la mise en œuvre du code de conduite, conseille et assiste le conseil de l'IFSN pour toute question en matière d'intégrité, rédige régulièrement des rapports concernant la mise en œuvre du code, est responsable de la formation des collaborateurs en matière d'intégrité, et est l'instance à laquelle s'adressent les lanceurs d'alerte.²¹³² La PCC doit en outre s'assurer que tous les collaborateurs de l'IFSN prennent connaissance du code de conduite et leur communiquer les éventuelles modifications de celui-ci.²¹³³ Enfin, la PCC a également des compétences d'enquête : en cas de soupçon d'une violation du code de conduite, elle clarifie les faits et, le cas échéant, informe la direction de la violation constatée.²¹³⁴

c) *Les responsables de l'intégrité en droit comparé*

900 Tant l'administration publique italienne que les administrations publiques française et allemande connaissent l'institution du responsable de l'intégrité.

i. Le « responsable della prevenzione della corruzione » en Italie

901 La figure du « responsable della prevenzione della corruzione » (RPC), désignée à l'intérieur de chaque entité de l'administration publique, a été introduite en Italie avec l'adoption de la loi anti-corruption de 2012. Etant responsable de l'application de toutes les règles de prévention de la corruption dans son entité, le RPC représente « l'instrument institutionnel fondamental » pour la stratégie de prévention de la corruption.²¹³⁵

902 L'une des fonctions les plus importantes du RPC est l'élaboration et l'adoption du plan triennal de la prévention de la corruption (PTPC).²¹³⁶ Les deux instituts sont en effet étroitement liés : pour assurer l'efficacité du PTPC, le législateur a décidé de créer le RPC. Celui-ci a un intérêt personnel à ce que le PTPC soit adopté et mis en œuvre : sa responsabilité disciplinaire peut être engagée en cas de manquement à l'obligation d'adopter le PTPC.²¹³⁷ Le RPC est en outre compétent en matière de rotation du personnel et d'autres mesures d'organisation interne.²¹³⁸ Il détermine aussi qui, parmi le personnel de son entité, doit suivre des formations en matière d'intégrité.²¹³⁹ Enfin, une révision de la législation sur la transparence intervenue en 2016 a attribué au RPC

²¹³¹ La division Personnel et organisation (PO) pour Swissmedic et la « Compliance FINMA » pour la FINMA, cf. les codes de conduite respectifs.

²¹³² Art. 3 al. 5 Code de conduite IFSN

²¹³³ Art. 3 al. 3 Code de conduite IFSN.

²¹³⁴ Art. 3 al. 4 et art. 15 Code de conduite IFSN.

²¹³⁵ GULLO, *Politica*, p. 528 et 539.

²¹³⁶ GULLO, *Politica*, p. 536. Pour le PTPC, cf. ci-dessus N 886 ss.

²¹³⁷ GULLO, *Politica*, p. 536.

²¹³⁸ GULLO, *Politica*, p. 539.

²¹³⁹ GULLO, *Politica*, p. 539.

des responsabilités en matière de transparence. Il s'appelle désormais RPCT – responsable della prevenzione della corruzione e della trasparenza – et veille donc également à la mise en œuvre des obligations de transparence, notamment en ce qui concerne l'information active.²¹⁴⁰

Le RPCT est choisi parmi les cadres. Le choix doit porter sur une personne qui s'est toujours comportée de manière exemplaire et intègre, ce qui exclut dans les cadres condamnés pénalement ou ayant fait l'objet de sanctions disciplinaires.²¹⁴¹ 903

ii. Le « référent déontologue » en France et le droit des agents publics de le consulter

En France, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires²¹⁴² a non seulement introduit dans chaque service la figure du « référent déontologue », mais elle a également concédé à chaque fonctionnaire un véritable droit de le consulter.²¹⁴³ Ce dernier est chargé d'apporter aux fonctionnaires « tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques »²¹⁴⁴. Notons que les obligations et principes déontologiques s'appliquant aux agents publics en France ont également été révisés et modernisés par la loi du 20 avril 2016. Les référents déontologiques sont nommés pour une durée fixe et sont choisis parmi les fonctionnaires bénéficiant d'un contrat à durée déterminée.²¹⁴⁵ Leurs fonctions ne ressortent ni directement de la loi de 2016 ni du décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologie dans la fonction publique. 904

iii. La « Ansprechsperson für Korruptionsprävention » en Allemagne

Enfin, un responsable de l'intégrité est également prévu dans l'ordre juridique allemand. Selon le chiffre 5 de la *Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung* chaque entité administrative doit nommer un référent pour la prévention de la corruption – Ansprechsperson für Korruptionsprävention – qui est chargé de conseiller et d'informer les agents publics en matière de prévention de la corruption, de conseiller la direction de l'entité administrative, de participer à l'organisation des programmes de formation continue et d'observer et d'analyser les signes qui pourraient indiquer des irrégularités dans l'entité en question.²¹⁴⁶ Le référent pour la prévention de la corruption est indépendant et ne doit subir aucune conséquence négative du fait de l'exercice de ses fonctions.²¹⁴⁷ 905

²¹⁴⁰ ANAC, PNA 2016, p. 17.

²¹⁴¹ ANAC, PNA 2016, p. 18 ; GULLO, *Politica*, p. 538.

²¹⁴² Loi n° 2016-483.

²¹⁴³ Art. 11 ch. V de la loi n° 2016-483 (modifiant l'art. 28bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

²¹⁴⁴ Art. 11 ch. V de la loi n° 2016-483.

²¹⁴⁵ Art. 2 et 3 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

²¹⁴⁶ Ch. 5.1 *Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung* du 30 juillet 2004.

²¹⁴⁷ Ch. 5.5 *Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung* du 30 juillet 2004.

d) *Appréciation*

906 La désignation de responsables de l'intégrité au sein des unités de l'administration fédérale nous paraît une mesure opportune pour promouvoir l'intégrité de l'administration publique. Un responsable peut conseiller et aider les agents publics, ainsi que l'unité ou l'organisme en question. Il est également à même à se prononcer sur d'éventuelles mesures de contrôle interne, étant donné qu'il acquiert avec le temps une certaine sensibilité en ce qui concerne les domaines et les fonctions critiques au sein de son unité ou de son organisme. Enfin, il peut être revêtu d'une fonction de coordination importante, s'étendant même au-delà de son unité.

2. Un organe spécialisé dans le domaine de l'intégrité

907 Nous avons vu que le responsable de l'intégrité est désigné au sein d'une unité administrative et qu'il s'occupe des questions d'intégrité au sein de cette dernière. Plusieurs systèmes connaissent en outre un organe indépendant, chargé de tâches dans le domaine de l'intégrité et compétent pour toute l'administration publique. L'institution d'un ou de plusieurs organes s'inscrit dans le cadre plus vaste de l'organisation de l'administration publique, de la typologie des autorités et institutions administratives ainsi que de la médiation entre l'administration publique et les citoyens.

a) *L'institution d'un organe spécialisé*

908 En guise d'introduction, il convient d'observer que les choix institutionnels adoptés en matière d'intégrité varient beaucoup. Ils dépendent non seulement de l'organisation générale de l'administration publique du pays, mais également des organes existants et des principes directeurs qui sous-tendent un système juridique donné. Dans un système tel que l'ordre juridique suisse, qui valorise le fédéralisme et la démocratie, la solution institutionnelle la plus adéquate peut donc être différente de celle des systèmes où ces deux principes sont moins importants ou mis en œuvre autrement. Il n'existe pas de modèle unique pour l'institutionnalisation de l'intégrité. Les conventions internationales en matière de prévention de la corruption ne préconisent d'ailleurs pas un modèle spécifique pour l'institutionnalisation de cette politique publique.²¹⁴⁸

i. Les systèmes diffus et décentralisés

909 Nous pouvons néanmoins distinguer les systèmes sans organe spécialisé et les systèmes avec organe spécialisé. Dans le premier cas, les compétences en matière d'intégrité sont réparties entre plusieurs autorités. Les mesures de transparence sont par exemple du ressort du responsable de la transparence, les mesures d'organisation interne sont confiées aux chefs de service et la compétence d'octroyer des autorisations en matière d'activités accessoires revient aux supérieures hiérarchiques. Un tel sys-

²¹⁴⁸ Cf. notamment l'art. 6 par. 1 UNCAC.

tème présente le désavantage qu'aucun des acteurs ne coordonne les différentes mesures. Nous verrons plus loin que l'ordre juridique fédéral est un exemple de ce premier modèle.

ii. La création d'un organe spécialisé

Dans le deuxième cas, une partie des compétences relatives au domaine de l'intégrité, notamment la fonction de coordination entre les différents acteurs, est confiée à un organe spécialisé, institué à cet effet. Outre sa fonction de coordination, un tel organe peut être appelé à développer une politique publique en matière d'intégrité. Il peut également avoir des compétences plus concrètes, telles que l'élaboration de codes de conduite, l'organisation de formations éthiques, la mise en œuvre des obligations de publication de documents officiels, et il peut constituer l'autorité vers laquelle se tournent les lanceurs d'alerte. Selon les cas, cet organe spécialisé peut avoir d'autres compétences dans d'autres domaines, par exemple en matière de marchés publics ou de transparence. Enfin, le fait qu'un ordre juridique institue un organe spécialisé en matière d'intégrité ne veut pas dire que d'autres autorités n'ont plus de compétences en cette matière.

910

L'OCDE a par ailleurs remarqué que les mesures de prévention de la convention sont tellement nombreuses, qu'il ne serait pas possible de les transmettre toutes à une seule autorité.²¹⁴⁹ Elle préconise cependant la création d'une instance centrale en matière d'intégrité qui peut « coordonner les mesures de prévention et d'exécution et les intégrer dans un cadre institutionnel cohérent ». La responsabilité d'élaborer et d'appliquer la politique relative aux conflits d'intérêts et les procédures qui s'y rapportent incomberait à cette instance.²¹⁵⁰

Ce deuxième modèle a comme avantage de rendre l'intégrité « organique », de lui donner, en d'autres termes, de la visibilité au niveau de l'organisation de l'administration publique.²¹⁵¹ Il présente également des avantages au niveau de la coordination de la matière à l'échelon national. Nous verrons plus loin que l'Italie, la France et les Etats-Unis disposent d'organes nationaux spécialisés en matière d'intégrité et de prévention de la corruption.²¹⁵²

911

iii. Le transfert de compétences à un organe existant

Au lieu d'instituer un nouvel organe spécialisé, on peut également transmettre certaines compétences en matière d'intégrité à un organe déjà existant et le désigner comme organe spécialisé en matière d'intégrité. Dans la littérature suisse, il a été suggéré plusieurs fois que l'organe responsable pour le contrôle des finances, que ce soit une cour des comptes ou un service de contrôle des finances, pourrait reprendre la

912

²¹⁴⁹ OCDE, *Specialised*, p. 22.

²¹⁵⁰ Ch. 2.3.3. de la Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public de 2003.

²¹⁵¹ GIUFFRÈ, *Autorità*, p. 29.

²¹⁵² Cf. ci-dessous N 931 ss.

coordination et les responsabilités dans le domaine de l'intégrité.²¹⁵³ Il a été soutenu que la prévention de la corruption « entre traditionnellement de plein droit dans les tâches d'une cour des comptes, car, le plus souvent, le comportement corrompu de l'officier public implique une violation des principes de la légalité ainsi que de la bonne gestion financières des fonds publics »²¹⁵⁴.

913 Dans d'autres systèmes, notamment sous l'influence du développement du droit à une bonne administration, des tâches en matière d'intégrité sont transmises à l'Ombudsman, également appelé médiateur.²¹⁵⁵ Contrairement à une cour des comptes, responsable du contrôle des finances, un Ombudsman est en règle générale conçu en tant qu'instance de médiation entre les administrés et l'administration publique.²¹⁵⁶ Enfin, l'office du personnel ou un département de l'administration pourraient également assumer le rôle de coordinateur en matière d'intégrité.

b) Une exigence internationale : l'indépendance de l'organe spécialisé

914 Nous avons constaté que le choix du modèle institutionnel concret dépendra de l'organisation générale de l'administration publique et des organes existants. Selon plusieurs instruments internationaux, les organes spécialisés en matière d'intégrité doivent cependant présenter, indépendamment du choix institutionnel, un certain nombre de caractéristiques : l'indépendance, la spécialisation, la formation et les ressources financières adéquates.²¹⁵⁷

915 L'indépendance est le critère le plus important. Elle doit exister surtout à l'égard des organes politiques : ces derniers ne doivent pas pouvoir influencer l'autorité spécialisée.²¹⁵⁸ Selon l'OCDE, le degré adéquat d'indépendance peut varier en fonction des tâches effectives de l'autorité. L'autonomie structurelle et opérationnelle ainsi que des bases légales claires sont les éléments les plus importants pour mesurer cette indépendance.²¹⁵⁹

²¹⁵³ DE ROSSA GISIMUNDO, Corruption, p. 12 ss ; QUELOZ/BORGHI/CESONI, Processus, p. 257 ss. ; ZUIN, Corte, p. 477 ss.

²¹⁵⁴ QUELOZ/BORGHI/CESONI, Processus, p. 257.

²¹⁵⁵ HUBERTS, Governance, p. 185 ; CHEVALIER, Administration, p. 155 ss. Pour l'exemple de l'Ombudsman européen qui s'occupe en partie de la prévention de la corruption, voir notamment SORBELLO, Trasparenza, p. 157 ss. Cf. également, pour le contexte suisse, JUNOD, Conflits, p. 149.

²¹⁵⁶ Cf., à propos de l'Ombudsman, p. ex. MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 620 ss.

²¹⁵⁷ Cf. l'art. 6 par. 2 UNCAC.

²¹⁵⁸ OCDE, Specialised, p. 10.

²¹⁵⁹ OCDE, Specialised, p. 10 et 25 ss.

c) *L'exemple fédéral : un système diffus et décentralisé*

i. Les acteurs et organes responsables en matière d'intégrité au niveau fédéral

L'ordre juridique fédéral connaît un système diffus et décentralisé : il n'existe pas d'autorité spécialisée ou de centre de compétence en matière de prévention de la corruption et d'intégrité de l'administration publique. Les acteurs et organes suivants ont des compétences en matière d'intégrité : 916

Le Contrôle fédéral des finances : Le CDF a plusieurs tâches en matière d'intégrité. En tant qu'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière, il contrôle la gestion financière des unités centrales et décentralisées de l'administration fédérale, et également des bénéficiaires d'indemnités et d'aides financières, des collectivités, établissements et organisations, indépendamment de leur statut juridique, auxquels la Confédération a confié l'exécution de tâches publiques ainsi que des entreprises dont la Confédération détient plus de 50% du capital social.²¹⁶⁰ Le CDF est en outre l'une des autorités auxquelles peuvent s'adresser les lanceurs d'alerte.²¹⁶¹ 917

L'Office fédéral du personnel : L'OFPER est une unité administrative appartenant au Département fédéral des finances (DFF). Il est l'organe spécialisé en matière de politique et de coordination du personnel de la Confédération et a de nombreuses compétences dans ce domaine.²¹⁶² Il dirige notamment le Centre de formation de l'administration fédérale et est donc responsable des formations éthiques. Nous avons vu plus haut qu'il a créé un module de formation en ligne dans ce domaine.²¹⁶³ L'OFPER a en outre édicté des directives en matière d'activités accessoires²¹⁶⁴ et publié des lignes directrices sur la prévention de la corruption, un document que nous avons précédemment qualifié de code de conduite.²¹⁶⁵ Enfin, l'OFPER conseille et appuie de manière générale les départements dans la mise en œuvre de la politique du personnel et donc aussi en ce qui concerne les obligations d'intégrité des agents publics. 918

Les supérieurs hiérarchiques et les unités administratives : les supérieurs hiérarchiques et les unités administratives sont les acteurs principaux en matière d'intégrité. Quant aux devoirs d'intégrité incombant aux agents publics, les supérieurs hiérarchiques sont les instances auxquelles les agents publics annoncent d'éventuels conflits d'intérêts, demandent des autorisations pour exercer des activités accessoires, déclarent leurs intérêts, etc. Ils ont également des compétences en matière de gestion des risques, de mesures d'organisation interne et ils publient des documents officiels, de manière proactive ou sur requête des citoyens. 919

²¹⁶⁰ Art. 8 al. 1 LCF.

²¹⁶¹ Cf. ci-dessus N 852.

²¹⁶² Cf. notamment l'art. 18 OPers.

²¹⁶³ Cf. ci-dessus N 750.

²¹⁶⁴ Cf. les mentions faites de cette directive ci-dessus N 278 ss.

²¹⁶⁵ Cf. ci-dessus N 726 ss.

- 920 *Le Conseil fédéral* : Le Conseil fédéral joue également un rôle actif en matière d'intégrité. Il a notamment édicté le code de conduite pour l'administration fédérale et l'Aide-mémoire CF.
- 921 *Le groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption (GTID Corruption)* : En 2008, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) de créer un groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption.²¹⁶⁶ Le GTID Corruption a été établi pour une durée de dix ans et réunit des représentants de différents offices fédéraux, des cantons, d'associations du secteur privé, ainsi que de la société civile.²¹⁶⁷ Les sessions plénières ont lieu deux fois par an, alors que le Comité se réunit une fois tous les deux mois.²¹⁶⁸ Le GTID Corruption ne dispose ni de son propre personnel ni de ses propres moyens.²¹⁶⁹ Ses tâches principales consistent à définir les stratégies nationale et internationale de lutte contre la corruption, d'informer le Conseil fédéral sur les développements dans le domaine de la lutte contre la corruption et de formuler des recommandations.²¹⁷⁰ Le GTID Corruption publie régulièrement des rapports d'activité qui contiennent des recommandations en matière de prévention de la corruption. Il a également organisé quelques séminaires et formations en la matière.²¹⁷¹ Enfin, il assume un certain rôle de coordination entre les interlocuteurs internes et externes de l'administration fédérale. En raison de ses ressources limitées, il ne peut cependant pas pleinement exercer ce rôle.²¹⁷²

Dans son rapport de 2014, le GTID Corruption déplore le manque de ressources financières et humaines nécessaires pour remplir de manière optimale le mandat que lui a confié le Conseil fédéral. Les ressources dont il dispose ne lui permettent ni d'exercer à satisfaction le rôle de coordinateur entre les différents interlocuteurs, ni d'organiser de nouvelles activités de formation et de sensibilisation dans le domaine de la prévention de la corruption.²¹⁷³ Le GTID Corruption réitère cette critique dans son rapport d'activité de 2018.²¹⁷⁴

Dans un rapport publié en avril 2018, le CDF critique le modèle du GTID Corruption. Celui-ci ne disposerait pas de l'indépendance nécessaire et son organisation de milice empêcherait d'assurer une continuité des fonctions. De plus, le GTID Corruption n'aurait aucune visibilité, pas de stratégie de communication et les thèmes traités dans ses ateliers ne couvriraient pas toujours l'actualité et les risques de corruption dans l'administration fédérale ; ils ne toucheraient notamment pas aux thèmes annexes tels que la transparence et les conflits d'intérêts. Enfin, le CDF regrette que les rapports du GTID ne définissent pas la situation générale de la lutte contre la corruption et que le Conseil

²¹⁶⁶ Avant le GTID Corruption existait un groupe moins formalisé dans ce domaine, le groupe consultatif sur la corruption, cf. FF 2007 6947 (Message UNCAC).

²¹⁶⁷ KESSLER, *Corruzione*, p. 492.

²¹⁶⁸ KESSLER, *Corruzione*, p. 492.

²¹⁶⁹ KESSLER, *Corruzione*, p. 492.

²¹⁷⁰ KESSLER, *Corruzione*, p. 491 s.

²¹⁷¹ KESSLER, *Corruzione*, p. 493.

²¹⁷² Rapport GTID Corruption 2014, p. 34.

²¹⁷³ Rapport GTID Corruption 2014, p. 34.

²¹⁷⁴ Rapport GTID Corruption 2018, p. 19 ss.

fédéral ne donne pas suite aux recommandations du groupe du travail, dans la mesure où celles-ci ne lui sont pas adressées directement.²¹⁷⁵

Le centre de compétence des marchés publics (CCMP) : Le CCMP, unité rattachée à l'Office fédéral des constructions et de la logistique, organise des formations en matière de marchés publics, qui touchent également aux règles de comportement des agents publics et à la prévention de la corruption de manière générale. 922

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) : Le PFPDT intervient en tant qu'instance de médiation entre les citoyens et l'administration lorsqu'une unité administrative refuse de donner accès à un document officiel. 923

ii. Les tentatives de créer un organe spécialisé

Au cours des vingt dernières années, il a été plusieurs fois question d'adopter une approche plus globale, voire d'instituer un centre de compétence ou une autorité spécialisée en matière de prévention de la corruption. En 2002, l'organisation non gouvernementale Transparency International Suisse a invité le Conseil fédéral à instituer un centre de compétence pour la lutte contre la corruption. Un groupe de travail interdépartemental présidé par l'OFPER est cependant arrivé à la conclusion que « l'impact éventuel qu'exercerait un tel centre devait indubitablement être limité »²¹⁷⁶. Le Conseil fédéral n'a donc pas jugé nécessaire de mettre sur pied un centre spécialisé en la matière, en renvoyant notamment au CDF qui assumait de nombreuses fonctions dans ce domaine.²¹⁷⁷ Le sujet est redevenu d'actualité lors de la ratification de l'UNCAC. Dans son Message à l'Assemblée fédérale de 2007, le Conseil fédéral s'est référé à l'étude effectuée en 2003 pour confirmer qu'il n'y avait pas besoin de créer un organe spécialisé. Conformément à l'article 6 al. 3 UNCAC, il a en outre désigné la Direction du développement et de la coopération (DDC), un service du DFAE, comme autorité de prévention de la corruption susceptible d'aider les autres Etats.²¹⁷⁸ 924

Dans son rapport d'évaluation de 2008, le GRECO s'est prononcé en faveur d'une approche plus globale de la prévention de la corruption en Suisse.²¹⁷⁹ Il a notamment recommandé à la Suisse de se « doter le groupe consultatif sur la corruption, ou toute autre structure appropriée, des moyens et des pouvoirs nécessaires pour initier une stratégie / des politiques anti-corruption concertées au niveau national »²¹⁸⁰ en associant tous les acteurs en la matière ainsi que les cantons. En réponse à cette recommandation, le Conseil fédéral a décidé de créer le GTID Corruption.²¹⁸¹ Nous avons vu que les ressources très limitées de ce groupe de travail ne lui permettent cependant pas 925

²¹⁷⁵ Cf. l'évaluation du CDF de la mise en œuvre de l'arrêté du 19 octobre 2008, « Lutte contre la corruption », du 27 avril 2018, p. 1 ss (Evaluation CDF lutte contre la corruption).

²¹⁷⁶ FF 2007 6948 (Message UNCAC).

²¹⁷⁷ FF 2003 4658 (Rapport sur la prévention de la corruption).

²¹⁷⁸ FF 2007 6948 (Message UNCAC).

²¹⁷⁹ GRECO, Rapport d'évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 135.

²¹⁸⁰ GRECO, Rapport d'évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, Premier et Deuxième Cycles d'évaluation conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F), N 25.

²¹⁸¹ Cf. ci-dessus N 921.

d'assumer le rôle d'une autorité spécialisée en matière de prévention de la corruption.²¹⁸²

- 926 Un rapport du CDF, publié en avril 2018 et évaluant le mandat du Conseil fédéral au GTID Corruption, reprend l'idée de créer un organe central et spécialisé au niveau fédéral. Parmi les cinq modèles alternatifs évoqués – un délégué indépendant pour la lutte contre la corruption, un bureau central autonome, une entité indépendante du Conseil fédéral rattachée à la Chancellerie fédérale, un préposé fédéral à la lutte contre la corruption, similaire au modèle surveillant des prix, un organe semi-indépendant avec son propre secrétariat et collaborateurs – le CDF préconise l'institution d'un délégué indépendant pour la lutte contre la corruption. Celui-ci serait responsable d'établir une stratégie et un plan d'action national pour la prévention de la corruption et représenterait la Suisse aux séances organisées dans le cadre des conventions internationales. Il coordonnerait également les séances du GTID Corruption revêtirait une forme différente.²¹⁸³ Dans sa prise de position générale, le Conseil fédéral s'est montré réticent à l'égard des propositions du CDF. Il n'est notamment « pas convaincu qu'une centralisation de la lutte contre la corruption, telle que proposée par le CDF, serait plus économique et plus pertinente que la structure actuelle »²¹⁸⁴.
- 927 Enfin, dans son rapport d'activité d'avril 2018, le comité de pilotage du GTID Corruption a recommandé au Conseil fédéral de lui confier un mandat plus cohérent et plus clair, notamment celui de définir des objectifs stratégiques et opérationnels en matière de prévention de la corruption.²¹⁸⁵

d) Deux exemples cantonaux : l'Ombudsman zurichois et la Cour des comptes genevoise

- 928 Aucun canton ne dispose d'un organe spécialisé en matière d'intégrité, créé expressément à cet effet. Dans certains cantons, des organes disposant d'une certaine indépendance, tels que le contrôle des finances²¹⁸⁶, l'Ombudsman²¹⁸⁷ ou encore la cour des comptes, exécutent des tâches en matière d'intégrité, et servent notamment d'autorité à laquelle les lanceurs d'alerte peuvent s'adresser.
- 929 Dans le canton de Zurich par exemple, l'Ombudsperson est l'autorité compétente en matière d'alerte éthique, même si cela n'est pas expressément prévu par la loi. L'Ombudsperson a pour tâche légale de contrôler si les autorités cantonales procèdent « en droit et en équité » (« nach Recht und Billigkeit »).²¹⁸⁸ Ce mandat englobe également les contrôles de suspicions en matière de corruption ou d'irrégularités au sein de l'administration cantonale.²¹⁸⁹

²¹⁸² Cf. ci-dessus N 921.

²¹⁸³ Evaluation CDF lutte contre la corruption, p. 29 ss.

²¹⁸⁴ Evaluation CDF lutte contre la corruption, p. 13.

²¹⁸⁵ Rapport GTID Corruption 2018, p. 20 ss.

²¹⁸⁶ P. ex. dans les cantons de Berne ou de Thurgovie.

²¹⁸⁷ Cf., outre l'exemple zurichois, les systèmes de Zoug et de Bâle-Ville.

²¹⁸⁸ Cf. § 89 al. 1 *Verwaltungsrechtspflegegesetz* (RS/ZH 175.2).

²¹⁸⁹ Cf. le site de l'Ombudsmann du canton de Zurich, ombudsmann.zh.ch > Korruptionsmeldestelle.

A Genève, la Cour des comptes s'est également chargée de cette tâche. Elle a ouvert une plateforme d'alerte éthique en ligne en automne 2017.²¹⁹⁰ Selon l'article 128 Cst./GE, la Cour des comptes « assure un contrôle indépendant et autonome de l'administration centrale, des communes, des institutions de droit public et des organismes privés subventionnés ou dans lesquels les pouvoirs publics exercent une influence prépondérante ». Ce mandat englobe également le traitement des alertes éthiques.²¹⁹¹

930

e) *Trois exemples de droit comparé : les autorités indépendantes en matière de prévention de la corruption*

i. L'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) en Italie

L'ordre juridique italien connaît depuis plusieurs années un organe centralisé responsable de la prévention de la corruption. Ce n'est cependant qu'en 2014 que l'actuelle « Autorità nazionale anticorruzione » (ANAC) a été fondée, une autorité indépendante dotée de nombreuses compétences dans le domaine de la prévention de la corruption.

931

La liste des organes responsables en matière de prévention de la corruption s'est allongée au cours des dernières années. Après l'institution du « Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella p.a. » en 2004, le « Servizio anticorruzione e trasparenze del Dipartimento della funzione pubblica » a été créé en 2008.²¹⁹² En 2009, la « Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni » (CIVIT) a été établie.²¹⁹³ Cette dernière n'avait cependant pas de compétences spécifiques dans le domaine de l'intégrité et ne disposait pas d'une forte indépendance.²¹⁹⁴ En 2012, la loi anti-corruption a transmis à la CIVIT, qui assumait également, à l'époque, le rôle d'autorité anti-corruption et était dénommée CIVIT/ANAC en doctrine, une partie des compétences en matière de prévention de la corruption. L'autre partie de ces compétences était cependant du ressort de l'Office de la fonction publique.²¹⁹⁵ Enfin, un décret-loi de 2014 a créé l'« Autorità nazionale anticorruzione » (ANAC) telle qu'elle existe aujourd'hui et a attribué à cette dernière le reste des compétences en matière de prévention de la corruption.²¹⁹⁶

Les tâches de l'ANAC sont nombreuses et touchent tant au domaine de l'intégrité qu'à ceux de la transparence et des marchés publics. En effet, il s'agissait de concentrer les compétences de ces différents domaines auprès d'une seule autorité pour assurer une meilleure coordination et, par-là, optimiser la prévention de la corruption.²¹⁹⁷ Nous nous concentrerons dans ce qui suit sur les compétences en matière d'intégrité et de transparence, sans parler des tâches – considérables et importantes – de l'ANAC en

932

²¹⁹⁰ Cf. le site de la Cour des comptes (cdc-ge.ch > Système d'alerte) et ci-dessus N 861.

²¹⁹¹ Cf. FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine, p. 1 ss.

²¹⁹² GIUFFRÈ, Autorità, p. 26 s.

²¹⁹³ GIUFFRÈ, Autorità, p. 26 s.

²¹⁹⁴ CANTONE/MERLONI, Presentazione, p. 2.

²¹⁹⁵ « Dipartimento della funzione pubblica », cf. CANTONE/MERLONI, Presentazione, p. 3.

²¹⁹⁶ Decreto legge n. 90 du 24 juin 2014.

²¹⁹⁷ CANTONE/MERLONI, Presentazione, p. 7.

matière de marchés publics. Dans le domaine de l'intégrité, l'ANAC est tout d'abord compétente pour élaborer et adopter le PNA, qui doit être mis à jour une fois par an et entièrement révisé tous les trois ans.²¹⁹⁸ Elle est en outre responsable du contrôle de la mise en œuvre des dispositions sur le PTPC et des codes de conduite des entités administratives.²¹⁹⁹ L'ANAC peut également ouvrir une enquête en cas de soupçons d'irrégularités dans une entité administrative, notamment suite à une alerte éthique.²²⁰⁰ Dans le domaine de la transparence, l'ANAC est responsable de la mise en œuvre des obligations des entités administratives de publier des documents et informations officiels.²²⁰¹ Enfin, l'ANAC peut édicter des lignes directrices obligatoires pour les entités administratives dans tous les domaines de ses compétences.²²⁰² On peut mentionner par exemple les lignes directrices sur l'alerte éthique, les lignes directrices sur les obligations de publier des documents officiels ou les lignes directrices sur les incompatibilités professionnelles.²²⁰³

933 L'ANAC a un rôle de coordinatrice, tant au niveau international qu'au niveau national. Elle est l'interlocutrice principale pour toute question concernant la prévention de la corruption et peut émettre des recommandations et avis à l'intention du Gouvernement et du Parlement.²²⁰⁴ L'ANAC revêt une place particulière parmi les autorités indépendantes de l'ordre juridique italien, car elle est la seule autorité indépendante qui surveille et coordonne non pas des entités du secteur privé, mais quasiment exclusivement des entités administratives, c'est-à-dire l'administration publique elle-même.²²⁰⁵

ii. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) et l'Agence française anti-corruption en France

934 En France, deux organes spécialisés en matière d'intégrité et de prévention de la corruption ont été créés au cours des dernières années.²²⁰⁶ D'une part, la *loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique*²²⁰⁷ a institué une nouvelle autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)²²⁰⁸, responsable de la « promotion de l'intégrité publique »²²⁰⁹. Ses tâches principales sont la réception et le contrôle des déclarations d'intérêts d'employés cadres et de politiciens – près de neuf mille personnes sont soumises à l'obligation de

²¹⁹⁸ Art. 1 al. 2bis 190/2012. Cf. ci-dessus N 887 pour le PNA.

²¹⁹⁹ GULLO, *Politica*, p. 530 s. Elle peut même sanctionner les entités administratives en cas de manquement à ces obligations.

²²⁰⁰ Art. 1 al. 2 let. f et al. 3 190/2012.

²²⁰¹ Cf. à propos des obligations de publication ci-dessus N 804.

²²⁰² La qualification juridique exacte de ces lignes directrices est débattue dans la doctrine italienne, cf. notamment GIUFFRÈ, *Autorità*, p. 30, et les références citées à la note de bas de page 66.

²²⁰³ Les lignes directrices sont disponibles sur le site web de l'ANAC : anticorruzione.it > Attività.

²²⁰⁴ GULLO, *Politica*, p. 531 s.

²²⁰⁵ D'ALTERIO, *ANAC*, p. 504.

²²⁰⁶ On peut également mentionner dans ce contexte la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), cf. BUGE, *Politique*, p. 469 ss.

²²⁰⁷ Loi n° 2013-907.

²²⁰⁸ Cf. les articles 19 ss de la loi n° 2013-907.

²²⁰⁹ Cf. la présentation sur le site internet de la HATVP : hatvp.fr.

déclaration annuelle de leurs revenus, patrimoines et intérêts²²¹⁰ –, l'octroi d'autorisations en cas de passage d'agents publics dans le secteur privé (pantouflage)²²¹¹ ainsi que le conseil et l'émission de recommandations en matière de prévention de conflits d'intérêts à l'intention des élus.²²¹² Elle n'a pas de pouvoir de sanction.²²¹³

D'autre part, la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique²²¹⁴, connue sous le nom de loi Sapin II, a institué l'Agence française anti-corruption, un service placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget.²²¹⁵ En plus de sa fonction de coordination, cette Agence élabore des recommandations en matière de prévention de la corruption, conseille les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales et également des personnes physiques. Elle procède en outre de sa propre initiative à des contrôles de la qualité et de l'efficacité des mesures de prévention mises en œuvre au sein des administrations de l'Etat central, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique.²²¹⁶

935

iii. L'Office of Government Ethics aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, un organe centralisé responsable de l'intégrité – l'« Office of Government Ethics » (OGE) – a été créé en 1978 déjà par l'*Ethics in Government Act*²²¹⁷, notamment en réponse au scandale du Watergate.²²¹⁸ L'OGE est une autorité indépendante dont les tâches principales sont le développement de codes de conduite, le contrôle des déclarations d'intérêts des agents publics, ainsi que la formation des cadres en matière d'intégrité.²²¹⁹ Les agents publics peuvent en outre s'adresser à l'OGE en tout temps pour demander conseil en matière de règles éthiques.²²²⁰ L'OGE n'est cependant pas responsable de la mise en œuvre concrète des règles sur l'intégrité de l'administration ; cette mise en œuvre est réalisée au sein de chaque entité administrative.²²²¹ L'OGE a donc un rôle de coordination et de développement de la politique publique en matière d'intégrité publique.

936

²²¹⁰ ROSANVALLON, Gouvernement, p. 369.

²²¹¹ Elle partage cette compétence avec la Commission de déontologie de la fonction publique. Selon le parcours d'un agent public, il devra s'adresser à cette dernière ou à l'HATVP, cf. CHAMBON/GASPON, Déontologie, p. 194.

²²¹² CHAMBON/GASPON, Déontologie, p. 190 ; BUGE, Politique, p. 466 et 469 ss.

²²¹³ BUGE, Politique, p. 470.

²²¹⁴ Loi n° 2016-1691.

²²¹⁵ Cf. les articles 1 ss de la loi n° 2016-1691.

²²¹⁶ Cf. l'art. 3 de la loi n° 2016-1691.

²²¹⁷ Title 5 Appendix U.S.C. § 101 ss.

²²¹⁸ SCHINDLER, Ethikförderung, p. 67.

²²¹⁹ REVOLVING DOOR WORKING GROUP, Trust, p. 49 s. ; SCHINDLER, Ethikförderung, p. 67.

²²²⁰ MESSICK, Drafting, p. 122.

²²²¹ SCHINDLER, Ethikförderung, p. 67.

f) *Appréciation : pour la création d'un organe spécialisé en matière d'intégrité*

- 937 Le système diffus et décentralisé qui existe au niveau fédéral n'est pas adéquat. Il manque à notre avis un organe qui coordonne les divers efforts en matière de prévention de la corruption et de promotion de l'intégrité et qui définit une politique publique claire et cohérente. En effet, aucun des acteurs mentionnés au niveau fédéral n'assume pour l'instant ce rôle.
- 938 La situation actuelle mène à des doublons : plusieurs autorités prennent individuellement des initiatives similaires dans les mêmes domaines, sans se coordonner. Les nombreux dispositifs d'alerte éthique qui existent au sein de l'administration fédérale en constituent un exemple.²²²² La pluralité d'initiatives dans le même domaine peut mener à la confusion et au désordre. Dans le cas des plateformes d'alerte éthique, les agents publics ne savent plus dans quels cas ils bénéficient d'une protection et, le cas échéant, de quelle protection ils bénéficient. Ces doublons nuisent à l'efficacité de l'administration publique. Un organe spécialisé pourrait coordonner les différentes mesures et servir d'intermédiaire entre les unités de l'administration. Lorsque plusieurs initiatives parallèles s'avèrent opportunes, il pourrait mettre à la disposition des agents publics une vue d'ensemble des options envisageables.
- 939 Selon nous, le système actuel implique également la prise de mesures sans suivi. Tel est par exemple le cas des formations éthiques au niveau fédéral. L'organisation et la mise en œuvre de ces formations par plusieurs autorités, notamment par l'OFPER, les supérieurs hiérarchiques, les chefs des unités de l'administration centrale et décentralisée, le CCMP et le GTID Corruption est compliquée et a pour conséquence que les formations en question restent des mesures uniques, dont l'efficacité n'est pas garantie.
- 940 La répartition des compétences empêche en outre la création d'une mémoire institutionnelle et le développement d'un savoir-faire dans le domaine de l'intégrité. Aussi serait-il à notre avis important, notamment pour garantir une certaine cohérence dans ce domaine, que les mêmes personnes s'occupent des mêmes problématiques pendant un certain laps de temps.
- 941 La situation actuelle peut provoquer des actions unilatérales de certaines unités de l'administration. La mise en place d'une plateforme d'alerte éthique anonyme par la Cour des comptes du canton de Genève en est l'illustration.²²²³ En l'absence de stratégie cohérente au niveau cantonal, celle-ci s'est en effet emparée de la problématique. Même si nous estimons que c'est à juste titre que la Cour des comptes genevoise a mis en place une telle plateforme, nous tenons à souligner que les actions unilatérales peuvent nuire à la cohérence globale d'une stratégie de la prévention de la corruption.

²²²² Cf. ci-dessus N 853.

²²²³ Cf. ci-dessus N 861.

Enfin, l'organisation actuelle ne remplit pas les exigences posées par l'UNCAC quant à l'organe spécialisé en matière de prévention de la corruption. Ainsi, le GTID Corruption ne dispose pas de l'indépendance nécessaire ni des ressources financières et du personnel adéquats. 942

Ajoutons encore que nous considérons comme non pertinent l'argument invoqué par le Conseil fédéral selon lequel un système diffus et décentralisé responsabiliserait les unités décentralisées et leur permettrait d'adapter les mesures « aux besoins réels et avec la souplesse nécessaire »²²²⁴. La création d'un organe spécialisé n'empêcherait pas une marge de manœuvre importante des unités décentralisées en matière d'intégrité, dès lors qu'il n'impliquerait pas la centralisation de toutes les compétences en matière d'intégrité, mais seulement une meilleure coordination. 943

Pour tous ces motifs, la création ou la désignation d'un organe spécialisé en matière de prévention de la corruption et de promotion de l'intégrité s'impose à notre avis au niveau fédéral. 944

Les tâches et les objectifs d'un tel organe pourraient être notamment les suivants : 945

- Définir une stratégie en matière de prévention de la corruption ;
- Coordonner les différentes mesures existantes ;
- Créer une base de données sur les dispositions et les mesures en matière d'intégrité (notamment les règles de comportement, les codes de conduite et les mesures d'organisation interne) ;
- Organiser des formations éthiques ;
- Mettre en place une plateforme d'alerte éthique ;
- Établir un code d'éthique ;²²²⁵
- Conseiller les unités administratives et d'autres services dont l'organe est responsable ;
- Servir d'intermédiaire entre les responsables de l'intégrité des différentes unités administratives.²²²⁶

Quant à la forme de l'organe, deux options sont envisageables : l'institution d'un délégué ou d'un préposé à l'intégrité, ou le transfert des compétences mentionnées au Contrôle des finances ou au GTID Corruption. Cette dernière option nécessiterait cependant une réorganisation importante du GTID Corruption. 946

Enfin, l'organe fédéral spécialisé en matière d'intégrité serait responsable non seulement pour l'administration centrale, mais également pour les unités de l'administration décentralisée, les entreprises proches de l'administration fédérale ainsi que les privés exécutant des tâches publiques. Il est à notre avis important d'intégrer tous les acteurs de l'administration publique dans une stratégie cohérente en matière de prévention de la corruption et de promotion de l'intégrité. 947

²²²⁴ FF 2007 6947 (Message UNCAC).

²²²⁵ Cf. ci-dessus N 733.

²²²⁶ Cf., pour le responsable de l'intégrité, ci-dessus N 894 ss.

III. Synthèse

- 948 Dans ce qui précède, nous avons analysé les mesures d'organisation et de contrôle interne ainsi que les différentes formes d'institutionnalisation de l'intégrité. Les mesures d'organisation interne, notamment la rotation du personnel, le principe des quatre yeux et l'évaluation ainsi que la gestion des risques d'intégrité, devraient à notre avis faire partie d'une stratégie plus large de prévention de la corruption, en particulier pour que les chefs d'unités soient informés de leur existence.
- 949 Nous avons ensuite vu que l'administration fédérale ne dispose ni de responsables de l'intégrité dans les unités administratives ni d'un organe spécialisé en matière d'intégrité. Dans les chapitres précédents, nous avons également relevé que plusieurs mesures en matière d'intégrité n'étaient pas mises en œuvre de manière cohérente ou de manière satisfaisante, notamment les divers codes de conduite²²²⁷, les formations éthiques²²²⁸ ou encore l'alerte éthique²²²⁹. Le système diffus et décentralisé n'est à notre avis pas adéquat. C'est pourquoi la création ou la désignation d'un organe spécialisé et l'institution de responsables de l'intégrité dans les unités administratives s'imposent.

²²²⁷ Cf. ci-dessus N 731 ss.

²²²⁸ Cf. ci-dessus N 753 s.

²²²⁹ Cf. ci-dessus N 853.

Troisième partie : La nature juridique de l'intégrité

§ 9 L'intégrité comme intérêt public

« En général, ceux qui doivent gouverner la République doivent observer ces deux préceptes de Platon : le premier, de se consacrer avec tant de zèle aux intérêts publics qu'ils s'y rapportent toutes leurs démarches et qu'ils oublient leurs propres avantages ; le second, d'étendre également leur sollicitude sur tout le corps de l'Etat, et de ne pas réserver leurs soins pour une seule partie des citoyens, au détriment des autres. [...] Ne s'inquiéter que d'une partie des citoyens et négliger tout le reste, c'est introduire dans l'Etat le plus pernicieux des fléaux, les séditions et la discorde. »²²³⁰

Nous avons vu dans la deuxième partie que le concept d'intégrité a fait une entrée progressive dans la législation suisse au cours des vingt dernières années. Il convient à ce stade de prendre de la hauteur et d'analyser l'intégrité de l'administration publique de manière plus globale, dans le contexte constitutionnel. 950

Dans ce chapitre, nous démontrerons que l'intégrité de l'administration publique constitue un intérêt public. A cette fin, nous présenterons d'abord brièvement la notion d'intérêt public (I.), avant de mettre en exergue et d'analyser les références majeures à l'intégrité dans la législation et dans la jurisprudence (II.) et de conclure (III.). 951

²²³⁰ CICÉRON, Traité des devoirs (paru en 44 av. J.-C.), Livre premier, N 86.

I. La notion d'intérêt public

1. La détermination des intérêts publics

952 L'intérêt public est une notion juridique indéterminée ; elle est concrétisée par le constituant, le législateur, les juges et les autres autorités chargées d'appliquer la loi.²²³¹ C'est donc à la lecture de la législation, des jugements des tribunaux et des décisions administratives que l'on peut déterminer si un intérêt peut être qualifié de public ou non dans un certain ordre juridique. Certains auteurs ajoutent à cette vision positiviste une définition de l'intérêt public qui se réfère à la réalité plutôt qu'aux textes de lois et à la jurisprudence. L'intérêt public est alors décrit comme un « besoin social insatisfait » dont les organes de l'Etat et la population auraient pris conscience.²²³² En outre, la notion d'intérêt public n'est pas statique : les intérêts publics varient dans le temps et dans l'espace.²²³³

953 Traditionnellement, la doctrine présente les composantes de l'ordre public comme des exemples types d'intérêts publics. Au nombre de cinq, ils sont associés à l'administration de police : la sécurité publique, la tranquillité publique, la santé publique, la moralité publique ainsi que la bonne foi en affaires.²²³⁴ L'Etat promeut cependant aujourd'hui des intérêts beaucoup plus vastes et diversifiés. Cette multiplication d'intérêts publics peut être mise en relation avec l'avènement de l'administration de prestation.²²³⁵ A titre d'exemple d'intérêts publics plus récents, on peut citer la protection de l'environnement et de la nature, la promotion du plein-emploi, le développement des moyens de transports ou encore l'encouragement de la recherche.²²³⁶ Enfin, l'administration de gestion a fait émerger encore un autre type d'intérêt public : celui qui « se dégage de l'entente entre les intéressés, de la collaboration entre les acteurs [privés ou publics] d'un processus »²²³⁷.

2. Les conséquences de la reconnaissance du caractère « public » d'un intérêt

954 Lorsqu'un intérêt est qualifiée de « public », l'Etat est tenu d'agir en vue de la réalisation ou de la préservation de cet intérêt. Certains parlent d'une véritable « obligation » pour l'Etat d'accomplir tous les actes normatifs et administratifs nécessaires à cette fin.²²³⁸ Il convient cependant de relever que le principe de l'intérêt public n'est pas un droit constitutionnel autonome²²³⁹ ; les administrés ne disposent donc pas d'un droit

²²³¹ TANQUEREL, Manuel, N 540 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 581 ss ; MAHON, Art. 5, N 14 ; WYSS, Interessen, N 3 ss. Cf., pour une étude approfondie de l'intérêt public, WYSS, Interessen, p. 1 ss.

²²³² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 763 ; WYSS, Interessen, N 30.

²²³³ TANQUEREL, Manuel, N 541 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 585 ; WYSS, Interessen, N 4.

²²³⁴ TANQUEREL, Manuel, N 531 ss.

²²³⁵ TANQUEREL, Manuel, N 537.

²²³⁶ TANQUEREL, Manuel, N 537.

²²³⁷ MOOR, Théorie, p. 107.

²²³⁸ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 556.

²²³⁹ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 606 ; TANQUEREL, Manuel, N 530 ; MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, p. 762 ss et 801 ss.

subjectif à ce que l'Etat adopte un certain comportement pour réaliser un intérêt public spécifique. En d'autres termes encore, si l'on peut dire que l'Etat est « obligé » d'accomplir certains actes pour réaliser et préserver un intérêt public spécifique, les administrés ne disposent pas de moyens judiciaires pour l'y contraindre.

En revanche, dans le cadre d'une procédure administrative, les administrés peuvent faire valoir qu'une activité étatique n'est pas conforme à l'intérêt public, c'est-à-dire invoquer l'absence d'intérêt public.²²⁴⁰ En effet, toute activité étatique doit en tout temps répondre à un intérêt public. Cependant, l'administré doit en principe démontrer un intérêt digne de protection pour pouvoir entamer une procédure administrative.²²⁴¹ 955

Le principe de l'intérêt public prend aujourd'hui tout son sens en cas de pesée des intérêts, notamment lors de l'analyse des conditions de restriction des droits fondamentaux (art. 36 al. 2 Cst.).²²⁴² 956

3. L'intégrité : un synonyme du principe de l'intérêt public ?

Au vu de ce qui précède, on pourrait soutenir que l'intégrité n'est en réalité qu'un synonyme du principe de l'intérêt public. En effet, l'intégrité implique que les agents publics ne prennent en compte aucun intérêt indu, et qu'ils agissent par conséquent dans l'intérêt public. 957

Ce raisonnement se révèle cependant réducteur et ne correspond pas à la réalité administrative²²⁴³, notamment en raison du fait que le principe de l'intérêt public est aujourd'hui principalement utilisé dans la pesée des intérêts. Cette opération juridique est primordiale dans un ordre juridique où, comme décrit plus haut, les intérêts publics se sont multipliés et où « chaque intérêt public est celui d'un groupe »²²⁴⁴. Dans cette compétition d'intérêts publics, il est nécessaire d'établir un intérêt public à l'intégrité de l'administration, ou d'en rappeler l'existence, pour que ce dernier puisse être pris en compte lors des pesées des intérêts. 958

Prenons deux exemples. La donne est relativement simple en cas d'acte de corruption classique : un tel acte ne poursuit jamais un intérêt public et son interdiction en découle, voire se confond avec le principe de l'intérêt public.²²⁴⁵ La situation est moins claire lorsqu'il est question d'autoriser ou non une activité accessoire d'un agent public. Dans ce cas, il convient de prendre en compte les éléments du cas concret ; dans cette opération, l'intégrité de l'administration publique est certes l'un des intérêts les 959

²²⁴⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 801 ss.

²²⁴¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 801 ss.

²²⁴² MOOR, Théorie, p. 84 s. ; WYSS, Interessen, N 9 et N 17 ss.

²²⁴³ Cf. également ci-dessous N 1029 ss pour le dépassement du modèle classique de l'Etat de droit.

²²⁴⁴ MOOR, Théorie, p. 102.

²²⁴⁵ Et encore : il existait des théories économiques qui soutenaient qu'une certaine quantité de corruption rendait un système donné plus efficace ; cf. ci-dessus NBP 5.

plus importants, mais pas le seul. D'autres intérêts tels que l'efficacité de l'administration ou l'importance du transfert de connaissances entre les secteurs public et privé peuvent aussi jouer un rôle.

- 960 La démonstration de l'intérêt public à l'intégrité de l'administration publique est par ailleurs de première importance dans un système juridique où les intérêts publics sont « négociés »²²⁴⁶. L'intérêt à une administration intègre, voire le principe constitutionnel que nous élaborerons plus loin²²⁴⁷, devra être pris en compte lors de ces négociations.
- 961 Ainsi, il nous semble important de démontrer dans de ce qui suit que l'intégrité de l'administration publique constitue effectivement un intérêt public reconnu dans l'ordre juridique suisse au début du 21^e siècle. Cet intérêt public a émergé de manière plus claire et avec des contours mieux définis au cours des dernières décennies.

II. L'intégrité comme intérêt public

- 962 Pour démontrer que l'intégrité a la qualité d'intérêt public, nous mettrons en évidence les références à ce concept dans la législation (1.) et la jurisprudence (2.). Il découle de ces dernières, ainsi que d'une mise en perspective plus large (3.), que l'intégrité constitue effectivement un intérêt public.

1. L'intérêt à une administration intègre tel qu'il ressort de la législation

- 963 L'intégrité de l'administration publique n'est pas explicitement mentionnée dans la Constitution fédérale. Elle l'est cependant dans plusieurs textes de lois. L'intérêt à une administration intègre ressort premièrement de la législation fédérale sur le personnel de la Confédération. Selon l'article 20 LPers, « [l']employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur ». Le devoir de fidélité est le fondement le plus important et le plus explicite des devoirs d'intégrité du personnel de la Confédération.²²⁴⁸ Les devoirs contenus dans l'OPers, notamment ceux liés aux activités accessoires, à l'acceptation d'avantages, au secret de fonction, au pantouflage, à la récusation ou aux opérations pour compte propre, concrétisent explicitement les devoirs d'intégrité.²²⁴⁹ Ces devoirs ont en outre été précisés ultérieurement, en particulier dans le Code de comportement de l'administration fédérale de 2012.²²⁵⁰
- 964 Deuxièmement, l'intégrité de l'administration est reconnue comme un intérêt par la législation sur la transparence. Cette dernière vise principalement à promouvoir la

²²⁴⁶ Nous faisons ici référence aux intérêts publics qui « se dégage[nt] de l'entente entre les intéressés, de la collaboration entre les acteurs [privés ou publics] d'un processus », cf. MOOR, Théorie, p. 107.

²²⁴⁷ Cf. ci-dessous N 977 ss.

²²⁴⁸ Cf. ci-dessus N 196 ss.

²²⁴⁹ Cf. ci-dessus § 5.

²²⁵⁰ Cf. ci-dessus N 721 ss.

transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale.²²⁵¹ L'ordonnance d'exécution spécifie qu'à la suite d'événements importants, tels que des irrégularités dans l'administration ou encore des affaires de corruption, il existe un intérêt public prépondérant à la transparence.²²⁵² De même, l'intérêt est jugé prépondérant « lorsque la personne, dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel, est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants »²²⁵³. Le législateur souligne ici l'importance d'une utilisation licite des fonds publics, ce qui implique entre autres un comportement intègre de la part des personnes exécutant des tâches publiques.

Troisièmement, la législation actuelle sur les marchés publics vise entre autres à assurer la transparence des procédures d'adjudication des marchés publics et à favoriser l'utilisation économique des fonds publics.²²⁵⁴ Implicitement, elle vise donc à prévenir les irrégularités et les cas de corruption, et donc à promouvoir l'intégrité de l'administration publique. Le projet de loi sur les marchés publics de 2017 mentionne explicitement ce point. Il vise ainsi à instaurer « une concurrence efficace entre les soumissionnaires, assurée en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption »²²⁵⁵.

Enfin, il convient de mentionner le changement de perspective intervenu en droit pénal de la corruption. Longtemps considérées comme un « droit disciplinaire érigé en droit pénal »²²⁵⁶, les dispositions incriminant les différentes formes de la corruption ont aujourd'hui comme finalité première de protéger la confiance que portent les citoyens aux institutions.²²⁵⁷ L'intégrité des agents publics est donc devenue un bien juridique à protéger, ce qui n'était pas forcément le cas autrefois, ou du moins pas aussi explicitement.

2. L'intégrité dans la jurisprudence

La jurisprudence des tribunaux fédéraux est riche d'exemples dans lesquels l'intérêt à une administration publique intègre est explicitement évoqué. Citons tout d'abord un arrêt du Tribunal fédéral de 1957 dans lequel celui-ci statue que l'interdiction d'accepter des avantages indus vise non seulement à protéger les intérêts financiers de la Confédération, mais également à préserver la réputation et l'autorité de l'administration publique : « Art. 22 BtG soll [...] nicht nur Unregelmässigkeiten des Beamten verhindern, durch welche der Bund unmittelbar finanziell benachteiligt wird, sondern allgemein das Ansehen und die Autorität, deren der Staat im Verhältnis zu den Bürgern

²²⁵¹ Art. 1 LTrans.

²²⁵² Art. 6 al. 2 let. a OTrans.

²²⁵³ Art. 6 al. 2 let. c OTrans.

²²⁵⁴ Art. 1 Loi fédérale sur les marchés publics, RS 172.056.1.

²²⁵⁵ Art. 2 let. d du projet de loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1728.

²²⁵⁶ FF 1999 5053 (Message modification CP 1999).

²²⁵⁷ Cf. ci-dessus N 381 ss.

bedarf, vor Beeinträchtigung durch den Beamten schützen »²²⁵⁸. Par rapport à l'interdiction d'accepter des titres et décorations de pouvoirs étrangers, le Tribunal fédéral a considéré en 1989 déjà que « les personnes au service de la Confédération ne doivent avoir à l'esprit que l'intérêt de celle-ci, sans avoir d'obligations, même morales, envers d'autres Etats »²²⁵⁹. Une année plus tard, dans un cas concernant une règle d'incompatibilité, le Tribunal fédéral a déclaré que le but des règles sur les incompatibilités et sur la récusation était de garantir l'indépendance des agents publics.²²⁶⁰

968 Par la suite, en 1995, il a estimé que la réglementation sur les activités accessoires visait non seulement à garantir que l'agent public dédie toute son énergie à l'Etat, mais également à prévenir les conflits d'intérêts et, ainsi, à protéger la réputation des agents publics et la confiance que portent les administrés aux agents publics et à leur impartialité.²²⁶¹ Dans le même arrêt, il a pour la première fois souligné explicitement l'importance de l'indépendance des pouvoirs publics par rapport aux intérêts économiques privés ; il existe ainsi un intérêt à sauvegarder l'indépendance des agents publics envers les d'intérêts économiques privés (« die Unabhängigkeit [der Beamten] gegenüber wirtschaftlichen Interessen sicherzustellen »²²⁶²). En 2009, dans un arrêt non publié concernant une règle d'incompatibilité, le Tribunal fédéral a jugé que cette dernière visait à garantir l'indépendance des organes de l'Etat et de ses membres, et, par-là, à préserver également la confiance que portent les administrés à l'Etat.²²⁶³ En 2014, il a clairement établi que les agents publics devaient s'abstenir de tout ce qui peut porter atteinte à la confiance du public dans l'intégrité de l'administration publique et de son personnel : « Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Verwaltung und ihrer Angestellten beeinträchtigen und was die Vertrauenswürdigkeit gegenüber dem Arbeitgeber herabsetzen würde »²²⁶⁴. Il a utilisé cette formule plusieurs fois depuis, ce qui montre que le concept d'intégrité fait désormais partie intégrante de la jurisprudence du Tribunal fédéral.²²⁶⁵

969 Depuis 1981, le Tribunal fédéral considère en outre, dans une jurisprudence constante, que les administrés ont un droit à une autorité administrative indépendante et impartiale lors d'une procédure administrative.²²⁶⁶ Enfin, dans un arrêt récent concernant l'accès aux documents officiels, le Tribunal fédéral a souligné que dans des situations où un administré tire un avantage important d'un rapport de droit ou de fait avec l'administration, le besoin de prévenir les abus est particulièrement grand et qu'il existe dans ces cas un intérêt accru à la transparence.²²⁶⁷

2258 ATF 83 I 298, c. 5.

2259 ATF 115 Ia 127, c. 3.b)bb).

2260 ATF 116 Ia 242, c. 1.b).

2261 ATF 121 I 326, c. 2.c)bb).

2262 ATF 121 I 326, c. 2.d)aa).

2263 Arrêt du 3 juin 2009, 1C_11/2009, c. 2.

2264 Arrêt du 26 juin 2014, 8C_146/2014, c. 5.5.

2265 Cf. l'ATF 142 II 259, c. 4.4 ; l'arrêt du TF du 25 juin 2018, 8C_740/2017, c. 4.5 ; et l'arrêt du TF 8C_194/2018 du 5 juillet 2018, c. 7.3. Le Tribunal fédéral s'est référé à l'intégrité également dans deux arrêts pénaux récents : l'arrêt du TF du 25 avril 2017, 6B_964/2016, c. 1.2.2, et l'arrêt du TF du 28 novembre 2017, 6B_602/2017, c. 2.2.

2266 Cf. les arrêts cités ci-dessus N 606 ss.

2267 ATF 142 II 340, c. 4.6.3.

A l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral a, depuis sa création en 2007, maintes fois évoqué l'intérêt public à l'intégrité de l'administration publique. Dans un arrêt de 2008, il a précisé que l'interdiction d'accepter des avantages indus vise à garantir l'indépendance des agents publics et à prévenir la corruption ; ce faisant, il s'agit de maintenir la confiance dans les activités étatiques et de protéger ainsi le bien juridique de l'intégrité de l'administration : « Es geht darum, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Tätigkeit der staatlichen Organe zu erhalten, mithin das Rechtsgut der Integrität der Verwaltung zu schützen »²²⁶⁸. En 2014, il a précisé que les restrictions prévues dans la législation en matière d'activités accessoires sont édictées dans l'intérêt public, dans la mesure où elles visent à garantir l'indépendance et la crédibilité de l'administration et à prévenir les conflits d'intérêts.²²⁶⁹ Un an plus tard, en se référant à l'arrêt précité, le Tribunal administratif fédéral a souligné qu'il existe un intérêt public important à la bonne application de la réglementation des activités accessoires, dès lors que cette dernière vise la prévention des conflits d'intérêts.²²⁷⁰ Enfin, dans un arrêt datant de 2017, le Tribunal administratif fédéral a repris l'argumentation de l'instance inférieure selon laquelle un comportement non intègre de la part d'un agent public détruit non seulement le rapport de confiance entre ce dernier et l'Etat en tant qu'employeur, mais porte également atteinte à la crédibilité de l'entité de l'administration publique en question.²²⁷¹

970

3. La mise en perspective de l'intérêt public à une administration intègre

Au regard des exemples précités, nous pouvons conclure qu'il existe dans l'ordre juridique actuel un intérêt public important à l'intégrité de l'administration publique. Alors que la mention d'arrêts plutôt anciens démontre que le souci d'une administration intègre existait déjà au milieu du 20^e siècle et certainement aussi auparavant, on peut observer que les tribunaux fédéraux évoquent plus souvent l'intérêt public à une administration intègre depuis quelques décennies. Cette évolution s'explique non seulement par la montée en puissance de l'administration publique en tant qu'organe de l'Etat – dont il sera question ci-dessous²²⁷² –, mais également par les développements de cette dernière, décrits plus haut.²²⁷³ L'enchevêtrement croissant entre les sphères privée et publique pousse les tribunaux, et également le législateur, à souligner les différences qui subsistent entre ces deux sphères malgré ces développements.

971

A ce stade, l'intérêt public à une administration publique intègre appelle les quatre remarques suivantes. Premièrement, l'intérêt à l'indépendance des agents publics auquel la jurisprudence fait souvent référence vise principalement l'indépendance vis-à-vis de l'économie privée et des intérêts économiques privés. L'objectif consiste à prévenir tout conflit entre l'intérêt public et d'éventuels intérêts privés et à éviter qu'un intérêt privé indu puisse primer sur l'intérêt public. En effet, l'intérêt à l'indépendance

972

²²⁶⁸ Arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.1.

²²⁶⁹ ATAF 2014/33, c. 4.

²²⁷⁰ Arrêt du TAF du 23 septembre 2015, A-6738/2014, c. 5.2.2.

²²⁷¹ Arrêt du TAF du 16 mars 2017, A-2718/2016, c. 4.1

²²⁷² Cf. ci-dessous N 1030 s.

²²⁷³ Cf. ci-dessus N 80 ss.

des agents publics s'impose « avec davantage de force lorsqu'il tend à préserver l'intégrité des agents publics et la neutralité de l'Etat face aux intérêts économiques privés »²²⁷⁴.

973 Deuxièmement, il y a eu une évolution au cours du siècle dernier en ce qui concerne l'indépendance attendue des agents publics. A la fin du Moyen Age et jusqu'au 19^e siècle, il convenait d'éviter que d'autres Etats nationaux puissent prendre de l'influence en Suisse ou même s'ingérer dans les affaires internes. Aujourd'hui, le danger d'immixtion dans les affaires politiques ne provient plus seulement des Etats étrangers, mais également, voire surtout, de l'économie privée. Ainsi, l'abandon de l'article 12 Cst./1874 a été un signe que l'ingérence d'autres pays en Suisse ne constitue plus une crainte primordiale : on a en effet considéré à la fin des années 1990 que l'interdiction constitutionnelle d'accepter des titres et décorations d'Etats étrangers était anachronique.²²⁷⁵ Cet abandon marque peut-être un tournant dans la perception des dangers « d'infiltration » par des Etats ; avec la montée en puissance des entreprises privées, la globalisation et l'économisation du monde, le pouvoir public risque aujourd'hui davantage d'être détourné au profit de l'économie privée que d'un Etat étranger.

Précisons cependant que les Etats et l'économie privée sont souvent fortement imbriqués. Il n'est donc pas rare que les Etats se servent d'entreprises privées pour asseoir leur influence à l'étranger. On peut notamment penser aux entreprises chinoises qui ont acheté au cours des dernières années de nombreuses entreprises européennes, ou encore aux entreprises pétrolières du Moyen-Orient. Dans cette perspective, même si le risque de détournement du pouvoir provient *de facto* des entreprises privées, le risque d'ingérence d'Etats étrangers est toujours aussi présent qu'avant ; l'interdiction d'accepter des titres et décorations d'Etats étrangers et sa réglementation au niveau constitutionnel sont peut-être moins anachroniques que l'on pensait à la fin des années 1990.

974 Troisièmement, il ressort clairement de la jurisprudence citée que l'intégrité comporte deux facettes que nous avons déjà mentionnées. Il faut garantir non seulement l'intégrité elle-même, c'est-à-dire le fait que les agents publics au sens large ne se laissent pas influencer indûment par des intérêts privés, mais également l'*apparence* d'intégrité. Aux yeux du Tribunal fédéral, l'agent public doit donc s'abstenir de toute action qui pourrait nuire à la confiance du public dans l'intégrité de l'administration ; sont également visées les actions qui portent atteinte à la réputation, sans pour autant porter atteinte à des intérêts économiques. L'intérêt public à l'intégrité de l'administration publique comprend dès lors un intérêt à l'*apparence* d'intégrité.

975 Quatrièmement, on pourrait s'interroger sur le rapport entre le devoir de fidélité et l'intérêt public à une administration intègre. Lorsque l'on étudie le devoir de fidélité, on s'intéresse à toutes les règles de comportement que l'agent public doit respecter dans le cadre de son activité. On se place donc dans une perspective de rapport entre l'Etat en tant qu'employeur et son personnel. Lorsque l'on se prononce sur l'intérêt

²²⁷⁴ BUFFAT, *Incompatibilités*, p. 207. Cf. cependant ci-dessus NBP 1031 pour un cas où une entreprise publique a offert des avantages à des agents publics.

²²⁷⁵ Cf. ci-dessus N 75 et N 403 ss.

public à une administration intègre, le champ d'application est sensiblement plus large ; l'intérêt public peut également revêtir une importance dans d'autres domaines que celui de la fonction publique. En ce sens, le devoir de fidélité est une composante primordiale et nécessaire dans la réalisation et la préservation de l'intérêt public. Le devoir de fidélité n'est cependant pas synonyme de l'intérêt public à l'intégrité de l'administration publique.

III. Conclusion : l'intégrité de l'administration publique est un intérêt public

Il ressort des références citées et de notre analyse que l'intégrité de l'administration publique a émergé en tant qu'intérêt public important dans l'ordre juridique suisse du début du 21^e siècle. L'Etat est donc tenu d'agir en vue de la réalisation ou de la préservation d'une administration publique intègre. Il convient à présent de se demander si l'intégrité constitue également un principe constitutionnel.

976

§ 10 L'intégrité : un principe constitutionnel ?

« C'est surtout en cette délicate partie de l'administration, que vertu est le seul instrument efficace et que l'intégrité du magistrat est le seul frein capable de contenir son avarice. Les livres et tous les comptes des régisseurs servent moins à déceler leurs infidélités qu'à les couvrir ; et la prudence n'est jamais aussi prompte à imaginer de nouvelles précautions, que la friponnerie à les éluder. Laissez donc les registres et papiers et remettez les finances en des mains fidèles ; c'est le seul moyen qu'elles soient fidèlement régies. »²²⁷⁶

Nous nous interrogerons dans ce chapitre sur l'éventuelle valeur de principe constitutionnel de l'intégrité. Après quelques propos introductifs sur les principes constitutionnels (I.), nous appliquerons la méthode de reconnaissance des principes constitutionnels basée sur le contexte (II.). A l'aide des approches réaliste, constitutionnelle, culturelle et de droit comparé, nous montrerons qu'il convient de reconnaître à l'exigence d'intégrité la qualité de principe constitutionnel. En guise de conclusion, nous décrirons les contours d'un tel principe (III.).

977

²²⁷⁶ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Discours sur l'économie politique, paru en 1755, Titre III, p. 85. Les dépenses publiques constituent cette « délicate partie de l'administration ».

I. Introduction : la reconnaissance de principes constitutionnels par le contexte

1. Le principe constitutionnel : un terme aux contours peu définis

978 En dépit de son utilisation fréquente, le terme de principe constitutionnel utilisé en droit public, et plus spécifiquement en droit administratif, n'a pas de définition univoque.²²⁷⁷ Le flou commence au niveau de la terminologie : d'aucuns parlent de principes généraux de l'activité administrative²²⁷⁸, d'autres de principes constitutionnels régissant le droit administratif²²⁷⁹ et d'autres encore de principes fondamentaux du droit public²²⁸⁰. En allemand, certains utilisent le terme « Verfassungsprinzipien »²²⁸¹, d'autres « Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts »²²⁸², et d'autres encore « Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandeln »²²⁸³, soulignant ainsi l'importance des principes de l'Etat de droit. Enfin, certains principes sont considérés comme des « allgemeine Rechtsgrundsätze », sans qu'il soit précisé qu'ils sont issus du droit public ou qu'ils s'appliquent en droit public.²²⁸⁴

979 Certains auteurs de la doctrine procèdent à une catégorisation des différents principes. Ainsi, on fait souvent la distinction, notamment dans les précis de droit constitutionnel, entre les « principes structurels » et les autres principes constitutionnels.²²⁸⁵ La première catégorie contiendrait les principes fondamentaux qui caractérisent une collectivité. En Suisse, on y classe notamment les principes de la démocratie, de l'Etat fédéral, de l'Etat de droit et de l'Etat social.²²⁸⁶ Ceux-ci auraient avant tout une fonction organisatrice très générale et ne disposeraient pas d'un contenu normatif propre.²²⁸⁷ En revanche, les autres principes constitutionnels, la deuxième catégorie, constitueraient des maximes non directement applicables, mais dont peuvent découler directement des conséquences juridiques concrètes.²²⁸⁸ Ces principes constitutionnels disposeraient donc de contenus normatifs propres. La doctrine y range notamment le principe de confiance ou le principe du développement durable.²²⁸⁹ Mentionnons encore les distinctions parfois opérées d'une part entre les principes procéduraux et les principes matériels et, d'autre part, entre les principes s'appliquant seulement à l'exécution

2277 ENGI, Prinzipienbegriff, p. 59 ; WIEDERKEHR, Fairness, p. 133 ss, surtout p. 139 ss ; HOFSTETTER, Verhältnismäßigkeitsprinzip, N 73 ss.

2278 DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, p. 161.

2279 TANQUEREL, Manuel, N 43 ss.

2280 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 73.

2281 SALADIN, Verfassungsprinzip, p. 43.

2282 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 136. Le terme et la conception des « Verfassungsgrundsätze » sont issus du droit allemand, cf. SALADIN, Verfassungsprinzip, p. 77 s.

2283 HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht 2016, p. 74.

2284 WIEDERKEHR, Fairness, p. 133 ss.

2285 Cf., parmi d'autres, HOFSTETTER, Verhältnismäßigkeitsprinzip, N 82 ss.

2286 ENGI, Prinzipienbegriff, p. 60 ; WIEDERKEHR, Fairness, p. 142 s.

2287 ENGI, Prinzipienbegriff, p. 60.

2288 ENGI, Prinzipienbegriff, p. 62.

2289 ENGI, Prinzipienbegriff, p. 62.

du droit et les principes s'appliquant tant à l'élaboration du droit qu'à l'exécution du droit.²²⁹⁰

Au-delà de la terminologie variable et des tentatives de catégorisation, plusieurs auteurs procèdent à une énumération des principes constitutionnels, généralement non exhaustive.²²⁹¹ On y trouve le plus souvent les principes de la démocratie, de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, de la subsidiarité, de l'indépendance des juges, les garanties procédurales, la responsabilité de l'Etat et les principes de l'Etat de droit.²²⁹² Les principes de l'Etat de droit, en particulier le principe de la légalité, le principe de l'intérêt public, le principe de la proportionnalité, le principe de la bonne foi et les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, sont habituellement traités de manière détaillée dans les manuels de droit administratif : ils constituent le noyau dur du concept de l'Etat de droit.²²⁹³ Cette énumération n'est cependant pas exhaustive : d'autres principes peuvent, le cas échéant, faire partie du concept de l'Etat de droit, qui représente une idée de base devant être concrétisée dans chaque ordre juridique.²²⁹⁴

Ainsi, à côté des principes « classiques », on trouve dans la littérature juridique un nombre important d'autres principes développés ou reconnus plus récemment.²²⁹⁵ Citons par exemple le principe de transparence, celui d'efficacité ou encore celui du développement durable.²²⁹⁶ Le rapport entre les principes plus classiques et les nouveaux principes n'est pas clair. D'une part, il a été affirmé que le seul fait qu'un principe peut être démontré en droit administratif ou en droit public ne signifie pas encore que ce dernier puisse être hissé sur le même plan que les principes classiques de l'Etat de droit.²²⁹⁷ Il existerait donc une hiérarchie entre les divers principes constitutionnels, notamment entre les principes classiques et les nouveaux principes.²²⁹⁸ D'autre part, certains principes, notamment celui de la transparence, ont été considérés comme faisant partie à part entière des principes de l'Etat de droit, c'est-à-dire sans que l'on puisse reconnaître une hiérarchie entre les principes.²²⁹⁹

²²⁹⁰ SALADIN, *Verfassungsprinzip*, p. 73 ; HOFSTETTER, *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, N 89. Une distinction a également été opérée entre les principes ouverts et les principes sous forme de règles de droit, et entre les principes normatifs et les principes informatifs, cf. HOFSTETTER, *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, N 84 s.

²²⁹¹ Cf. p. ex. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Principes*, p. 173 ss ; ENGI, *Prinzipienbegriff*, p. 62 et les références citées à la note de bas de page 21.

²²⁹² Cf. p. ex. EPINEY, Art. 5, N 14

²²⁹³ Cf. notamment les manuels suivants : TANQUEREL, *Manuel*, N 448 ss ; DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif*, N 465 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, p. 136 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 621 ss. Pour le noyau dur : EPINEY, Art. 5 (« minimaler Gehalt »), N 16.

²²⁹⁴ EPINEY, Art. 5, N 19 et 23.

²²⁹⁵ Cf. à ce propos la « constitutionnalisation du droit administratif », p. ex. chez CASSESE, *Amministrazione*, p. 2 s.

²²⁹⁶ Pour le principe du développement durable, cf. p. ex. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Principes*, p. 176 ss, ou GRIFFEL ALAIN, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zurich 2001 ; pour le principe de transparence, cf. p. ex. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 951 ss, ou SPRECHER, *Transparenz*, p. 139 ss ; pour le principe d'efficacité, cf. p. ex. FLÜCKIGER, *Efficacité*, p. 93 ss.

²²⁹⁷ Cf. FLÜCKIGER, *Efficacité*, p. 104.

²²⁹⁸ Cf. également HOFSTETTER, *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, N 81.

²²⁹⁹ SPRECHER, *Transparenz*, p. 182 ss.

La doctrine s'accorde en revanche à considérer qu'il convient de distinguer les principes constitutionnels des institutions générales du droit, également appelées principes généraux ou règles générales du droit.²³⁰⁰ Ces derniers se situent au niveau de la loi et constituent des « règles de droit inhérentes à l'ordre juridique qui, en raison de leur portée générale, valent dans tous les domaines du droit »²³⁰¹ ; ils incluent notamment l'obligation de restituer une prestation reçue sans cause, la prescription, la compensation ou encore la restitution des délais de péremption en cas de force majeure. Pour mieux distinguer les principes constitutionnels des institutions générales du droit, le terme de principe ne devrait à notre avis pas être utilisé à l'égard des deuxièmes.

982 Nous utiliserons ici la notion de « principe constitutionnel », sans cependant réduire cette dernière aux principes expressément inscrits dans la Constitution fédérale ou dans les constitutions cantonales.

2. Quelques éléments caractéristiques des principes constitutionnels

983 Les principes constitutionnels partagent quelques traits communs, malgré le manque de clarté autour de cette notion et la coexistence de conceptions diverses. L'élément le plus important est leur caractère fondamental et transversal. Ainsi, les principes constitutionnels sont fondamentaux, dans la mesure où ils expriment des valeurs jugées essentielles dans une société ;²³⁰² ils constituent la « traduction juridique [...] du sentiment général de justice et d'équité dans un Etat organisé »²³⁰³, une sorte d'« état idéal »²³⁰⁴. En raison de ce caractère fondamental, on peut d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité d'opérer une distinction entre le droit constitutionnel et le droit administratif. A notre avis, il serait plus cohérent de parler de principes constitutionnels de droit public que de principes constitutionnels de droit administratif. Les principes sont en outre transversaux, dans la mesure où ils ne dépendent pas d'un domaine spécifique, mais peuvent servir d'idée directrice dans tout l'ordre juridique.²³⁰⁵ En raison de leur généralité, ils ont une fonction harmonisatrice des différents domaines et branches du droit.²³⁰⁶ C'est cette dernière caractéristique qui distingue un principe constitutionnel d'un « simple » intérêt public : un intérêt public peut exister dans un domaine spécifique uniquement, tandis qu'un principe est plus général.

984 Les principes constitutionnels ne sont pas des règles absolues. Ils expriment certes une idée fondamentale, mais leur formulation ouverte laisse aux organes étatiques une marge de manœuvre, notamment en cas de conflits entre les différents principes. Selon les cas, certains principes peuvent donc revêtir plus d'importance que d'autres ; leur pondération est, au fond, une question politique. Ajoutons dans ce contexte que les

²³⁰⁰ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 211 s. ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, p. 115 ss ; TANQUEREL, *Manuel*, N 353 ss.

²³⁰¹ TANQUEREL, *Manuel*, N 353.

²³⁰² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 76.

²³⁰³ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Principes*, p. 176.

²³⁰⁴ CHEVALIER, *Administration*, p. 265.

²³⁰⁵ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Principes*, p. 176.

²³⁰⁶ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Principes*, p. 176.

principes constitutionnels à part entière ont été opposés aux « simples » exigences découlant le cas échéant des principes constitutionnels.²³⁰⁷ Les exigences découlant des principes constitutionnels seraient alors des règles plus précises directement applicables et auxquelles seraient soumis les organes étatiques.²³⁰⁸

En règle générale, les principes constitutionnels ne confèrent pas aux particuliers des droits invocables en justice.²³⁰⁹ Il s'ensuit qu'il peut y avoir des situations où l'Etat viole un principe constitutionnel, sans qu'un administré ait la possibilité de soumettre cette violation à un juge.²³¹⁰ Le fait qu'ils ne confèrent pas de droits subjectifs aux particuliers ne leur ôte cependant pas la qualité normative, « qui relève du droit matériel et n'est pas touchée par le régime de l'accès à la juridiction »²³¹¹. C'est généralement l'un des éléments principaux qui permet de distinguer les principes des droits fondamentaux. La limite entre les principes et les droits fondamentaux n'est cependant pas si nette en pratique ; il existe des droits fondamentaux qui ne confèrent pas de droits subjectifs aux particuliers et un nombre important de principes que les particuliers peuvent invoquer directement devant les tribunaux.²³¹² Nous verrons ci-dessous un exemple de la difficulté de délimitation de ces deux concepts, lorsque nous aborderons le principe de bonne administration et le droit à une bonne administration.²³¹³

Les principes, avant tout ceux de l'Etat de droit, guident toute l'activité étatique. En dépit de leur formulation large ménageant une grande marge de manœuvre aux organes étatiques, l'activité étatique doit se mesurer aux principes constitutionnels et peut, le cas échéant, violer ces derniers.²³¹⁴ Les principes étant de rang constitutionnel, ils lient tous les organes étatiques, c'est-à-dire les autorités exécutives, législatives et judiciaires de tous les niveaux de l'Etat.²³¹⁵ Quant aux autorités exécutives, les principes s'appliquent tant aux activités relevant de l'administration de police qu'à celles relevant de l'administration de prestation et de l'administration de gestion.²³¹⁶ De même, les privés exécutant des tâches publiques sont liés par les principes constitutionnels.²³¹⁷

Ce dernier point peut s'avérer intéressant dans la perspective de la reconnaissance d'un principe d'intégrité. En effet, lorsqu'il est établi qu'une idée ou un concept constitue un principe constitutionnel, non seulement les autorités étatiques sont tenues de le respecter, mais également les privés exécutant des tâches publiques. La reconnaissance d'un principe constitutionnel pourrait donc contribuer à empêcher la « fuite vers

²³⁰⁷ FLÜCKIGER/GRODECKI, *Clarté*, p. 50.

²³⁰⁸ FLÜCKIGER/GRODECKI, *Clarté*, p. 50.

²³⁰⁹ EPINEY, Art. 5, N 32 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 76 ; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, N 322.

²³¹⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 76 ; THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 489.

²³¹¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 76.

²³¹² Cf., à propos des limites entre intérêt public, principe et droit fondamental, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. ex. p. 764 ss.

²³¹³ Cf. ci-dessous N 1063 ss, notamment N 1088 s.

²³¹⁴ EPINEY, Art. 5, N 34.

²³¹⁵ EPINEY, Art. 5, N 33 ; SCHINDLER, Art. 5, N 17.

²³¹⁶ EPINEY, Art. 5, N 33.

²³¹⁷ EPINEY, Art. 5, N 33 ; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 1817 ; TANQUEREL, *Manuel*, N 153 ; SCHINDLER, Art. 5, N 17.

le privé »²³¹⁸. L'Etat, que ce soit le législateur lorsqu'il adopte des normes, l'administration lorsqu'elle conclut des contrats avec ses partenaires privés ou encore le juge lorsqu'il tranche un cas concret, peut donc ainsi étendre son pouvoir de contrôle sur les privés en charge d'exécuter des tâches publiques.

988 Enfin, qualifier un concept ou une exigence de « principe » a une importance symbolique. Les principes juridiques remplissent en effet « une fonction rhétorique de solennisation du discours »²³¹⁹. Dans la Constitution fédérale, le principe de subsidiarité (art. 5a Cst.) remplit par exemple une fonction essentiellement symbolique.²³²⁰

3. Le contexte comme source de reconnaissance d'un principe constitutionnel

a) Introduction : comment reconnaître un principe constitutionnel ?

989 Nous venons de voir que l'un des éléments caractéristiques des principes constitutionnels est leur nature fondamentale : ils constituent la « traduction juridique [...] du sentiment général de la justice et d'équité dans un Etat organisé »²³²¹. Cette formulation très générale ne nous renseigne cependant pas encore sur les différentes méthodes ou approches à l'aide desquelles on peut arriver à la conclusion que l'on se trouve face à un principe constitutionnel. En d'autres termes, cette formule nous permet d'affirmer qu'une certaine idée constitue un principe constitutionnel, mais ne nous fournit en revanche pas les arguments permettant d'étayer une telle affirmation.

990 Nous n'avons pas trouvé beaucoup d'exemples, dans la littérature juridique suisse, de méthodes explicites et cohérentes de reconnaissance d'un principe constitutionnel. L'une d'entre elles est la méthode basée sur le contexte, utilisée par RENÉ WIEDERKEHR dans sa thèse d'habilitation consacrée au principe d'équité. Il soutient ainsi que pour reconnaître un principe constitutionnel, l'on devrait procéder à une analyse du contexte de l'idée de base.²³²² La justification d'un principe constitutionnel dans un contexte plus général serait selon cet auteur l'élément qui distingue un simple postulat d'un principe normatif.²³²³ A cette fin, il énumère cinq approches que nous présenterons brièvement dans ce qui suit. Précisons que ces approches peuvent être utilisées individuellement ou de manière combinée.

²³¹⁸ Cf. à ce propos notamment MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 112 ss, et DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, notamment p. 256 ss.

²³¹⁹ Citation de Patrick Morvan, reprise chez CHEVALIER, Administration, p. 41.

²³²⁰ BELSER, Einleitung, N 40.

²³²¹ PETITPIERRE-SAUVAIN, Principes, p. 176.

²³²² WIEDERKEHR, Fairness, p. 168 ss.

²³²³ WIEDERKEHR, Fairness, p. 170.

b) *Les différentes approches constitutives de la méthode basée sur le contexte*

i. L'approche éthique et orientée vers la justice

Selon l'approche éthique et orientée vers la justice (« ethisch-gerechtigkeitsorientierter Ansatz »), un principe constitutionnel peut découler de l'idée même de la justice.²³²⁴ Les principes constitueraient des représentations idéales de la justice et par conséquent des principes d'équité. Ils ne ressortent pas du domaine du droit, mais du domaine éthique.²³²⁵ En tant que tels, ils relient l'ordre juridique aux valeurs fondamentales d'une société et contribuent ainsi à la cohérence de celui-ci.²³²⁶ 991

ii. L'approche réaliste

Selon l'approche réaliste (« wirklichkeitswissenschaftlicher Ansatz »), un principe constitutionnel peut être reconnu en analysant la réalité sociale et en se posant la question de savoir si la réalité sociale a été intégrée dans l'ordre juridique.²³²⁷ Contrairement à la première approche où l'on procède par déduction – les principes constitutionnels découlent de l'idée de la justice –, on procède ici par induction à partir de cas concrets et de problématiques réelles. Une nouvelle réalité sociale, économique, juridique ou autre, peut mener à la reconnaissance d'un principe qui répond aux nouveaux besoins de structurer ou d'ordonner l'ordre juridique. En ce sens, les principes constitutionnels constitueraient des miroirs de la société.²³²⁸ En tant que tels, ils relient l'ordre juridique à la réalité sociale et donc aux problèmes qui se posent effectivement.²³²⁹ 992

iii. L'approche constitutionnelle

Troisièmement, selon l'approche constitutionnelle (« verfassungsstaatlicher Ansatz »), élaborée par le juriste suisse ZACCARIA GIACOMETTI, un concept juridique peut être qualifié de principe constitutionnel lorsqu'il est fondamental et transversal.²³³⁰ Les principes sont soit expressément prévus par la Constitution, soit ils constituent des concrétisations des principes expressément prévus.²³³¹ Pour reconnaître un principe constitutionnel implicite, il convient selon GIACOMETTI de s'en tenir avant tout au principe de l'interdiction de l'arbitraire qui représenterait le principe constitutionnel le plus important.²³³² Tout principe constitutionnel découlerait donc du principe de l'interdiction de l'arbitraire. 993

²³²⁴ Cf. WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 146 ss ; cf. aussi HOFSTETTER, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, N 76 ss.

²³²⁵ HOFSTETTER, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, N 76.

²³²⁶ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 149.

²³²⁷ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 149 ss.

²³²⁸ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 149 s.

²³²⁹ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 151.

²³³⁰ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 152 ss. Cf. GIACOMETTI, *Verwaltungsrecht*, p. 287 ss.

²³³¹ GIACOMETTI, *Verwaltungsrecht*, p. 288.

²³³² GIACOMETTI, *Verwaltungsrecht*, p. 286 et 288.

iv. L'approche culturelle

994 Quatrièmement, selon l'approche culturelle (« kulturwissenschaftlicher Ansatz »), les principes constitutionnels sont l'expression d'un héritage juridique et civil commun.²³³³ Ainsi, les principes constitutionnels ne découlent pas uniquement de sources juridiques, mais peuvent être développés en adoptant un point de vue culturel. Les principes constitutionnels constitueraient donc des normes culturelles ; en tant que tels, ils relient l'ordre juridique à la culture. Dans le contexte européen, ces principes constituent des concepts fondamentaux d'une culture juridique européenne qui représentent les valeurs fondamentales de celle-ci.²³³⁴

v. L'approche du droit comparé

995 Enfin, on peut également reconnaître un principe constitutionnel en adoptant la méthode du droit comparé.²³³⁵ Dans cette approche, le critère est l'existence explicite ou implicite d'un certain principe dans plusieurs autres ordres juridiques. Sa validité et sa reconnaissance dans plusieurs ordres juridiques constituent un indice de son caractère fondamental. Par cette approche, on relie l'ordre juridique interne aux ordres juridiques étrangers. La méthode du droit comparé ne peut cependant constituer qu'un point de départ pour l'analyse théorique et méthodique de la reconnaissance d'un principe.²³³⁶ En d'autres termes, bien que la méthode du droit comparé soit valide, elle ne peut pas à elle seule justifier la reconnaissance d'un principe constitutionnel dans un ordre juridique donné.

c) *L'application de la méthode basée sur le contexte à l'intégrité*

996 Nous nous inspirerons dans ce qui suit de la méthode basée sur le contexte pour déterminer si l'intégrité peut être considérée comme un principe constitutionnel. Nous recourrons aux approches réaliste, constitutionnelle, culturelle et de droit comparé.

997 Notre étude est axée en grande partie sur l'approche réaliste. En effet, dans les chapitres précédents, nous avons d'une part retracé les développements récents de l'administration publique et donc présenté la réalité économique et administrative, et, d'autre part, recensé et analysé les différentes mesures et dispositions en matière d'intégrité et donc présenté la réalité juridique. Dans la section consacrée à l'approche réaliste ci-dessous, nous procéderons à une brève analyse des développements présentés dans les chapitres précédents, tout en y renvoyant. Nous en tirerons des conclusions pour la reconnaissance d'un principe d'intégrité.

998 Nous nous référerons ensuite à l'approche constitutionnelle et montrerons en quoi l'intégrité constitue aujourd'hui une composante essentielle de l'Etat de droit démocratique.

²³³³ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 154 s.

²³³⁴ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 155.

²³³⁵ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 156 s.

²³³⁶ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 157.

Enfin, nous adopterons une approche mixte combinant l'approche culturelle et celle basée sur le droit comparé : nous montrerons que le principe de bonne administration, dont l'intégrité est un élément, fait partie de la culture (juridique) européenne et en représente une valeur fondamentale. 999

Nous n'approfondirons en revanche pas l'approche éthique, qui nécessiterait l'étude et l'analyse approfondie de textes fondamentaux de la philosophie politique. Nous pensons cependant que notre conclusion serait similaire à celle de MARCO BORGHI qui affirmait que « le système de la corruption dénature le rapport éthique de réciprocité, constitue une atteinte directe au noyau intangible des droits de l'homme en raison de son caractère endémique engendré par la réception perverse et la violation du principe d'égalité, et mine le principe de confiance « constitutif » de l'Etat de droit »²³³⁷. 1000

II. L'intégrité dans le contexte

Nous procéderons ici à une analyse du contexte pour déterminer si l'intégrité constitue un principe constitutionnel ou non. Nous recourrons à l'approche réaliste (2.), à l'approche constitutionnelle (3.) ainsi qu'à l'approche culturelle-comparatiste (4.). En guise d'introduction, nous mettrons brièvement en évidence le *statu quo* de l'exigence d'intégrité en Suisse (1.) 1001

1. Introduction : l'intégrité en tant que principe constitutionnel ?

a) *L'absence de mention expresse du principe d'intégrité dans la Constitution fédérale*

La Constitution fédérale actuelle ne contient pas de mention expresse du principe d'intégrité. Plusieurs éléments d'un tel principe sont cependant couverts par des normes constitutionnelles, comme l'article 29 Cst., consacré aux garanties procédurales, l'article 5 Cst., contenant les principes de l'Etat de droit, ou l'article 16 Cst., dédié à la liberté d'expression.²³³⁸ 1002

La situation est analogue au niveau cantonal.²³³⁹ Mentionnons cependant la constitution jurassienne qui contient un article exprès au sujet des fonctionnaires. Selon son article 99 al. 1 Cst./JU, « [t]out fonctionnaire est au service du peuple ». Cet article pourrait constituer selon nous le fondement direct du principe d'intégrité en ce qu'il impose aux agents publics un devoir d'intégrité. En effet, un fonctionnaire qui viole son devoir d'intégrité, de quelque façon que ce soit, n'agit plus « au service du peuple », mais favorise de manière indue ses propres intérêts, les intérêts d'un tiers ou d'un groupement de personnes. Lors des délibérations de l'Assemblée constituante jurassienne, en 1976, le rapporteur responsable avait d'ailleurs fait une allusion allant 1003

²³³⁷ BORGHI, *Fondement*, p. 31.

²³³⁸ Cf. également ci-dessus N 148 ss et ci-dessous N 1096 ss.

²³³⁹ Certaines constitutions cantonales contiennent cependant des articles concernant des problématiques d'intégrité spécifiques que la Constitution fédérale ne contient pas ; nous les avons relevé tout au long de la présente étude (cf. p. ex. N 655 s. ou N 861).

dans ce sens : « [la disposition] indique le rôle que nous entendons assigner à l'administration. Mentionner que cette dernière est au service du peuple peut également paraître paradoxal puisqu'elle n'existe que par et pour le peuple. Toutefois, la vie quotidienne fournit la preuve du bien-fondé de ces préoccupations »²³⁴⁰.

b) *Le principe d'intégrité dans la jurisprudence et dans la doctrine.*

- 1004 Le principe d'intégrité n'a pas non plus été expressément reconnu par les tribunaux fédéraux. Ces derniers ont statué à plusieurs reprises que l'impartialité constituait une « exigence » découlant des garanties procédurales ancrées à l'article 29 Cst.²³⁴¹ Le Tribunal administratif fédéral a en outre fait référence au « bien juridique de l'intégrité »²³⁴².
- 1005 La situation est analogue en doctrine : le thème de l'intégrité y est présenté comme une « exigence » générale à laquelle l'administration publique doit se tenir ; le terme principe n'est cependant pas utilisé à son égard. La publication fondamentale dans ce domaine est la thèse de doctorat de BENJAMIN SCHINDLER. Ce dernier parle d'une exigence d'impartialité d'une portée générale à la charge des agents publics qui impliquerait l'interdiction de se laisser guider par des intérêts indus.²³⁴³ Elle découlerait des principes de l'Etat de droit et serait mise en œuvre par différents outils, notamment les dispositions sur la récusation, sur les incompatibilités ou encore sur les activités accessoires. Sa thèse se concentre ensuite sur le devoir de récusation.²³⁴⁴ FELIX UHLMANN décrit par ailleurs une exigence similaire dans un article sur la neutralité de l'administration. La neutralité – qui correspond pour lui à l'objectivité, l'impartialité et la non-identification avec un groupe particulier – serait une valeur fondamentale pour l'administration publique et servirait à celle-ci de ligne directrice générale.²³⁴⁵ Enfin, DANIELA THURNHERR reprend l'idée d'une exigence générale d'impartialité dans sa thèse d'habilitation. Elle analyse en outre la possibilité de rendre cette exigence justiciable en dehors de la procédure administrative classique ; nous en avons traité plus haut.²³⁴⁶
- 1006 Alors que l'intégrité est considérée comme une simple exigence constitutionnelle en Suisse, l'auteur allemand MICHAEL FEHLING a développé dans sa thèse d'habilitation une théorie de l'impartialité : il qualifie cette dernière de principe constitutionnel à part entière.²³⁴⁷ Ce dernier découlerait avant tout des principes de l'Etat de droit, mais également du principe de la démocratie, des droits fondamentaux et de la dignité humaine.²³⁴⁸ Le principe d'impartialité ne se confondrait pas avec la légalité dans la mesure où tout n'est pas prévu par la loi. L'« éthique publique » serait donc l'élément garantissant le respect de cette idée de justice même là – ou surtout là – où le principe

²³⁴⁰ Cf. Journal officiel de l'Assemblée constituante de la République et Canton du Jura, n° 11 du 7 mars 1977, p. 33.

²³⁴¹ Cf. ci-dessus N 967 ss.

²³⁴² Arrêt du TAF du 9 juillet 2008, A-8114/2007, c. 5.1.

²³⁴³ SCHINDLER, Befangenheit, p. 79 s.

²³⁴⁴ SCHINDLER, Befangenheit, p. 79 ss.

²³⁴⁵ UHLMANN, Neutralität, p. 222 ss.

²³⁴⁶ Cf. ci-dessus N 668 s.

²³⁴⁷ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 241.

²³⁴⁸ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 236 ss.

de la légalité se révèle insuffisant.²³⁴⁹ Le principe d'impartialité exigerait des agents publics d'être impartial et intègre ; le devoir de récusation en forme le noyau dur. Hormis le devoir de récusation qui est une règle absolue, le législateur dispose d'une large marge de manœuvre pour mettre en œuvre le principe d'impartialité.²³⁵⁰ Les mesures garantissant l'impartialité seraient particulièrement importantes dans les domaines où l'administration publique jouit de marges de manœuvre considérables, entre autres parce que l'effectivité du contrôle judiciaire est réduite dans ces domaines.²³⁵¹

L'intégrité ou l'impartialité est en outre qualifiée de principe constitutionnel dans les ordres juridiques où cette exigence est inscrite dans la constitution. Nous reviendrons plus loin sur le cas italien, qui en constitue un exemple.²³⁵² 1007

c) *Conclusion intermédiaire*

L'intégrité – ou des concepts proches, voire identiques, tels que l'impartialité – est considérée actuellement dans l'ordre juridique suisse comme une « exigence » générale, découlant des garanties procédurales de l'article 29 Cst. Elle n'a été qualifiée de principe ni par les tribunaux ni par la doctrine. Nous démontrerons dans ce qui suit qu'une telle qualification se justifie. 1008

2. L'intégrité dans la réalité juridique et sociétale (l'approche réaliste)

Comme expliqué précédemment, nous avons mis l'accent sur l'approche réaliste dans le cadre de la présente étude. Au chapitre 3, nous avons présenté le contexte économique et administratif et dans les chapitres 4 à 8, nous avons recensé et analysé les mesures et dispositions en matière d'intégrité. Dans ce qui suit, nous résumerons brièvement la nouvelle réalité économique et administrative (a), la nouvelle réalité juridique au niveau international (b) et la nouvelle réalité juridique au niveau interne (c), et montrerons que l'émergence et la reconnaissance d'un principe d'intégrité correspondent à ces dernières. 1009

a) *Une nouvelle réalité économique et administrative*

Dans le chapitre 3 consacré à l'impact des transformations récentes de l'administration publique sur l'intégrité, nous avons traité des diverses réformes administratives, et notamment de l'évolution de l'administration vers une administration de gestion, des privatisations et de la décentralisation de l'administration publique ainsi que des réformes intervenues dans le cadre du mouvement de la NGP.²³⁵³ En d'autres termes, 1010

²³⁴⁹ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 250.

²³⁵⁰ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 240 s., 344 et 447.

²³⁵¹ FEHLING, Unparteilichkeit, p. 237.

²³⁵² Cf. ci-dessous N 1072 ss.

²³⁵³ Cf. ci-dessus § 3.

nous avons montré qu'il existe une tendance vers une « managérialisation » ou « Ökonomisierung » de l'administration publique.²³⁵⁴ Dans un deuxième temps, nous avons montré que ce développement a mené à une hybridation des valeurs traditionnelles du service public ainsi qu'à l'enchevêtrement croissant des sphères privée et publique.²³⁵⁵

1011 Nous observons donc que le contexte administratif a subi des transformations fondamentales au cours des dernières décennies. La nouvelle réalité administrative est fortement influencée par les mécanismes économiques et est orientée vers les résultats. L'administration publique et les gouvernements doivent donc s'adapter à cette nouvelle donne. L'intégrité a été identifiée comme l'un des moyens aptes à contrebalancer les récentes transformations et à concilier les nouvelles exigences économiques avec les valeurs wébériennes traditionnelles.²³⁵⁶

b) Une nouvelle réalité juridique au niveau international

1012 Dans le chapitre 4, nous avons démontré que depuis un peu plus de deux décennies, l'activité législative au niveau international concernant la prévention de la corruption et la promotion de l'intégrité a fortement progressé. Les efforts de lutte contre la corruption se sont multipliés : toutes les organisations internationales majeures se sont emparées de la problématique, au point qu'il existe aujourd'hui d'innombrables normes internationales à ce sujet.²³⁵⁷ Les organisations internationales ont adopté non seulement des conventions internationales mais également de nombreux actes de droit souple, notamment des recommandations et résolutions. Les organisations internationales ont également mis en place des mécanismes de contrôle, généralement sous forme d'examen par les pairs, pour mettre en œuvre les standards internationaux ainsi que pour contrôler la bonne application de ces derniers.²³⁵⁸ Ces mécanismes ont en outre conduit au développement de bonnes pratiques en matière de promotion de l'intégrité.

1013 Rappelons à cet égard le tournant observé, à partir des années 1990, dans l'analyse et le traitement de la corruption et de ses sujets annexes. En effet, la corruption était considérée jusqu'alors comme une affaire étatique purement interne. Ce n'est que dans le contexte de la globalisation que l'on a reconnu au niveau international que la corruption constituait l'un des plus grands obstacles au développement et à la croissance économique et une menace pour les Etats démocratiques et la protection des droits fondamentaux.²³⁵⁹

1014 La réalité juridique internationale en matière de lutte contre la corruption et de promotion de l'intégrité a donc fondamentalement changé au cours des dernières décennies.

²³⁵⁴ Cf. ci-dessus N 90 ss et également MÜLLER, Ökonomisierung.

²³⁵⁵ Cf. ci-dessus N 104 ss.

²³⁵⁶ Cf. ci-dessus N 114 ss.

²³⁵⁷ Cf. ci-dessus § 4.

²³⁵⁸ Cf. ci-dessus, pour le GRECO, N 135 ss.

²³⁵⁹ Cf. ci-dessus N 124 ss.

c) *Une nouvelle réalité juridique au niveau interne*

Le nouveau contexte international a eu des répercussions directes sur le législateur suisse, qui a révisé et adopté de nombreuses législations pour mettre l'ordre juridique suisse en conformité avec les conventions et recommandations internationales en la matière.²³⁶⁰ Ainsi, de nouvelles règles de comportement se sont ajoutées aux normes existantes, la législation en matière de transparence s'est développée, l'alerte éthique a été institutionnalisée et diverses mesures de prévention de la corruption ont été mises en place au niveau fédéral. Nous avons analysé ces mesures dans les chapitres 5 à 8. 1015

Au-delà de l'adoption de ces mesures, le tournant observé au niveau international dans l'analyse et le traitement de la corruption s'est manifesté également en Suisse. Il apparaît particulièrement clairement dans la révision du droit pénal de la corruption entrée en vigueur en 2000. Tandis que celui-ci était considéré auparavant comme un « droit disciplinaire pénal » et donc comme une législation focalisant avant tout sur la répression des agents publics « désobéissants »²³⁶¹, le bien juridique protégé est désormais l'Etat lui-même ainsi que sa réputation. Le but premier du droit pénal de la corruption révisé est le maintien de la confiance que portent les citoyens aux institutions étatiques. 1016

Mentionnons également le concept de la « double obligation de loyauté », dont il a été question lors des deux révisions de la LPers et que les tribunaux fédéraux utilisent de plus en plus souvent dans leur jurisprudence.²³⁶² Ce concept exprime l'idée fondamentale selon laquelle l'agent public est tenu de sauvegarder non seulement les intérêts de l'Etat en tant qu'employeur mais également les intérêts de l'Etat au sens large. En d'autres termes, les agents publics sont responsables non seulement à l'égard de l'Etat en tant qu'employeur, mais également vis-à-vis de l'Etat représentant les administrés dans leur globalité. On s'éloigne donc d'une conception étroite de « fidélité au roi » au profit d'une conception plus large de « fidélité aux citoyens », « fidélité à la communauté » ou encore de « fidélité à l'intérêt public ». 1017

En conclusion, nous retiendrons qu'à l'instar de la réalité économique et administrative et de la réalité juridique internationale, la réalité juridique interne a subi des transformations importantes au cours des dernières décennies. 1018

d) *Conclusion : le rôle déterminant de l'intégrité dans cette nouvelle réalité*

Il ressort de l'analyse du contexte administratif, économique et surtout juridique que l'administration publique, ainsi que les citoyens et donc la société tout entière, sont confrontés à une nouvelle réalité. Les problématiques qui se sont posées dans ce nouveau contexte ont en partie été abordées ou même résolues en mettant un accent plus fort sur le concept d'intégrité. Avec la reconnaissance d'un principe constitutionnel d'intégrité, on intégrerait donc cette nouvelle donne dans l'ordre juridique. 1019

²³⁶⁰ Cf. ci-dessus N 148 ss.

²³⁶¹ Cf. FF 1999 5053 (Message modification CP 1999).

²³⁶² Cf. ci-dessus N 207 ss.

3. L'intégrité et l'Etat de droit démocratique (l'approche constitutionnelle)

1020 Dans ce qui suit, nous nous efforcerons de démontrer que l'intégrité constitue une concrétisation des principes de l'Etat de droit expressément mentionnés dans la Constitution et qu'elle doit être considérée comme une valeur fondamentale et transversale de l'ordre juridique.²³⁶³ Pour ce faire, nous analyserons d'abord la place de l'intégrité dans la conception classique de l'Etat de droit démocratique (a). Nous énumérerons ensuite quelques éléments qui montrent que cette conception classique est dépassée (b). Enfin, nous démontrerons que l'intégrité est devenue un élément important dans l'Etat de droit démocratique du 21^e siècle (c), et concluons que l'intégrité est une concrétisation des principes constitutionnels existants (d).

a) *La place de l'intégrité dans la conception classique de l'Etat de droit démocratique*

i. La conception classique de l'Etat de droit démocratique

1021 Le concept de l'Etat de droit vise à assurer que toutes les activités étatiques soient régies par le droit et non par le pouvoir arbitraire.²³⁶⁴ Dès lors que l'Etat est un concept abstrait et non personnifié, il doit forcément être représenté, dans toutes ses activités, par des êtres humains. En d'autres termes, l'Etat ne peut agir qu'à travers les actes d'êtres humains. Or, les êtres humains – ou du moins les princes au pouvoir à l'époque où la conception classique a été développée – agiraient de manière arbitraire selon la conception sous-jacente aux principes de l'Etat de droit.²³⁶⁵ L'Etat de droit cherche donc à éliminer l'arbitraire de la gouvernance d'un Etat par l'instrument de la loi, générale et abstraite.²³⁶⁶

1022 Parmi les divers principes appartenant au concept de l'Etat de droit, le principe de la légalité occupe une place privilégiée. Les autorités étatiques sont tenues de le respecter dans toutes leurs activités : le pouvoir étatique ne peut être exercé que dans les limites de la loi. Selon les termes de la Constitution fédérale, « le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat »²³⁶⁷. Il découle de cette formule que les autorités étatiques sont tenues de respecter la loi lorsqu'elles agissent (primauté de la loi) et ne peuvent agir que lorsque la loi le prévoit (exigence de la base légale).²³⁶⁸

1023 Le principe de la légalité est étroitement lié au principe de la séparation des pouvoirs, selon lequel le pouvoir étatique est divisé en un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire. Chacun des pouvoirs a une fonction spécifique – légiférer, exécuter ou juger – au sein de l'Etat et dispose à cette fin de son propre personnel.

²³⁶³ Cf. ci-dessus N 993 ss pour l'approche constitutionnelle.

²³⁶⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, p. 87. Cf. également MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 651, et MOOR, Théorie, p. 27 ss. Cf., pour les différentes conceptions de l'Etat de droit, notamment le *Rechtsstaat* allemand, la *Rule of Law* britannique et l'Etat de droit français, CHEVALIER, Administration, p. 59 ss.

²³⁶⁵ Cf. p. ex. MOOR, Théorie, p. 37 ss et 147.

²³⁶⁶ KIRCHHOF, Unbefangenheit, p. 371 ; cf. également TSCHANNEN, Systeme, p. 44.

²³⁶⁷ Art. 5 al. 1 Cst.

²³⁶⁸ Cf. p. ex. MOOR, Théorie, p. 39 ss.

Ainsi, les personnes qui adoptent les lois ne les appliquent pas et ne jugent pas non plus de la bonne application de ces dernières. On retrouve ici le principe de la légalité qui a une fonction de charnière entre le pouvoir législatif et les pouvoirs exécutif et judiciaire. La mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs exige en outre un certain équilibre entre les pouvoirs : « [u]ne séparation des pouvoirs dominée, voire écrasée par un organe serait largement factice »²³⁶⁹.

Cette vision est complétée par le principe de la démocratie, qui confère à la loi sa légitimité première. Conformément à ce principe, le pouvoir étatique doit trouver son fondement dans la volonté du peuple.²³⁷⁰ Vu que le peuple ne peut pas exercer lui-même tout pouvoir étatique, il délègue une grande partie des compétences à d'autres organes qui exercent ensuite le pouvoir étatique en son nom. Les modalités de cette délégation de compétences constituent l'aménagement concret du principe démocratique et varient d'un ordre juridique à l'autre. 1024

Mentionnons encore brièvement les autres principes de l'Etat de droit. Selon le principe de l'intérêt public, une activité étatique doit être motivée par la réalisation d'un intérêt public.²³⁷¹ De même, le principe de l'interdiction de l'arbitraire vise à empêcher que les agents publics se basent sur des normes arbitraires ou les appliquent de manière fantaisiste.²³⁷² L'égalité de traitement exige que les situations similaires soient traitées de manière similaire et les situations différentes de manière différente.²³⁷³ Enfin, la garantie des autres droits fondamentaux est également considérée comme une composante essentielle de l'Etat de droit.²³⁷⁴ 1025

Dans leur réalisation idéale, les principes que nous venons d'exposer garantissent l'exercice juste et démocratique du pouvoir étatique en évacuant tout élément d'arbitraire.²³⁷⁵ Le pouvoir exécutif, plutôt que de décider lui-même, doit se tenir aux solutions inscrites dans la loi ; il ne fait donc qu'exécuter – une activité considérée dans la conception classique de l'Etat de droit comme purement mécanique, ne laissant que peu de choix, voire aucun, aux gouverneurs et administrateurs.²³⁷⁶ 1026

ii. La place de l'intégrité

L'intégrité de l'administration publique est assurée, dans la conception classique de l'Etat de droit démocratique, par le respect des principes de l'Etat de droit. En effet, le système fonctionne parfaitement si les administrateurs appliquent fidèlement la loi démocratiquement adoptée. Dans la mesure où ils n'ont pas de pouvoir d'appréciation, la question d'une éventuelle influence induite d'intérêts privés ne se pose pas. En effet, une telle influence induite équivaudrait à chaque fois à une violation de la loi. 1027

²³⁶⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 440.

²³⁷⁰ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel I, N 617 ss.

²³⁷¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 756. Cf. également ci-dessus N 952 ss.

²³⁷² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 893.

²³⁷³ Cf. p. ex. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel II, p. 474 ss.

²³⁷⁴ CHEVALIER, Administration, p. 64.

²³⁷⁵ MOOR, Théorie, p. 33 ss.

²³⁷⁶ Cf. également ci-dessus N 81 ss pour le modèle wébérien.

1028 Le développement de la conception de l'Etat de droit démocratique est donc fortement lié à l'objectif d'une administration publique intègre. D'un point de vue historique, la lutte contre l'influence induite d'intérêts privés représente en effet la lutte pour la mise en œuvre de l'Etat de droit.²³⁷⁷

b) *Le dépassement de la conception classique*

1029 Cette conception classique de l'Etat de droit démocratique ne correspond cependant pas à la réalité étatique et administrative – cela n'a d'ailleurs jamais été le cas.²³⁷⁸ Plusieurs développements de l'administration publique et du droit administratif ont conduit à un affaiblissement du principe de la légalité tel qu'il a été conçu à l'origine.²³⁷⁹ Nous illustrerons cette évolution en traitant brièvement de la montée en puissance de l'administration publique (i.), de la diminution de la densité normative (ii.), de l'importance croissante de l'activité informelle de l'administration publique (iii.), ainsi que du développement du principe d'efficacité (iv.).

i. La montée en puissance de l'administration publique

1030 Nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises l'expansion de l'administration publique au cours du 20^e siècle, qui est notamment liée à l'émergence de l'administration de prestation.²³⁸⁰ Cette transformation est évidente lorsqu'on analyse le nombre d'agents publics de l'administration fédérale : alors qu'en 1938, ce chiffre était de 6'450, l'administration fédérale comptait en 2016 un effectif de plus de 34'000 agents.²³⁸¹ La transformation se remarque également en analysant les fonctions exercées par l'administration fédérale.²³⁸² En effet, celle-ci – qui n'est du reste pas l'un des trois pouvoirs classiques – assume non seulement des fonctions exécutives, mais remplit également de nombreuses fonctions judiciaires et élabore et adopte des actes généraux et abstraits. La grande majorité des règles générales et abstraites adoptées aujourd'hui sont issues du pouvoir exécutif.²³⁸³ Ainsi, l'importance et le pouvoir de l'administration publique ont augmenté alors que l'influence des autres pouvoirs, avant tout le pouvoir législatif, a diminué. Il existe aujourd'hui un déséquilibre marqué entre les pouvoirs : les parlements et les tribunaux se retrouvent face à des administrations publiques vastes et puissantes.²³⁸⁴

²³⁷⁷ KIRCHHOF, Unbefangenheit, p. 371, et FEHLING, Unparteilichkeit, p. 5.

²³⁷⁸ MOOR, Théorie, p. 35. Cf. également SCHINDLER, Ethisierung, N 2 ss.

²³⁷⁹ Peut-être qu'il ne s'agit même pas de « développements » : le droit a peut-être toujours été souple, mou et flexible, cf. MOOR, Théorie, p. 80.

²³⁸⁰ Cf. ci-dessus N 90 ss.

²³⁸¹ BIAGGINI, Art. 178, p. 1345. Mentionnons que dans le même laps de temps, la population résidente a doublé (4'235'430 en 1938 et 8'419'500 en 2016, cf. le bilan de la population résidente permanente, 1861-2017, de l'Office fédéral de la statistique, bfs.admin.ch). De même, la quote-part de l'Etat dans le produit national brut s'est considérablement accrue, cf. MOOR, Théorie, p. 92.

²³⁸² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 528 ss. Cf. également CASSESE, Manifesto, p. 608 s.

²³⁸³ Environ 80% des actes législatifs fédéraux sont des ordonnances du pouvoir exécutif, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, N 1588.

²³⁸⁴ Cf. ENGI, Gesetzmässigkeit, p. 17.

Il est intéressant de noter que cette montée en puissance de l'administration publique ne ressort pas ou que très peu de la Constitution fédérale – en dépit du fait que cette dernière ait été révisée en 1999. Certes, parmi les autorités fédérales listées au Titre 5, l'administration fédérale est désormais expressément citée, ce qui n'était le cas ni dans la Constitution fédérale de 1874, ni dans celle de 1848.²³⁸⁵ La seule disposition dédiée à l'administration, l'article 178 Cst., traite cependant avant tout du rapport entre le Conseil fédéral et l'administration fédérale.²³⁸⁶ Son alinéa 3 évoque la possibilité pour le Parlement fédéral de confier des tâches publiques à des personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration fédérale. La Constitution fédérale ne nous donne donc que très peu d'informations sur l'organe qui a été reconnue par certains comme le « quatrième pouvoir » de l'Etat moderne.²³⁸⁷

Du point de vue du principe de la démocratie, ce développement apparaît délicat, dès lors que les agents publics au service de l'administration ne sont pas élus par le peuple, ni directement ni indirectement. Or, ils ont de nombreuses fonctions législatives, exécutives et judiciaires et disposent ce faisant de toujours plus de compétences discrétionnaires comme nous le verrons plus loin. De plus, contrairement aux lois formelles qui sont non seulement adoptées par des personnes élues par le peuple, mais également sujettes, voire soumises au référendum populaire, les actes normatifs et autres actes juridiques de l'administration ne sont généralement pas sujets au référendum.²³⁸⁸ On peut donc constater que « [l']administration et l'activité administrative échappent quelque peu aux attributions du corps électoral »²³⁸⁹.

1031

ii. La diminution de la densité normative

La diminution de la densité de la loi formelle représente quant à elle une évolution incisive pour le principe de la légalité.²³⁹⁰ La perte de densité de la loi est liée tant à la transformation de l'administration en une administration de prestation qu'à l'avènement de l'administration de gestion.²³⁹¹ Les tâches de gestion qu'assume l'administration aujourd'hui nécessitent « rapidité, adaptabilité, technicité, coordination »²³⁹². La logique de la règle de droit classique est cependant caractérisée par des éléments tels que la prévisibilité, la stabilité ou encore la précision. Il s'ensuit que la règle de droit

1032

²³⁸⁵ Cf. le titre du Chapitre 3 du Titre 5 de la Constitution fédérale (« Conseil fédéral et administration fédérale ») et l'art. 178 Cst.

²³⁸⁶ Cf. à propos d'une réinterprétation de l'article 178 Cst. ci-dessous N 1116.

²³⁸⁷ Selon MARKUS MÜLLER, l'administration serait désormais reconnue *de facto* comme « quatrième pouvoir » de l'Etat, cf. MÜLLER, Art. 178, N 2. Cf. à propos de cette qualification l'opinion dissidente du Justice Robert Jackson dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470 (1952), p. 487 : « The rise of administrative bodies probably has been the most significant legal trend of the last century, and perhaps more values today are affected by their decisions than by those of the courts, review of administrative decisions apart. They also have begun to have important consequences on personal rights. [...] They have become a veritable fourth branch of the Government, which has deranged our three-branch legal theories as much as the concept of a fourth dimension unsettles our three-dimensional thinking ».

²³⁸⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 579. Au niveau cantonal, le manque de démocratie est compensé dans une certaine mesure par le référendum administratif, p. 592 ss.

²³⁸⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 579.

²³⁹⁰ FLÜCKIGER, Efficacité, p. 93.

²³⁹¹ Cf. pour ces développements ci-dessus N 90 ss.

²³⁹² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 447.

classique ne constitue plus un moyen adéquat dans l'administration d'aujourd'hui. Ce n'est qu'en perdant de sa densité – et donc de son « impérativité »²³⁹³ –, que la norme juridique redevient un instrument adapté dans un environnement administratif marqué par la rapidité, la flexibilité et la difficulté de généraliser des situations. Mais alors, elle n'est plus « ni générale, ni abstraite, ni permanente »²³⁹⁴.

PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER et VINCENT MARTENET décrivent l'évolution vers une diminution de la densité normative de manière suivante : « [La diminution de la densité normative désigne] la perte de substance dont souffrent beaucoup de normes, si bien qu'il ne suffit plus de lire ces dernières pour les comprendre, et encore moins pour savoir à l'avance quelle va être leur application. Elles ne prescrivent plus, elles *ne prescrivent plus*. Elles ne pré-déterminent plus de manière précise l'activité administrative qu'elles régissent. Elles lui assignent des limites, lui posent des objectifs, en fixent le cadre, en aménagent la liberté. »²³⁹⁵.

Selon ces auteurs, une grande partie des activités de l'administration publique au 21^e siècle ne sont plus normatives, ou sont « non-normables »²³⁹⁶, et leur exercice « ne peut se ramener à l'exécution d'une norme »²³⁹⁷. La réalité de ces activités est parfois tellement concrète « qu'elles échappent à toute description générale/abstraite »²³⁹⁸, et se déroulent dans des circonstances non reproductibles telles quelles. Or, « seul ce qui peut être reproduit peut se retrouver dans l'abstrait sans perdre son essence »²³⁹⁹.

1033 La diminution de la densité normative se manifeste dans les normes ouvertes, des normes contenant des éléments dont la portée juridique dépend des circonstances concrètes.²⁴⁰⁰ A la simple lecture d'une telle norme, il n'est pas possible de prévoir comment elle sera appliquée. Les normes ouvertes confèrent à celui qui les applique une marge de manœuvre « qualifiée » qui va au-delà de ce qui est usuel dans l'application de normes générales et abstraites.²⁴⁰¹ Mentionnons également les normes programmatiques qui prévoient des objectifs à atteindre et non un état de fait et des conséquences juridiques.

1034 La diminution de la densité normative et, partant, l'augmentation de la marge de manœuvre de l'administration publique affaiblit la légitimité démocratique de l'activité de l'administration publique.²⁴⁰² Les parlementaires ont moins d'influence directe sur l'activité administrative dès lors qu'une loi d'une densité normative faible, bien que démocratiquement adoptée, ne pose que le cadre général, sans qu'il soit réellement possible de prévoir comment elle sera appliquée. Ce développement signifie que « la

²³⁹³ MOOR, *Théorie*, p. 39.

²³⁹⁴ Citation de GEORGES BURDEAU, reprise chez ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 88.

²³⁹⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 448.

²³⁹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 607.

²³⁹⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 607.

²³⁹⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 607.

²³⁹⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 607.

²⁴⁰⁰ TSCHANNEN, *Systeme*, p. 57 ; MOOR, *Théorie*, p. 62 ss.

²⁴⁰¹ TSCHANNEN, *Systeme*, p. 57.

²⁴⁰² FLÜCKIGER, *Efficacité*, p. 93.

dimension politique resurgit là d'où on pensait l'avoir évacuée, c'est-à-dire dans l'administration »²⁴⁰³. Lorsqu'une loi ne présente qu'une faible densité normative, elle n'est plus entièrement apte à légitimer l'exercice concret du pouvoir étatique. En d'autres termes, la diminution de la densité normative entraîne une diminution de la légitimité démocratique classique.

iii. L'importance croissante de l'activité informelle

L'importance croissante de l'activité informelle de l'administration publique est un autre développement marquant.²⁴⁰⁴ Elle est étroitement liée à la diminution de la densité normative.²⁴⁰⁵ Par rapport aux normes ouvertes, l'activité informelle est l'étape suivante : les activités administratives à exécuter sont à ce point non-normables que les instruments unilatéraux et impératifs apparaissent inaptes, même dans la forme diluée des normes ouvertes, à réaliser les tâches publiques. En d'autres termes, l'activité informelle se déroule (quasi) entièrement en dehors de la structure classique du principe de la légalité.²⁴⁰⁶ Plutôt que d'imposer des solutions aux administrés, l'administration publique collabore avec ces derniers, les informe, les incite, négocie avec eux ou adopte des recommandations les concernant ;²⁴⁰⁷ plutôt que de s'insérer dans la structure rigide de la loi, l'administration publique agit de manière souple, flexible, consensuelle, réflexive, et se considère comme partenaire de l'administré.²⁴⁰⁸ En bref, le droit dur est remplacé par du droit souple, du « fließendes Recht »²⁴⁰⁹.

1035

L'activité informelle englobe toutes les « interventions étatiques qui passent [...] par d'autres instruments que la norme et la décision »²⁴¹⁰. Par l'activité informelle, l'administration publique vise à obtenir un certain comportement de la part des administrés ou d'autres acteurs administratifs, sans devoir recourir aux instruments formels classiques et notamment à la décision.²⁴¹¹ L'activité informelle se caractérise par son aspect coopératif et son aspect non juridique.²⁴¹² Parmi les instruments de l'activité informelle, on peut citer notamment les négociations préliminaires, les *gentlemen's agreements*, la médiation ou encore les recommandations.²⁴¹³

1036

²⁴⁰³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 607.

²⁴⁰⁴ TANQUEREL, Manuel, N 671.

²⁴⁰⁵ Cf. p. ex. CASSESE, Manifesto, p. 610.

²⁴⁰⁶ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 54 ; HÖSLI, Verfahrensbeschleunigung, p. 14 ss.

²⁴⁰⁷ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 54. Cf., pour des exemples et des distinctions, HÖSLI, Verfahrensbeschleunigung, p. 18 ss et 28 ss.

²⁴⁰⁸ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 54 ; QUELOZ/BORGHINI/CESONI, Processus, p. 241 ; TANQUEREL, Manuel, N 670.

²⁴⁰⁹ QUELOZ/BORGHINI/CESONI, Processus, p. 241.

²⁴¹⁰ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 56. Cf. également TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 384 s.

²⁴¹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1422.

²⁴¹² MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 58. Cf. cependant HÖSLI, Verfahrensbeschleunigung, p. 19 ss, qui distingue l'activité informelle unilatérale de l'activité informelle bilatérale.

²⁴¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1422.

- 1037 L'activité informelle comme mode d'action présente avant tout les avantages de la rapidité et de la flexibilité.²⁴¹⁴ Les solutions obtenues à travers l'activité informelle seraient en outre mieux acceptées et intégrées par les administrés.²⁴¹⁵ L'activité informelle comporte cependant des risques dont le plus grand est la prise en compte indue d'intérêts privés dans l'exécution de tâches publiques. En effet, puisque les critères à prendre en compte ne sont pas déterminés par la loi, l'arbitrage entre les intérêts en cause se fait selon la configuration particulière de chaque cas.²⁴¹⁶ On ne peut ainsi pas exclure que l'une des parties, et notamment l'administré, dicte ses conditions à l'autre. Dans un tel scénario, la logique juridique classique est donc non seulement transgressée, mais elle est même renversée : dans les processus négociés, l'administré, en raison d'une position économique forte, impose ses solutions à l'administration publique – solutions, qui dans le pire des cas, ont pour objet d'é luder la loi.²⁴¹⁷ L'exécution des tâches publiques est donc potentiellement influencée, voire déterminée exclusivement, par les intérêts privés des administrés. Il se peut également qu'une entité de l'administration publique, sans forcément y être contrainte par un administré, choisisse une solution favorisant ses propres intérêts (économiques) plutôt que de faire prévaloir l'intérêt public plus général, notamment en se fondant sur des motifs d'efficacité.²⁴¹⁸ En outre, n'étant pas ou que partiellement soumise aux exigences de publicité et aux procédures juridiques de contrôle, l'activité informelle n'est souvent que peu transparente.²⁴¹⁹ Notons enfin que même dans le cas des processus où une phase formelle suit une phase informelle, la décision au fond est souvent sinon prise, du moins fortement prédéterminée par la phase informelle ; l'activité informelle sera donc souvent formalisée dans le cadre d'une procédure administrative, sans que les autorités reviennent effectivement sur le fond de la problématique.²⁴²⁰
- 1038 En résumé, l'activité informelle se déroule en dehors de la structure juridico-administrative classique. Les mécanismes de la conception classique décrite ci-dessus ne s'appliquent pas : la loi ne jouant pas de rôle ou qu'un rôle mineur dans l'activité informelle, elle ne peut pas non plus légitimer l'activité administrative.²⁴²¹ Lorsque l'administration agit de manière informelle, la légitimité démocratique s'en trouve en conséquence affaiblie.

iv. Le développement d'un principe d'efficacité

- 1039 Enfin, depuis quelques décennies, l'exigence d'efficacité²⁴²² des mesures étatiques a gagné en importance. Alors que ce concept trouve son origine dans les sciences économiques, il est désormais entré dans le droit positif, au point que l'on parle du principe

²⁴¹⁴ HÖSLI, *Verfahrensbeschleunigung*, p. 69 ss.

²⁴¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, N 1424.

²⁴¹⁶ MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 59 ; HÖSLI, *Verfahrensbeschleunigung*, p. 77 s.

²⁴¹⁷ MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 60 ; QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 241.

²⁴¹⁸ QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus*, p. 241.

²⁴¹⁹ MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 60.

²⁴²⁰ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 75. C'est souvent le cas dans le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions, voir ci-dessus N 636 ss.

²⁴²¹ MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 62.

²⁴²² Nous faisons ici référence à l'efficacité au sens large, englobant les trois sous-principes l'efficacité au sens étroit, l'effectivité et l'efficience. Cf., à ce sujet, FLÜCKIGER, *Efficacité*, p. 95 ss.

d'efficacité auquel l'activité étatique doit satisfaire.²⁴²³ L'application-type du principe d'efficacité en droit est l'instauration de procédures d'évaluation des législations et des politiques publiques.²⁴²⁴ Comparé aux principes classiques de l'Etat de droit, le principe d'efficacité s'inscrit dans une logique différente : on ne s'intéresse pas à la conformité d'une mesure à la loi, mais à la relation entre les objectifs fixés, les moyens investis et les effets atteints par la mesure en question.²⁴²⁵ Si cette relation est positive, si les résultats sont atteints « avec la meilleure utilisation des ressources »²⁴²⁶, la mesure satisfait au principe d'efficacité. Une légitimité par les résultats s'est donc ajoutée à la légitimité classique de l'Etat de droit fondée sur le principe de la légalité.²⁴²⁷

Du fait de leurs valeurs sous-jacentes très différentes, les principes de l'Etat de droit et le principe d'efficacité peuvent se trouver en opposition : les premiers mettent l'accent sur la prévisibilité et la sécurité du droit et de l'action administrative, alors que le deuxième préconise l'aboutissement des mesures étatiques.²⁴²⁸ Le concours de ces deux logiques peut être positif : une évaluation peut mener à une révision améliorant une loi.²⁴²⁹ Cependant, l'application d'une logique d'efficacité aux activités étatiques peut également être problématique, notamment en cas de larges marges de manœuvre. En effet, si lors de l'application d'une loi de faible densité, l'administrateur est guidé exclusivement par une logique d'efficacité, l'Etat de droit et notamment l'égalité de traitement peuvent être négligés.

1040

v. Conclusion intermédiaire : le principe de la légalité n'est plus apte à légitimer à lui seul l'activité administrative

Dans l'ensemble, les transformations décrites dans ce qui précède ont eu un fort impact sur l'interaction entre les principes de la légalité, de la séparation des pouvoirs et de la démocratie. Il apparaît que les administrations publiques – au nom de la flexibilité, de la rapidité et de la souplesse – ont des marges d'interprétation, de manœuvre et d'action plus larges. Les administrations publiques se basant moins sur des lois générales et abstraites, formulées clairement et de manière précise, la légitimité démocratique classique d'une partie croissante des activités administratives est en diminution. Le respect du principe de la légalité n'est donc plus à même – ou du moins plus à même à lui seul – de légitimer l'activité administrative :²⁴³⁰ « la fonction rigidement défensive de la loi que l'Etat de droit [...] oppose à « l'instinct despotique » [...] s'estompe et les

1041

²⁴²³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 31 ss. Cf. également ci-dessus N 97 ss.

²⁴²⁴ Cf. l'art. 170 Cst. et FLÜCKIGER, Efficacité, p. 98 s. ; CHEVALIER, Administration, p. 102 ss. La violation du principe d'efficacité n'est donc pas sanctionnée par un juge, mais mise en évidence par une évaluation.

²⁴²⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 32 ; MOOR, Théorie, p. 49 s. ; CHEVALIER, Administration, p. 100 ss et 247 ss.

²⁴²⁶ CHEVALIER, Administration, p. 107.

²⁴²⁷ FLÜCKIGER, Efficacité, p. 93 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 678 ; CHEVALIER, Administration, p. 91 ss ; SCHINDLER, Ethisierung, N 12. Certains semblent même affirmer que la légitimité par les résultats s'est substituée à la légitimité classique, voir la citation de JACQUES CHEVALIER chez FLÜCKIGER, Efficacité, p. 109, ou MOOR, Théorie, p. 95.

²⁴²⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 8. Cf. également, pour le contexte européen, CHEVALIER, Administration, p. 254 ss.

²⁴²⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 32.

²⁴³⁰ FLÜCKIGER, Efficacité, p. 93 ; CHEVALIER, Administration, p. 84 s.

autorités sont exposées au pouvoir, voire aux pressions de ces milieux privés soit au moment de l'élaboration de la loi, soit surtout dans le cadre de son application »²⁴³¹.

c) *L'intégrité comme élément de l'Etat de droit démocratique au 21^e siècle*

1042 Le dépassement de la conception classique de l'Etat de droit démocratique a été étudié par la doctrine juridique, mais également par les législateurs. Il existe plusieurs mécanismes pour compenser cette perte de légitimité, par exemple le renforcement des dispositions de procédure, l'institution de nouveaux moyens de contrôle de l'administration publique, la transparence de l'administration ou encore la participation démocratique dans les processus administratifs.²⁴³²

1043 Les développements susmentionnés ont également des répercussions sur l'intégrité de l'administration publique. Alors qu'elle est, d'un point de vue purement théorique, garantie dans la conception classique par le jeu des différents principes de base, le seul respect de ceux-ci ne mène plus automatiquement à une administration publique intègre. Un auteur affirme à cet égard que « [l]e modèle de l'Etat de droit, par ses mécanismes autorégulateurs traditionnels, n'est pas à même de combattre efficacement la corruption, à cause du caractère secret, de l'inégalité des armes entre les pouvoirs publics et la force économique et stratégique des corrupteurs et enfin du fait que l'Etat est soumis à des contraintes liées aux exigences de procédure fondées sur l'habeas corpus »²⁴³³.

1044 A notre avis, les mesures promouvant l'intégrité de l'administration publique comptent également parmi les compensations à la perte de légitimité. Celles-ci visent le même but que les principes classiques de l'Etat de droit, mais complètent ces derniers dans la mesure où le contexte administratif du 21^e siècle a changé. Nous démontrerons dans ce qui suit d'abord en quoi l'exigence d'intégrité peut aller au-delà du principe de la légalité (i.). Nous poursuivrons en discutant du rapport entre l'intégrité et l'efficacité (ii.). Nous terminerons en démontrant que l'intégrité constitue un aspect important de la démocratie du 21^e siècle, en nous fondant sur une théorie développée par PIERRE ROSANVALLON (iii.).

i. *L'intégrité au-delà de la légalité et des garanties de procédure*

1045 Les marges d'interprétation et de manœuvre plus étendues de l'administration publique laissent aux agents publics le choix entre plusieurs solutions conformes à la loi. L'agent public peut se laisser guider par des intérêts et réflexions divers, comme l'efficacité de la mesure à prendre. Une autre réflexion qui devrait à notre avis guider les agents publics dans leurs activités est l'exigence d'intégrité. En effet, préférer l'une plutôt que l'autre solution signifie parfois respecter plus ou moins l'intérêt à une administration publique intègre.

²⁴³¹ BORGHI, *Fondement*, p. 9. Cf. également MOOR, *Théorie*, p. 63 s.

²⁴³² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 450 ss et 683 ss ; cf. également ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 169 ss, CHEVALIER, *Administration*, p. 405, et SCHINDLER, *Ethisierung*, N 13.

²⁴³³ BORGHI, *Fondement*, p. 8.

Les mesures de promotion de l'intégrité que nous avons présentées dans la deuxième partie de cette étude favorisent la prise de décisions en conformité avec l'exigence d'intégrité de l'administration publique. Elles visent à empêcher que des intérêts indus influent sur un processus administratif, non seulement en prévenant les conflits d'intérêts et en excluant les agents publics prévenus de ces processus, mais également en leur fournissant les outils nécessaires pour trouver les solutions les plus adéquates. Les mesures promouvant l'intégrité visent donc à guider les agents publics dans leurs choix quotidiens, notamment lorsqu'ils se trouvent face à des normes à faible densité normative.²⁴³⁴ En ce sens, nous pouvons affirmer que l'intégrité dispose d'un champ d'application allant au-delà du principe de la légalité à chaque fois que la fonction administrative dépasse l'application stricte de la loi.²⁴³⁵ L'intégrité joue également un rôle dans l'organisation de l'administration et d'autres domaines. L'exigence d'intégrité complète dans ces cas le principe de la légalité et les autres principes de l'Etat de droit.²⁴³⁶

1046

Nous avons cité dans la deuxième partie de cette étude plusieurs exemples où les juges ou la commission en question sont arrivés à la conclusion qu'aucune base légale n'a été violée, mais que le protagoniste n'avait pas agi de manière intègre. Tel a notamment été le cas dans l'affaire de pantouflage concernant l'ancien commissaire Barroso²⁴³⁷, dans le cas des liens d'intérêts problématiques de la présidente du conseil d'administration des CFF²⁴³⁸, dans l'affaire des jetons de présence perçus par des conseillers d'Etat de différents cantons²⁴³⁹ ou encore dans l'affaire Hildebrand.²⁴⁴⁰

En revanche, rappelons que le Tribunal administratif fédéral a constaté une violation du devoir de fidélité dans le seul fait qu'un cadre entretenait des relations très étroites avec des entreprises privées.²⁴⁴¹ L'exigence d'intégrité de l'administration publique a été décisive dans ce cas.

On pourrait nous objecter que la prise en compte d'intérêts indus lors des processus administratifs peut être corrigée lors d'un contrôle judiciaire, une mise en œuvre directe du principe de la légalité et des autres principes de l'Etat de droit.²⁴⁴² L'intégrité serait ainsi suffisamment garantie par les divers droits procéduraux, notamment le droit à une autorité impartiale et indépendante. Le système actuel met effectivement l'accent sur la procédure administrative : nous avons vu ci-dessus que le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence importante dans ce domaine.²⁴⁴³ Il est donc vrai que le contrôle judiciaire permet jusqu'à un certain degré de corriger les décisions ayant été prises sur la base d'intérêts indus. Il reste d'ailleurs le mécanisme classique

1047

²⁴³⁴ DAGTOGLOU, *Befangenheit*, p. 77.

²⁴³⁵ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 22.

²⁴³⁶ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 22.

²⁴³⁷ Cf. ci-dessus N 482.

²⁴³⁸ Cf. ci-dessus N 589 s.

²⁴³⁹ Cf. ci-dessus N 368.

²⁴⁴⁰ Cf. ci-dessus N 467.

²⁴⁴¹ Arrêt du TAF du 11 novembre 2014, A-969/2014, c. 5.2.3.

²⁴⁴² Cf. p. ex. CHEVALIER, *Administration*, p. 77 s.

²⁴⁴³ Cf. ci-dessus la jurisprudence concernant le droit à une autorité indépendante et impartiale N 617 ss.

et ordinaire pour assurer la subordination de l'administration au droit.²⁴⁴⁴ Cependant, lorsque l'administration dispose de larges marges de manœuvre, lorsque la procédure administrative ne sert qu'à formaliser une décision prise précédemment de manière informelle ou encore lorsque l'administration publique privilégie tout simplement d'autres modes d'action, le contrôle judiciaire n'est pas toujours le moyen le plus adéquat pour garantir une administration publique intègre.²⁴⁴⁵ Des mesures de prévention de la corruption ou de promotion de l'intégrité, y compris des moyens non-judiciaires de contrôle de l'administration publique, apparaissent comme un moyen complémentaire pour garantir l'Etat de droit démocratique et la bonne administration. Ainsi, alors que le contrôle judiciaire est le recours adéquat contre la mauvaise administration, les mesures préventives constituent le recours adéquat pour instituer une « bonne administration ».²⁴⁴⁶

1048 Enfin, même là où l'administration publique est liée par la loi et où sa marge de manœuvre est par conséquent minimale ou absente, les mesures promouvant l'intégrité remplissent une fonction importante de légitimation de l'administration publique.²⁴⁴⁷ L'intégrité ne se confond donc pas avec les principes classiques de l'Etat de droit et, notamment, le principe de la légalité, mais elle les complète.

ii. L'intégrité comme condition du principe d'efficacité

1049 Comme mentionné plus haut, la logique d'efficacité peut s'avérer problématique lorsqu'elle constitue le seul ou l'un des plus importants points de référence dans l'application d'une loi de faible densité normative.²⁴⁴⁸ L'activité administrative pourrait être trop orientée vers les résultats, voire, au nom de l'efficacité, prendre en compte de manière indue des intérêts privés.²⁴⁴⁹ En prolongement du point précédent, l'intégrité peut, dans de tels scénarios, jouer un rôle important pour contrebalancer la réflexion axée sur l'efficacité.²⁴⁵⁰ L'exigence d'intégrité atténuerait donc les potentiels effets problématiques du principe d'efficacité.

1050 Les deux principes ne sont cependant pas forcément contradictoires. En effet, on peut soutenir que l'exigence d'intégrité constitue une condition de la réalisation du principe d'efficacité : une activité administrative ne serait efficace que si l'exigence d'intégrité est respectée.²⁴⁵¹ Une telle relation complémentaire entre les deux principes se manifeste surtout dans le long terme : tandis qu'à court terme, une administration arbitraire et corrompue peut sembler plus efficace, à long terme une administration intègre garantira souvent la « meilleure utilisation des ressources »²⁴⁵². Ainsi, l'OCDE a démon-

²⁴⁴⁴ CHEVALIER, *Administration*, p. 77.

²⁴⁴⁵ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 506 s.

²⁴⁴⁶ PONCE, *Right*, p. 25 ss ; CHEVALIER, *Administration*, p. 151, qui fait référence à un rapport britannique à ce sujet. Cf. ci-dessous N 1063 ss pour la notion de bonne administration.

²⁴⁴⁷ FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 506 s. Cf. également ci-dessous N 1052 ss.

²⁴⁴⁸ Cf. ci-dessus N 1040.

²⁴⁴⁹ Cf. p. ex. BORGHI, *Fondement*, p. 10, qui qualifie le critère d'efficacité de « criminogène ».

²⁴⁵⁰ BORGHI, *Fondement*, p. 10.

²⁴⁵¹ JANETT, *Ethique*, N 33 ; BERTÒK, *Integrity*, p. 6 ; VANDELLI, *Etica*, p. 14 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 259 ss.

²⁴⁵² CHEVALIER, *Administration*, p. 107.

tré que l'introduction de mesures d'intégrité est une condition de la bonne gouvernance, et donc d'une administration efficace, efficiente et effective.²⁴⁵³ Rappelons également que les conventions et autres instruments internationaux ont été conclus et adoptés à la suite du constat que la corruption constituait un obstacle à la croissance économique et contrevenait donc au principe d'efficacité.²⁴⁵⁴

La complémentarité entre les deux exigences a été observée par Cicéron lorsqu'il a conclu qu'« il n'est jamais utile de mal faire, parce que cela est toujours honteux, et [il] est toujours utile d'être homme de bien, parce que cela est toujours honorable »²⁴⁵⁵. Pour lui, « l'honnête est donc la mesure de l'utile. Ce sont deux mots différents et une même chose »²⁴⁵⁶.

Nous retiendrons donc que l'exigence d'intégrité peut atténuer les potentiels effets négatifs du principe d'efficacité. Nous reviendrons par ailleurs sur la complémentarité entre l'efficacité et l'intégrité ci-dessous lorsqu'il sera question du principe de bonne administration dont l'un des buts est la recherche d'un équilibre entre la conception de l'Etat de droit et l'efficacité.²⁴⁵⁷

1051

iii. L'intégrité comme aspect essentiel de la démocratie au 21^e siècle

Enfin, nous avons montré que la légitimité démocratique classique a diminué en raison de divers développements. L'élection des représentants parlementaires en tant qu'institution fondamentale a perdu l'importance qu'elle revêtait au moment de l'instauration des démocraties modernes.²⁴⁵⁸ Nous avons mentionné également que plusieurs mécanismes ont été introduits au cours des dernières années pour compenser cette perte de légitimité démocratique. Le principe de la démocratie n'est donc pas statique et ne se réduit pas à l'institution de l'élection. Au contraire, d'autres aspects peuvent contribuer au caractère démocratique d'un système étatique.²⁴⁵⁹

1052

L'un de ces aspects est, selon PIERRE ROSANVALLON, historien français, le rapport entre les gouvernants et les gouvernés, et plus précisément les moyens de contrôle du pouvoir exécutif par la société.²⁴⁶⁰ Le principe de la démocratie se prolongerait donc dans la détermination des qualités attendues des gouvernants et des règles organisant leurs relations avec les gouvernés.²⁴⁶¹ Selon ROSANVALLON, « à l'âge de la prédominance du pouvoir exécutif, la clef de la démocratie réside dans les conditions du contrôle de ce dernier par la société »²⁴⁶². Nous présenterons de manière synthétique la théorie du

1053

²⁴⁵³ BERTÒK, *Integrity*, p. 6.

²⁴⁵⁴ Cf. ci-dessus N 124.

²⁴⁵⁵ CICÉRON, *Traité*, Livre troisième, N 58.

²⁴⁵⁶ CICÉRON, *Traité*, Livre troisième, N 78.

²⁴⁵⁷ Cf. ci-dessus N 1064.

²⁴⁵⁸ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 15 s. Cette évolution a été appelée « déclin du parlement » ou encore « crise de la représentativité » et s'inscrit dans la présidentialisation des démocraties (p. 135 ss.). Plusieurs remèdes ont été développés pour contrer cette évolution, notamment la limitation des mandats ou encore l'instauration de pouvoirs impersonnels (p. 169 ss.).

²⁴⁵⁹ Cf., pour les limites de la légitimation par l'élection, ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 158 ss.

²⁴⁶⁰ Cf. dans le même sens, p. ex. MOOR, *Théorie*, p. 53 s., et MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 605 ss (le concept de la démocratie administrative).

²⁴⁶¹ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 21.

²⁴⁶² ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 20.

contrôle démocratique des gouvernants élaborée par ROSANVALLON. Ce faisant, nous nous concentrerons sur l'un des éléments fondamentaux de cette théorie, l'intégrité.

1054 Selon ROSANVALLON, l'agir démocratique des gouvernants peut être mesuré à l'aide de cinq règles et qualités : la lisibilité, la responsabilité, la réactivité, le parler vrai, et, enfin, l'intégrité.²⁴⁶³ A l'aide de ces principes, qui, ensemble, forment les principes d'un bon gouvernement, il serait possible de définir « les conditions d'une non-domination des gouvernés par les gouvernants tout en reconnaissant le fait de la nécessaire asymétrie de leur lien »²⁴⁶⁴. Ils s'appliqueraient non seulement au pouvoir exécutif au sens restreint, mais à toutes les institutions et personnes faisant partie de l'administration publique, notamment les autorités indépendantes de surveillance et de régulation.²⁴⁶⁵

1055 La mise en œuvre des trois premiers principes, la lisibilité, la responsabilité et la réactivité, permettrait aux citoyens d'exercer plus directement des fonctions démocratiques et de s'approprier du pouvoir (« la démocratie d'appropriation »)²⁴⁶⁶. En revanche, le parler vrai et l'intégrité constitueraient les qualités personnelles requises pour être un « bon gouvernant » et qui seraient nécessaires à l'établissement d'un lien de confiance entre les gouvernants et les gouvernés (« la démocratie de confiance »).²⁴⁶⁷

- Le principe de la lisibilité se réfère au contrôle et à la transparence du gouvernement. La transparence seule ne suffit cependant pas à ce qu'un gouvernement soit lisible, notamment lorsque la surabondance d'informations conduit à l'opacité : « les institutions sont devenues plus opaques aux yeux des citoyens, les systèmes de décision plus insaisissables, les politiques menées plus difficiles à évaluer »²⁴⁶⁸. L'écart entre la visibilité et la lisibilité du gouvernement renforcerait le sentiment de défiance que nourrirait les citoyens à l'égard des gouvernants.²⁴⁶⁹ Le principe exige donc une connaissance effective du gouvernement et de la marche des choses.²⁴⁷⁰
- Le principe de la responsabilité se réfère à l'idée d'une reconnaissance de dette des gouvernants vis-à-vis des gouvernés.²⁴⁷¹ La responsabilité directe devant l'opinion publique permettrait de maintenir la confiance publique que les gouvernés portent aux institutions, à l'autorité et à la légitimité du gouvernement. Ce lien direct entre gouvernés et gouvernants est souvent peu clair dans des systèmes marqués par la gouvernance, où une multitude d'acteurs est impliquée dans la prise de décisions et où ces dernières sont constamment renégociées.²⁴⁷²

²⁴⁶³ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 22 s.

²⁴⁶⁴ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 208.

²⁴⁶⁵ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 23.

²⁴⁶⁶ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 22.

²⁴⁶⁷ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 22.

²⁴⁶⁸ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 232.

²⁴⁶⁹ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 232.

²⁴⁷⁰ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 247 et 234.

²⁴⁷¹ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 253 ss.

²⁴⁷² ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 265 s.

- Le principe de la réactivité exige que les gouvernants restent à l'écoute et interagissent constamment avec la société, dont tous les éléments doivent avoir la possibilité de s'exprimer et de se faire entendre.²⁴⁷³ Un gouvernement plus réactif et plus interactif serait un gouvernement plus démocratique.
- Enfin, le parler vrai se réfère à la sincérité et à la vérité dans la communication politique. Ce principe exigerait non seulement une dissociation plus nette entre le langage du moment électoral et le langage gouvernemental, mais également de combattre les monologues dans la politique et de réduire l'utilisation du langage des intentions.²⁴⁷⁴

Il convient maintenant de s'intéresser de plus près au cinquième pilier décrit par ROSANVALLON, l'intégrité.²⁴⁷⁵ Alors que l'exigence d'intégrité a toujours été au cœur de la réflexion politique, elle aurait changé de nature et pris une importance accrue, du fait notamment qu'il est devenu plus difficile de définir et d'appréhender l'intérêt public et de prévoir les actions gouvernementales.²⁴⁷⁶ Dans un tel contexte, l'on tendrait à assimiler le contenu de l'intérêt public à l'identification positive des gouvernants à leurs fonctions : « d'où l'aversion pour les comportements qui sont considérés comme des accaparements, des "privatisations" de fonctions publiques ou de leurs attributs »²⁴⁷⁷.

1056

La personne intègre serait celle « qui joue sur un seul tableau, qui s'abîme dans sa fonction, est totalement identifiée à elle, n'en tire pas de profits personnels »²⁴⁷⁸. Elle n'asservit à aucun moment le bien commun à des fins personnelles, que ce soit à travers la corruption, les conflits d'intérêts, le trafic d'influence ou encore la prise illégale d'intérêts.²⁴⁷⁹ ROSANVALLON propose la transparence comme moyen principal de prouver ou de vérifier l'intégrité et la sincérité des gouvernants : la transparence est selon lui une « gardienne publique de l'intégrité »²⁴⁸⁰ et contribuerait à la création d'une « atmosphère d'intégrité »²⁴⁸¹. En outre, dès lors que l'intégrité des hommes et des femmes politiques serait un pilier fondamental dans une démocratie, ces derniers ne pourraient pas se prévaloir de la protection de leurs données personnelles dans la même mesure que les citoyens.²⁴⁸² Dans ce sens, la transparence introduit un dénivelé entre gouvernants et gouvernés : « la transparence pour l'intégrité [serait] devenue une des formes de la souveraineté du peuple ».

1057

En résumé, les qualités des gouvernants seraient selon ROSANVALLON l'un des éléments décisifs dans la démocratie contemporaine. Grâce à ces qualités personnelles,

1058

²⁴⁷³ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 297.

²⁴⁷⁴ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 341 ss.

²⁴⁷⁵ Cf. également BUGÉ, *Politique*, p. 395 ss, qui parle à ce sujet d'« exigence d'exemplarité », concept dont feraient partie la probité, le désintéressement et la disponibilité.

²⁴⁷⁶ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 353.

²⁴⁷⁷ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 353 s.

²⁴⁷⁸ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 354.

²⁴⁷⁹ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 355.

²⁴⁸⁰ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 355.

²⁴⁸¹ ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 365.

²⁴⁸² ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 366 s.

les gouvernants d'aujourd'hui pourraient (r)établir un rapport de confiance avec les gouvernés.²⁴⁸³ L'idée selon laquelle l'intégrité des gouvernants constitue une source de légitimité d'un Etat et qu'elle contribue à son caractère démocratique n'est pas nouvelle.²⁴⁸⁴ De nombreux grands penseurs se sont exprimés au sujet des vertus nécessaires des gouvernants, parmi eux notamment Marc Aurèle, Cicéron, Plutarque, Jean de Salisbury ou encore Rousseau.²⁴⁸⁵ L'apport de ROSANVALLON dans ce contexte consiste à affirmer que les qualités personnelles, dont l'intégrité, ont regagné en importance au 21^e siècle. Cette observation est à notre avis correct non seulement dans le contexte français, dont ROSANVALLON s'est principalement inspiré et qui a été marqué ces dernières décennies par la présidentialisation, mais également dans le contexte suisse.

1059 En effet, dans le contexte politico-administratif actuel, caractérisé notamment par les marges de manœuvre étendues des administrateurs, l'importance du principe d'efficacité, l'exigence d'un gouvernement flexible, rapide et adapté aux circonstances concrètes de chaque situation, les responsabilités diffuses et l'activité administrative informelle, les citoyens risquent de perdre la confiance qu'ils portent à leurs gouvernants. Les qualités personnelles, dont l'intégrité et l'apparence d'intégrité, permettent de rétablir, du moins en partie, cette confiance nécessaire à tout gouvernement. En d'autres termes, l'intégrité se transforme pour les citoyens en une garantie que leurs intérêts sont respectés par le gouvernement et, en fin de compte, que l'Etat reste démocratique.²⁴⁸⁶

L'intégrité est une question récurrente dans les réflexions des grands penseurs des siècles passés. Cicéron soulignait par exemple qu'« un homme juste, loyal, un honnête homme enfin, inspire une confiance qui écarte bien loin tout soupçon de fraude et d'injustice »²⁴⁸⁷. Ensuite, il ressort des écrits de Gilles de Rome que « la perfection morale du souverain est sinon une condition de son pouvoir du moins une justification »²⁴⁸⁸. Selon Sieyès les représentants du peuple devaient être « les plus probes, les plus instruits et les plus zélés pour le bien-être du peuple »²⁴⁸⁹. Rousseau, quant à lui, affirmait au sujet de l'administration des impôts prélevés auprès des citoyens que la « vertu est le seul ins-

²⁴⁸³ Cf. également BUGE, *Politique*, p. 396 s.

²⁴⁸⁴ Cf. d'ailleurs également les auteurs suivants, qui soulignent que les activités administratives et gouvernementales ne sont légitimes que dans la mesure où elles ne poursuivent aucun intérêt privé indu : KIRCHHOF, *Unbefangenheit*, p. 376 ; FEHLING, *Unparteilichkeit*, p. 236 ; SCHINDLER, *Befangenheit*, p. 49 ; AUBY, *Conflict*, p. 151.

²⁴⁸⁵ CICÉRON, *Traité*, Livre premier, N 1 ss ; ROUSSEAU, *Economie*, Titre III, p. 85 ; cf., pour les autres penseurs cités dans le texte et d'autres encore, ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 306 ss.

²⁴⁸⁶ Cf. également la *Charte démocratique interaméricaine* qui statue à son article 4 que la probité est l'une des composantes essentielles de l'exercice d'une démocratie. Cf. également ci-dessous N 1085 : le droit à une bonne administration a été introduit dans le chapitre « citoyenneté » de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

²⁴⁸⁷ CICÉRON, *Traité*, Livre deuxième, N 33.

²⁴⁸⁸ Citation reprise chez ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 308.

²⁴⁸⁹ Citation reprise chez ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 310.

trument efficace [et] l'intégrité du magistrat est le seul frein capable de contenir son avarice »²⁴⁹⁰. Il est intéressant de noter que pour ces penseurs, la limitation de la richesse et la simplicité allaient de pair avec la perfection morale.²⁴⁹¹

d) *Conclusion : l'intégrité est un élément essentiel de l'Etat de droit démocratique*

En résumé, nous avons vu que la conception classique de l'Etat de droit démocratique est dépassée. L'intégrité de l'administration publique n'est alors plus garantie par le seul jeu entre le principe de la légalité, le principe démocratique et les autres principes de l'Etat de droit. Nous avons tâché de démontrer que l'exigence d'intégrité constituait l'une des compensations de la perte de légitimité démocratique. En effet, autrefois contenue dans les principes classiques, l'exigence d'intégrité émerge aujourd'hui comme concept indépendant parmi les principes constitutionnels existants. A l'instar de ce qui a été dit au sujet de l'efficacité, l'intégrité vient compléter les principes classiques de l'Etat de droit dans un contexte politico-administratif renouvelé.

1060

4. L'intégrité et la « bonne administration » (l'approche culturelle et de droit comparé)

Nous l'avons souligné à plusieurs reprises : la lutte contre la corruption et contre les abus de pouvoir est une préoccupation très ancienne, voire inhérente à l'administration. Toutefois, l'idée d'ériger la promotion d'une bonne administration en norme juridique est relativement récente.²⁴⁹² C'est le but du principe de bonne administration, voire du droit à une bonne administration, que connaissent plusieurs ordres juridiques européens. Nous verrons que l'exigence d'intégrité constitue un élément essentiel de ce concept.

1061

Dans ce qui suit, nous nous intéresserons de plus près au principe de bonne administration. Nous essaierons d'abord de mieux saisir les contours de la notion de « bonne administration » (a) et présenterons ensuite plus en détail le principe d'impartialité en droit italien (b) et la place de la bonne administration en droit de l'Union européenne (c). Ces développements nous permettront de conclure que l'intégrité constitue une valeur fondamentale dans la culture juridique européenne (d).

1062

²⁴⁹⁰ ROUSSEAU, *Economie*, Titre III, p. 85.

²⁴⁹¹ Cf. p. ex. CICÉRON, *Traité*, Livre premier, N 69, et Livre deuxième, N 78, et Jean de Salisbury (cf. ROSANVALLON, *Gouvernement*, p. 308).

²⁴⁹² Cf. la préface d'OLIVIER DUBOS dans CHEVALIER, *Administration*, p. 19.

a) *Introduction : la notion de « bonne administration »*

i. Une notion floue avec deux fondements principaux

1063 La notion de bonne administration n'a pas de définition juridique généralement reconnue.²⁴⁹³ Son caractère fuyant, indéterminé et élastique et sa connotation morale, voire son appartenance au champ éthique, rendent son traitement juridique et sa définition en droit difficiles.²⁴⁹⁴ L'incertitude concerne d'abord sa nature : la bonne administration est à la fois un principe indépendant, une source de principes, c'est-à-dire un concept général englobant plusieurs sous-principes ou règles de droit, un concept, ainsi qu'une « arme rhétorique et contentieuse »²⁴⁹⁵. L'incertitude concerne ensuite son contenu : la bonne administration passerait tant par l'application de certains standards procéduraux protégeant les individus que par l'introduction de normes matérielles visant une organisation et un fonctionnement adéquats de l'administration publique.²⁴⁹⁶ Enfin, son objectif semblerait double en ce sens qu'elle exigerait tant des résultats matériels de l'administration publique que l'observation de certaines règles de procédure.²⁴⁹⁷ En dépit de ces difficultés conceptuelles, la notion de bonne administration est de plus en plus utilisée en droit ;²⁴⁹⁸ il a même été proclamé que le 21^e siècle sera celui de la bonne administration.²⁴⁹⁹

1064 Le concept de bonne administration a deux fondements principaux.²⁵⁰⁰ Il est ancré premièrement dans les principes classiques de l'Etat de droit.²⁵⁰¹ A l'instar de ces derniers, la bonne administration viserait à protéger les individus contre l'arbitraire des autorités étatiques.²⁵⁰² Parmi les principes de l'Etat de droit, ce sont avant tout les principes procéduraux, tels que le droit d'être entendu ou l'obligation de motivation, qui peuvent être attribués au concept de bonne administration.²⁵⁰³ La bonne administration va cependant au-delà des principes de l'Etat de droit : elle trouve son deuxième fonde-

²⁴⁹³ BOUSTA, *Administration*, p. 481 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 39 ; MENDES, *Administration*, p. 556. Pour une proposition de définition, cf. p. ex. BOUSTA, *Essai*, p. 461. Pour le rapport entre les notions de bonne administration et de bonne gouvernance, cf. CHEVALIER, *Administration*, p. 191 ss. Cf. pour la notion de bonne gouvernance, qui ne trouve que très peu de fondements dans les ordres juridiques, également COMMISSION DE VENISE, *Bilan*, p. 15 s.

²⁴⁹⁴ CHEVALIER, *Administration*, p. 39 ; TANQUEREL, *Code*, p. 205.

²⁴⁹⁵ CHEVALIER, *Administration*, p. 40 ; préface d'OLIVIER DUBOS dans CHEVALIER, *Administration*, p. 21 ; BOUSTA, *Administration*, p. 482.

²⁴⁹⁶ Cf. p. ex. HESELHAUS, *Verwaltung*, N 4 ss.

²⁴⁹⁷ Voir notamment TANQUEREL, *Administration*, p. 6.

²⁴⁹⁸ Le nombre de publications dédiées à ce sujet partout en Europe en témoigne.

²⁴⁹⁹ Cf. le discours de l'ancien Médiateur européen JACOB SÖDERMAN du 2 février 2000 devant la Convention appelée à rédiger la CDFUE (« Audition publique sur le projet d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 2 février 2000, Remarques préliminaires »), disponible sur le site du Médiateur européen. Cf. également CASSESE, *Amministrazione*, p. 1 s. et 9.

²⁵⁰⁰ CHEVALIER, *Administration*, p. 57 ss.

²⁵⁰¹ CHEVALIER, *Administration*, p. 57 ; Préambule de la *Recommandation du Conseil de l'Europe relative à une bonne administration* de 2002 (ci-dessus N 134).

²⁵⁰² CHEVALIER, *Administration*, p. 57 ; AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 672.

²⁵⁰³ CHEVALIER, *Administration*, p. 63 ss.

ment dans les théories managériales, l'idée de performance de l'Etat et la gouvernance.²⁵⁰⁴ Dans ce contexte, la bonne administration a même été qualifiée d'« enfant légitime du new public management »²⁵⁰⁵.

Ces deux visions, l'Etat de droit et les théories managériales, peuvent se trouver en contradiction ; nous y avons fait référence plus haut.²⁵⁰⁶ La bonne administration traduirait la recherche d'un équilibre entre ces deux visions : « elle tend à assurer la complémentarité de l'efficacité et de la régularité de l'action administrative »²⁵⁰⁷. 1065

ii. La diffusion du concept dans les ordres juridiques européens

Le concept de bonne administration est utilisé tant aux niveaux supranational et international qu'au niveau des ordres juridiques européens nationaux.²⁵⁰⁸ L'Union européenne et le Conseil de l'Europe ont contribué de manière décisive au développement juridique de la bonne administration. L'Union européenne, et plus précisément les tribunaux de cette dernière, ont commencé à utiliser ce terme très tôt, la première fois en 1960.²⁵⁰⁹ Le principe de bonne administration a ensuite été développé et consacré en tant que droit fondamental dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (CDFUE) au tournant du siècle. Nous reviendrons plus loin sur ce principe devenu droit fondamental dans l'Union européenne.²⁵¹⁰ Quant au Conseil de l'Europe, il a adopté en 2007, sous forme de recommandation, un Code modèle de bonne administration. Malgré les critiques que l'on peut formuler à son égard, ce Code a le mérite d'avoir formalisé et circonscrit de manière structurée le concept flou qu'est la bonne administration.²⁵¹¹ 1066

Le concept est également connu et utilisé dans un nombre important d'Etats européens, qu'il ait été expressément reconnu ou non.²⁵¹² Citons tout d'abord l'ordre juridique finlandais, l'un des seuls à avoir introduit la bonne administration dans sa Constitution, datant du 11 juin 1999 (Cst./Finlande).²⁵¹³ L'article 21 Cst./Finlande, intitulé « protection juridique », fonde un droit à une bonne administration.²⁵¹⁴ Ce droit englobe une série de garanties procédurales au profit de l'individu face à l'administra- 1067

²⁵⁰⁴ CHEVALIER, *Administration*, p. 85.

²⁵⁰⁵ Cf. la préface d'OLIVIER DUBOS dans CHEVALIER, *Administration*, p. 20.

²⁵⁰⁶ Cf. ci-dessus N 1040 et N 1049 ss.

²⁵⁰⁷ CHEVALIER, *Administration*, p. 263. Cf. également AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 694 ; MENDES, *Administration*, p. 562.

²⁵⁰⁸ Les éléments de la bonne administration sont ancrés depuis plus longtemps dans les textes internationaux, cf. p. ex. HESELHAUS, *Verwaltung*, N 15 ss.

²⁵⁰⁹ CHEVALIER, *Administration*, p. 208.

²⁵¹⁰ Cf. ci-dessous N 1081 ss.

²⁵¹¹ NIEMIVUO, *Administration*, p. 545 ss.

²⁵¹² Cf. notamment une publication du département suédois des finances, intitulée « Principles of Good Administration in the Member States of the European Union » de 2005 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 163 ; et HESELHAUS, *Verwaltung*, p. 1552.

²⁵¹³ La version finlandaise et sa traduction française (de 2000) sont disponibles sur le site de la législation finlandaise (finlex.fi). Une version française mise à jour au 27 mai 2015 peut être trouvée sous mjp.univ-perp.fr/ > constitutions > Finlande.

²⁵¹⁴ MÄENPÄÄ, *Rule*, p. 190. Cf. également l'art. 124 Cst./Finlande qui soumet la délégation de tâches administratives publiques au respect des « exigences de la bonne administration ».

tion publique. Il occupe une place centrale dans l'ordre juridique finlandais, notamment en droit administratif.²⁵¹⁵ Son statut constitutionnel contraint l'administration publique, et également les autres pouvoirs, à tenir compte de l'intérêt de la bonne administration lors de l'application et de l'interprétation des lois ou ordonnances.²⁵¹⁶ Les ordres juridiques belge et néerlandais connaissent aussi la notion de bonne administration ; elle y est utilisée dans la jurisprudence comme terme générique pour un certain nombre de standards et de garanties, mais n'est pas codifiée.²⁵¹⁷ En Belgique, la bonne administration a été classée parmi les principes généraux du droit et recouvre les exigences d'équité, de déontologie, de morale ou encore de courtoisie.²⁵¹⁸

1068 A l'instar de la Finlande, l'ordre juridique italien connaît une consécration formelle du concept de bonne administration, quoique sous une appellation légèrement différente ; nous reviendrons plus en détail sur ce système ci-dessous.²⁵¹⁹ En Espagne, la bonne administration constituerait un « devoir constitutionnel ». Celui-ci fait entre autres référence à l'éthique des fonctionnaires et se base sur des valeurs telles que l'objectivité, la neutralité, l'impartialité, l'honnêteté ou encore l'efficacité.²⁵²⁰ L'ordre juridique grec a adopté une approche basée sur la théorie de la « moralité administrative », développée par le juriste français MAURICE HAURIUO.²⁵²¹ La bonne administration y est utilisée par le juge pour sanctionner l'administration lorsqu'elle fait usage de son pouvoir discrétionnaire de manière « injuste ». ²⁵²² Enfin, en France, la notion de bonne administration rejoint également celle de la moralité administrative, qui est plus exigeante que la légalité.²⁵²³ Le concept n'a cependant pas connu un grand essor en droit français.²⁵²⁴

1069 Certains auteurs distinguent deux modèles principaux. Le premier mettrait l'accent sur la protection individuelle que doit garantir la bonne administration et serait celui des pays scandinaves ainsi que des Pays-Bas et de la Belgique.²⁵²⁵ Le deuxième modèle, répandu dans les pays latins et l'Angleterre, se focaliserait sur l'efficacité de l'administration publique et se traduirait avant tout par l'adoption de mesures internes d'organisation.²⁵²⁶ Les différentes adaptations nationales du concept de bonne administration confirment en tout cas ses deux fondements et ses deux facettes, l'Etat de droit et les théories managériales.²⁵²⁷

²⁵¹⁵ MÄENPÄÄ, *Rule*, p. 189 s. Cf. également CHEVALIER, *Administration*, p. 146 s.

²⁵¹⁶ MÄENPÄÄ, *Rule*, p. 190.

²⁵¹⁷ HESELHAUS, *Verwaltung*, N 8 ; THURNHERR, *Recht*, p. 454 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 147.

²⁵¹⁸ CHEVALIER, *Administration*, p. 148 s.

²⁵¹⁹ Cf. ci-dessous N 1072 ss.

²⁵²⁰ CHEVALIER, *Administration*, p. 152. Cf. également BOUSTA, *Administration*, p. 484 s.

²⁵²¹ CHEVALIER, *Administration*, p. 150. Cf. également AZOULAI/WILZ-CLÉMENT, *Administration*, p. 682.

²⁵²² CHEVALIER, *Administration*, p. 150.

²⁵²³ CHEVALIER, *Administration*, p. 153.

²⁵²⁴ CHEVALIER, *Administration*, p. 150.

²⁵²⁵ THURNHERR, *Recht*, p. 454.

²⁵²⁶ THURNHERR, *Recht*, p. 453.

²⁵²⁷ CHEVALIER, *Administration*, p. 163.

iii. L'intégrité comme élément constitutif de la bonne administration

Malgré les contours flous du concept de bonne administration, certains domaines ou principes ont été reconnus comme ses éléments constitutifs. Il en va ainsi de la lutte contre la corruption et de la promotion d'une administration intègre. Hormis quelques différences dans les termes utilisés, les avis de la doctrine à ce sujet sont concordants.

1070

Selon EMILIE CHEVALIER, les efforts en matière de lutte contre la corruption ainsi que ceux visant une administration plus transparente font partie intégrante de la promotion de la bonne administration.²⁵²⁸ L'exigence d'intégrité serait donc « imposée par le principe de bonne administration »²⁵²⁹. LOÏC AZOULAI et LAURE CLÉMENT-WILZ soutiennent que la préoccupation moderne réclamant une moralisation de l'action publique peut être subordonnée à la bonne administration au sens large.²⁵³⁰ Cette dernière exigerait notamment l'adoption de codes de bonne conduite et l'institution d'un médiateur, en l'espèce le Médiateur européen, lequel aurait un rôle central à jouer dans le processus de moralisation de l'action administrative.²⁵³¹ Pour JULI PONCE SOLÉ, les codes de conduite, la réglementation des conflits d'intérêts ainsi que la transparence administrative constitueraient des instruments de la bonne administration.²⁵³² Selon JEAN-BERNARD AUBY, l'impartialité de l'administration publique serait même la composante principale du principe de bonne administration.²⁵³³ Enfin, selon JOANA MENDES, la bonne administration comprend les règles de comportement éthique dans l'exercice de la fonction publique.²⁵³⁴

L'exigence d'intégrité de l'administration publique a également été inscrite dans plusieurs actes non obligatoires mettant en œuvre le principe de la bonne administration, notamment le Code de bonne administration du Conseil de l'Europe et les principes du service public pour les fonctionnaires de l'Union européenne.²⁵³⁵

L'exigence d'intégrité est donc érigée en principe dans les ordres juridiques qui connaissent le principe de bonne administration. Nous présenterons ci-après le principe d'impartialité italien et le principe de bonne administration de l'Union européenne, en mettant l'accent sur l'exigence d'intégrité.

1071

b) *Le principe d'impartialité en droit italien*

i. Le principe d'impartialité en tant que principe constitutionnel à part entière

Selon l'article 97 al. 2 Cst./Italie, « i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione ». Cet article exige donc à la fois une administration publique impar-

1072

²⁵²⁸ CHEVALIER, *Administration*, p. 122 ss, p. 198 et p. 201 ss.

²⁵²⁹ CHEVALIER, *Administration*, p. 460.

²⁵³⁰ AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 684.

²⁵³¹ AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 684.

²⁵³² PONCE, *Prevencion*, p. 114, 122 et 135.

²⁵³³ AUBY, *Conflict*, p. 151.

²⁵³⁴ MENDES, *Administration*, p. 566.

²⁵³⁵ Cf. ci-dessous N 1090 ss.

tiale ou intègre et une administration publique qui garantit son « bon fonctionnement », notion qui correspond à l'efficacité.²⁵³⁶ La notion d'administration publique est comprise au sens large ; le principe d'impartialité et le principe d'efficacité qui découlent de l'article 97 al. 2 Cst./Italie s'appliquent à tous les pouvoirs et institutions étatiques.²⁵³⁷ Avec le principe de la légalité, les principes d'impartialité et d'efficacité sont considérés comme les piliers fondamentaux de l'administration publique.²⁵³⁸

1073 Le fait que les deux principes soient mentionnés dans la même phrase peut surprendre, dans la mesure où les deux concepts poursuivent parfois des objectifs contraires. En effet, les réglementations de la procédure et de l'organisation administrative découlant du principe d'impartialité ont souvent tendance à ralentir et même à compliquer l'activité administrative et peuvent donc se heurter au principe de bon fonctionnement.²⁵³⁹ L'article 97 Cst./Italie, en tant qu'il englobe tant l'aspect de l'impartialité que celui de l'efficacité, a cependant servi, entre autres, de modèle au droit de bonne administration de l'Union européenne.²⁵⁴⁰

La doctrine est partagée sur le sens à attribuer à la structure de cette base constitutionnelle. Certains auteurs soutiennent qu'aucun des deux principes ne prévaut *a priori* ; il convient selon eux de procéder à une pesée des deux principes au cas par cas.²⁵⁴¹ D'autres affirment en revanche qu'en cas de conflit entre le principe de bon fonctionnement et celui d'impartialité, c'est toujours le second qui l'emporte sur le premier.²⁵⁴²

1074 Le principe d'impartialité, parfois appelé également principe d'intégrité²⁵⁴³, constitue un principe constitutionnel à part entière en droit public italien. Il se décline en deux volets : l'impartialité dans l'action gouvernementale et l'impartialité dans l'organisation de l'administration publique. Les deux aspects seraient fortement interdépendants : une activité administrative efficace et impartiale ne peut résulter que d'une administration publique organisée de manière efficace et impartiale.²⁵⁴⁴ L'impartialité dans l'action gouvernementale, sur laquelle l'attention s'est traditionnellement concentrée, exige de l'administration publique de prendre en compte dûment tous les intérêts pertinents ; cela exclut la prise en compte d'intérêts privés ou partisans.²⁵⁴⁵ Selon la formule généralement utilisée, l'administration doit donc être « in una posizione di equidistanza « qualificata » rispetto agli interessi da valutare, così da assicurare che

²⁵³⁶ Cf. ci-dessus N 1039.

²⁵³⁷ MERLONI, Istituzioni, p. 48.

²⁵³⁸ CARINGELLA/MAZZAMUTO/MORBIDELLI, Manuale, p. 1122.

²⁵³⁹ Cf. p. ex. FEHLING, Unparteilichkeit, p. 72.

²⁵⁴⁰ KARLEN, Recht, p. 521 ; MAGIERA, Art. 41, N 5. Pour le droit à une bonne administration de l'Union européenne, cf. ci-dessous N 1084 ss.

²⁵⁴¹ Cf. notamment CARINGELLA/MAZZAMUTO/MORBIDELLI, Manuale, p. 1126.

²⁵⁴² Cf. notamment MERLONI, Istituzioni, p. 49.

²⁵⁴³ Cf. notamment le Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali et proposte di riforma, 2012, p. 46, disponible sous trasparenza.formez.it/ > Documenti.

²⁵⁴⁴ GAROFOLI/FERRARI, Manuale, p. 92.

²⁵⁴⁵ GAROFOLI/FERRARI, Manuale, p. 93.

l'azione amministrativa risulti il frutto di una esatta e completa rappresentazione e ponderazione di tutti gli interessi concretamente in rilievo »²⁵⁴⁶.

L'aspect organisationnel du principe exige que l'administration publique soit organisée de manière à lui permettre d'être impartiale dans son action.²⁵⁴⁷ Les premiers corollaires de cet aspect sont le devoir de récusation et le recrutement des agents publics à travers une procédure équitable et impartiale.²⁵⁴⁸ L'impartialité dans l'organisation de l'administration publique consiste donc, en d'autres termes, en la garantie d'indépendance, d'impartialité ou encore d'intégrité des agents publics.²⁵⁴⁹ Les dispositions légales mettant en œuvre cet aspect sont souvent appelées normes d'« éthique publique ».²⁵⁵⁰ 1075

L'article 97 al. 2 Cst./Italie est généralement lu conjointement avec les articles 54 et 98 al. 1 Cst./Italie, qui visent également, directement ou indirectement, à empêcher que l'action gouvernementale soit influencée de manière induue par des intérêts privés.²⁵⁵¹ D'un côté, l'article 98 al. 1 Cst./Italie postule que les agents publics sont au service exclusif de la nation : « I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione ». De l'autre côté, l'article 54 al. 2 Cst./Italie précise que les citoyens auxquels des fonctions publiques sont confiées ont le devoir de les exercer avec discipline et honneur, en prêtant serment dans les cas fixés par la loi : « I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti della legge ».²⁵⁵² Lus conjointement, ces trois articles obligent non seulement l'Etat à assurer l'indépendance des agents publics, mais ils impliquent qu'il existe une différence majeure entre la fonction publique et les rapports de travail de droit privé.²⁵⁵³ 1076

ii. La mise en œuvre du principe d'impartialité au niveau infra-constitutionnel

Plusieurs législations concrétisent en partie ou entièrement le principe d'impartialité. Au cours des dernières années, deux domaines ont été au centre de l'attention : d'une part, la législation visant à séparer la sphère politique de l'administration publique, c'est-à-dire l'activité du gouvernement au sens étroit en tant qu'expression politique de l'activité de l'administration publique, cette dernière étant censée agir sans égards aux éventuels intérêts partisans²⁵⁵⁴ et d'autre part, la législation sur la prévention de la corruption.²⁵⁵⁵ 1077

²⁵⁴⁶ GAROFOLI/FERRARI, Manuale, p. 93.

²⁵⁴⁷ MERLONI, Istituzioni, p. 48.

²⁵⁴⁸ GAROFOLI/FERRARI, Manuale, p. 93.

²⁵⁴⁹ MERLONI, Istituzioni, p. 48.

²⁵⁵⁰ MERLONI, Istituzioni, p. 49.

²⁵⁵¹ GAROFOLI/FERRARI, Manuale, p. 552 ; MERLONI, Istituzioni, p. 48 s. ; CARLONI, Codice, p. 382.

²⁵⁵² Relevons également l'article 54 al. 1 Cst./Italie qui impose à tout citoyen, agent public ou non, d'être fidèle à la République et d'en observer la Constitution et les lois : « Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi ».

²⁵⁵³ CARLONI, Codice, p. 382.

²⁵⁵⁴ GAROFOLI/FERRARI, Manuale, p. 93.

²⁵⁵⁵ MERLONI, Istituzioni, p. 122.

- 1078 La législation sur la prévention de la corruption se compose de plusieurs éléments. Elle est constituée de toutes les règles qui interdisent toutes les formes de favoritisme dans le déroulement de l'activité administrative. La loi anti-corruption de 2012 que nous avons mentionnée à plusieurs reprises constitue sans doute le cœur de la législation sur la prévention de la corruption et la mise en œuvre principale du principe d'impartialité.²⁵⁵⁶ Plus concrètement, on y trouve notamment des règles relatives aux marchés publics, le devoir de récusation pour les agents publics ainsi que la réglementation des conflits d'intérêts.²⁵⁵⁷ Cette dernière, également appelée « éthique publique », englobe des problématiques telles que les activités accessoires, le pantouflage, la déclaration d'intérêts ou encore le devoir d'informer son supérieur de tout conflit d'intérêts possible.²⁵⁵⁸ Les règles de comportement s'appliquent à toutes les catégories de personnel de l'Etat ; les autorités compétentes sont en outre tenues d'inclure de telles règles dans les contrats de mandat ou de travail avec les personnes externes à l'administration publique, soit les personnes privées exécutant des tâches publiques.²⁵⁵⁹
- 1079 L'accès à la fonction publique est une autre préoccupation majeure dans la lutte contre la corruption. L'accent est mis sur les règles sur les incompatibilités et l'obligation d'organiser un concours public, souvent avec examens écrits et oraux, lorsqu'un poste dans la fonction publique est à pourvoir.²⁵⁶⁰ Cette dernière exigence est expressément mentionnée à l'article 97 al. 4 Cst./Italie : « Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge ». Le principe du concours public peut donc être considéré comme un sous-principe de celui d'impartialité.
- 1080 Enfin, les éléments de la stratégie de prévention de la corruption que nous avons analysés font également partie de la législation de mise en œuvre du principe d'impartialité : les plans anti-corruption, l'instauration dans chaque entité étatique d'un responsable de la prévention de la corruption et la législation sur la transparence.²⁵⁶¹ Ces mesures s'appliquent souvent non seulement aux entités appartenant formellement à l'administration publique, mais également aux privés exécutant des tâches publiques.

c) *La bonne administration en droit de l'Union européenne*

i. Le développement jurisprudentiel du principe de la bonne administration

- 1081 Le concept de bonne administration a d'abord été développé dans la jurisprudence des tribunaux de l'Union européenne, notamment de la Cour de justice.²⁵⁶² Cette dernière a fait référence à la bonne administration pour la première fois en 1960.²⁵⁶³ Par la suite,

²⁵⁵⁶ Cf. par exemple ci-dessus N 876 et N 886.

²⁵⁵⁷ MERLONI, *Istituzioni*, p. 49. CARINGELLA/MAZZAMUTO/MORBIDELLI, *Manuale*, p. 1122 s. ; GAROFOLI/FERRARI, *Manuale*, p. 552.

²⁵⁵⁸ MERLONI, *Istituzioni*, p. 131 ss.

²⁵⁵⁹ CARLONI, *Codice*, p. 402.

²⁵⁶⁰ Cf., à propos de l'accès à la fonction publique en Suisse, ci-dessus N 225 ss.

²⁵⁶¹ Cf. ci-dessus N 901 ss et MERLONI, *Istituzioni*, p. 129 ss ; GAROFOLI/FERRARI, *Manuale*, p. 550.

²⁵⁶² Le concept de bonne administration est souvent apparu sous d'autres appellations aussi, cf. AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 673, NBP 13 ; CASSESE, *Amministrazione*, p. 3.

²⁵⁶³ CHEVALIER, *Administration*, p. 208.

elle a souvent employé cette notion, sans toutefois la qualifier de principe.²⁵⁶⁴ Le concept de la bonne administration apparaît notamment dans un arrêt de 1991, dans lequel la Cour de justice statue que lorsque les institutions de la Communauté disposent d'un pouvoir d'appréciation, elles doivent respecter l'obligation « d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante »²⁵⁶⁵. Ce n'est cependant qu'en 2002 que la Cour de justice a conféré à la bonne administration la qualification de « principe général du droit ».²⁵⁶⁶ Depuis, elle se réfère souvent au principe de bonne administration. Ces références ne seraient cependant pas décisives.²⁵⁶⁷

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le principe général de bonne administration consiste en l'obligation pour les autorités administratives d'examiner avec soin et impartialité tous les éléments d'un cas d'espèce.²⁵⁶⁸ Une série de droits, principes, standards et exigences, juridiquement contraignants ou non, découlent du principe de bonne administration.²⁵⁶⁹ Ils peuvent être classés dans deux catégories : premièrement, des droits procéduraux concrets découlent du principe de bonne administration, notamment le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier ou encore l'obligation de motiver.²⁵⁷⁰ Ces exigences procédurales constituent souvent des transpositions de droits procéduraux développés pour le procès judiciaire.²⁵⁷¹ Deuxièmement, le principe de bonne administration inspire l'organisation interne de l'administration ; il exigerait une moralisation et une rationalisation de l'administration européenne.²⁵⁷² Dans ce contexte, la doctrine cite notamment le principe de bonne administration du personnel et le principe de bonne gestion financière, dont font partie les règles de comportement pour les agents publics.²⁵⁷³ Ce deuxième volet ne ressort pas aussi nettement de la jurisprudence européenne, en particulier parce que les mesures internes n'ont souvent pas d'effets directs sur les particuliers et ne peuvent donc pas être portées devant le juge.²⁵⁷⁴ Enfin, les principes de sécurité juridique, de précaution et de transparence ne font pas partie intégrante du principe de bonne administration.²⁵⁷⁵

Le principe de bonne administration rassemble donc sous une même dénomination plusieurs sous-principes ou concepts. Sa structure traduit l'équilibre à trouver entre la protection des individus et l'assurance de l'efficacité de l'administration, un point qui

²⁵⁶⁴ CHEVALIER, *Administration*, p. 267 ; GRZESZICK, *Grundrecht*, p. 165.

²⁵⁶⁵ CJCE, C-269/90, du 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, Rec., p. I-5469, N 14.

²⁵⁶⁶ CHEVALIER, *Administration*, p. 270 ; GRZESZICK, *Grundrecht*, p. 162 s.

²⁵⁶⁷ LEINO, *Efficiency*, p. 688.

²⁵⁶⁸ MENDES, *Administration*, p. 559 ; AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 673.

²⁵⁶⁹ MENDES, *Administration*, p. 559 ss.

²⁵⁷⁰ AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 683. Cf. MENDES, *Administration*, p. 560 s., qui distingue trois niveaux interconnectés de règles juridiques et extra-juridiques.

²⁵⁷¹ AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 683.

²⁵⁷² AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 684 ss ; KARLEN, *Recht*, p. 521.

²⁵⁷³ CHEVALIER, *Administration*, p. 247 ss.

²⁵⁷⁴ CASSESE, *Amministrazione*, p. 7 s.

²⁵⁷⁵ CHEVALIER, *Administration*, p. 250 ss.

est également mis en exergue dans la jurisprudence concernant le principe de bonne administration.²⁵⁷⁶

ii. La consécration d'un droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1084 Parallèlement au développement jurisprudentiel du principe général de bonne administration, le droit à une bonne administration a été reconnu dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (CDFUE), adoptée en 2000. Les rédacteurs de la Charte se sont inspirés principalement des principes développés par la Cour de justice réunis sous l'appellation de bonne administration.²⁵⁷⁷ Ils se sont également inspirés de plusieurs ordres juridiques qui connaissaient le droit à une bonne administration, notamment des systèmes finlandais et italien.²⁵⁷⁸ L'adoption d'un droit à une bonne administration a été considérée par certains comme révolutionnaire, notamment parce qu'elle inclut l'administration dans un document international consacré aux droits fondamentaux.²⁵⁷⁹

1085 Inséré dans le Chapitre V intitulé « Citoyenneté »²⁵⁸⁰, l'article 41 al. 1^{er} CDFUE postule que « [t]oute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ».²⁵⁸¹ Les alinéas 2, 3 et 4 contiennent certains éléments du droit à une bonne administration : le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, l'obligation de motiver, le droit à réparation des dommages causés par l'administration ainsi que le droit à l'utilisation de la langue officielle de son choix. L'adverbe « notamment » utilisé à l'alinéa 2 indique que cette liste n'est pas exhaustive ; d'autres droits ou obligations peuvent découler du droit à une bonne administration. Ainsi, ce dernier serait une « création » au destin propre et pouvant aller au-delà des aspects connus au moment de sa consécration.²⁵⁸² En particulier, le droit à une bonne administration n'est pas réduit à la procédure administrative menant à une décision ; il s'applique à tout processus administratif.²⁵⁸³ La formulation ouverte permet aux juges de l'Union européenne, mais également à d'autres autorités, avant tout au Médiateur européen, d'interpréter le contenu du droit à une bonne administration.²⁵⁸⁴ Le Médiateur européen a notamment élaboré le *Code européen de bonne conduite administrative*²⁵⁸⁵, qui explique aux citoyens ce que le droit à

²⁵⁷⁶ CHEVALIER, *Administration*, p. 355 ; KARLEN, *Recht*, p. 522.

²⁵⁷⁷ KAŃSKA, *Impact*, p. 304 ; KRISTJANSDOTTIR, *Administration*, p. 240 ; MAGIERA, *Art. 41*, N 5.

²⁵⁷⁸ KARLEN, *Recht*, p. 521 ; KAŃSKA, *Impact*, p. 307 ; MAGIERA, *Art. 41*, N 5. Cf. ci-dessus N 1067 et ci-dessus N 1072 ss.

²⁵⁷⁹ Cf. p. ex. KRISTJANSDOTTIR, *Administration*, p. 240, ou THURNHERR, *Recht*, p. 450.

²⁵⁸⁰ Cf., pour le lien entre la citoyenneté administrative et la bonne administration, CHEVALIER, *Administration*, p. 396 ss.

²⁵⁸¹ Pour une discussion sur le champ d'application de l'art. 41 CDFUE, cf. KRISTJANSDOTTIR, *Administration*, p. 242 ss.

²⁵⁸² GRZESZICK, *Grundrecht*, p. 176 ; MAGIERA, *Art. 41*, N 7.

²⁵⁸³ THURNHERR, *Recht*, p. 466.

²⁵⁸⁴ GRZESZICK, *Grundrecht*, p. 176 ; LEINO, *Efficiency*, p. 683 ; THURNHERR, *Recht*, p. 454 s. ; HESELHAUS, *Verwaltung*, N 28 ss.

²⁵⁸⁵ La version actuelle du Code est disponible sur le site du Médiateur européen, ombudsman.europa.eu > Ressources.

une bonne administration signifie et ce qu'ils peuvent attendre de l'administration européenne en pratique.²⁵⁸⁶ Il s'agit pour l'instant du seul acte mettant en œuvre le droit à une bonne administration qui s'applique à toutes les institutions européennes.²⁵⁸⁷

A l'origine dépourvue de valeur juridique contraignante, la CDFUE a été élevée, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, au même rang que les traités fondamentaux de l'Union européenne.²⁵⁸⁸ L'introduction d'un *droit* à une bonne administration, et notamment son rapport avec le *principe* de la bonne administration, a cependant créé une certaine confusion.²⁵⁸⁹ En particulier, la question de savoir si le droit à une bonne administration revêtait le caractère de droit subjectif, et conférait à ce titre aux individus des prétentions directement invocables en justice, a fait couler beaucoup d'encre.²⁵⁹⁰ Selon la jurisprudence européenne, cela n'est pas le cas. En effet, les juges de l'Union européenne ont considéré que le droit à une bonne administration ne peut être invoqué qu'en combinaison avec l'une de ses composantes procédurales, comme par exemple le droit d'être entendu, le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable et le droit à une motivation.²⁵⁹¹ Pour toute autre exigence qui pourrait découler de la notion de bonne administration, l'invocation du droit à une bonne administration devant un juge n'a donc pas de conséquences directes.

1086

La doctrine se rallie en grande partie à cette opinion, soulignant notamment la difficulté de concevoir la justiciabilité d'un droit à une bonne administration.²⁵⁹² La question des prétentions justiciables renvoie plus particulièrement aux conditions d'accès à la justice et à la détermination des conditions de recevabilité. Ainsi, les individus peuvent généralement agir en justice lorsqu'ils sont en mesure de faire valoir un intérêt digne de protection, impliquant qu'ils aient été atteints ou lésés directement et plus que quiconque.²⁵⁹³ Or, lorsque l'administration ne se conforme pas au standard de « bonne administration » – par exemple celui qui est défini dans le *Code européen de bonne conduite administrative* –, les individus ne sont pas toujours touchés directement. Dans ces cas, un contrôle judiciaire classique n'est que difficilement imaginable. Il convient cependant de souligner que l'absence de justiciabilité pour certaines obligations de l'administration ne signifie pas que l'administration n'est pas tenue de les respecter.

1087

²⁵⁸⁶ Code européen de bonne conduite administrative, Préface, p. 3. Pour l'historique, la fonction et les perspectives de ce Code, cf. MENDES, *Administration*, p. 555 ss.

²⁵⁸⁷ LEINO, *Efficiency*, p. 684.

²⁵⁸⁸ Cf. l'art. 6 al. 1^{er} du Traité sur l'Union européenne.

²⁵⁸⁹ AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 672.

²⁵⁹⁰ Pour les discussions en doctrine sur la question de savoir si le droit à une bonne administration confère des prétentions invocables en justice, cf. notamment BOUSTA, *Administration*, p. 481 ss ; HESELHAUS, *Verwaltung*, N 126 ss ; MENDES, *Administration*, p. 559 ss ; KARLEN, *Recht*, p. 522 ; THURNHERR, *Recht*, p. 458 ; AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 691. Sur le concept de droit subjectif, cf. MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 15 s.

²⁵⁹¹ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance (quatrième chambre) du 4 octobre 2006, *Tillack c. Commission*, Rec. 2006, p. II-03995, N 127. Cf. BOUSTA, *Administration*, p. 484 ; AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 691 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 288 ; THURNHERR, *Recht*, p. 453.

²⁵⁹² TANQUEREL, *Administration*, p. 6 ; AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 692 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 276 ; LEINO, *Efficiency*, p. 708.

²⁵⁹³ TANQUEREL, *Manuel*, N 1358 ss ; MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 727 ss.

Elle n'empêche pas non plus les individus d'invoquer les standards de bonne administration dans une procédure administrative, à l'appui de leurs prétentions.²⁵⁹⁴

1088 On peut donc conclure que le droit à une bonne administration n'est actuellement invocable en justice qu'en combinaison avec l'une des composantes procédurales identifiées. Faut-il en déduire que le droit à une bonne administration est un principe, un devoir général de l'administration²⁵⁹⁵, une règle d'une portée objective²⁵⁹⁶, plutôt qu'un droit fondamental ? N'y aurait-il donc pas de différence entre le principe de bonne administration et le droit à une bonne administration ?²⁵⁹⁷ L'adoption d'un droit à une bonne administration, aurait-il même nui au concept de bonne administration, dans la mesure où l'on se concentre désormais sur les droits subjectifs expressément mentionnés à l'article 41 CDFUE ?²⁵⁹⁸ Ou devrait-on parler d'un droit fondamental de la « troisième génération » ?²⁵⁹⁹

1089 Les réponses à ces questions ne sont pas directement pertinentes pour notre analyse, dès lors que nous cherchons à démontrer l'existence d'un principe d'intégrité et non d'un droit fondamental à une administration intègre.²⁶⁰⁰ Nous nous permettons cependant d'observer que ces réponses n'ont pas toujours une grande importance pratique et que la différence entre un principe et un droit est peut-être plus ténue qu'il n'y paraît :²⁶⁰¹ « there is often no difference between an argument that you have a constitutional right to x, y or z, and an argument that on general moral, political utilitarian, competence grounds it would be better overall for the legal system to intervene on your side »²⁶⁰².

iii. La mise en œuvre de l'exigence d'intégrité dans l'Union européenne

1090 L'exigence d'intégrité est mise en œuvre notamment dans le *Code européen de bonne conduite administrative*. Ce dernier a été adopté par le Médiateur européen et approuvé pour la première fois en 2001 par le Parlement européen. Il n'est pas juridiquement contraignant et constitue donc du droit souple ; certains, dont le Médiateur européen, voudraient cependant que le Code soit transformé en un règlement européen.²⁶⁰³ Même en l'absence de force juridique contraignante, il constituerait « un instrument essentiel pour la mise en œuvre du principe de bonne administration »²⁶⁰⁴. Le Code contient un mélange de principes et de règles, dont les uns relèvent du bloc de légalité

²⁵⁹⁴ BOUSTA, *Administration*, p. 486.

²⁵⁹⁵ TANQUEREL, *Administration*, p. 6.

²⁵⁹⁶ AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 690.

²⁵⁹⁷ L'utilité du droit à une bonne administration est contestée, cf. p. ex. MENDES, *Administration*, p. 559, et KAŇSKA, *Impact*, p. 326.

²⁵⁹⁸ MENDES, *Administration*, p. 562 ; KRISTJANSDOTTIR, *Administration*, p. 252.

²⁵⁹⁹ Cf. TANQUEREL, *Administration*, p. 6.

²⁶⁰⁰ Mentionnons que l'intégrité de l'administration ou la lutte contre la corruption est vue par certains comme un droit fondamental, cf. p. ex. PETERS ANNE, *Korruption und Menschenrechte*, *JuristenZeitung* 2016, p. 217–268.

²⁶⁰¹ LEINO, *Efficiency*, p. 709.

²⁶⁰² Citation de DUNCAN KENNEDY, reprise chez LEINO, *Efficiency*, p. 709.

²⁶⁰³ DE LEEUW, *Ombudsman*, p. 356. Cf. également LEINO, *Efficiency*, p. 681 ss ; MENDES, *Administration*, p. 557 s.

²⁶⁰⁴ Code européen de bonne conduite administrative, Introduction, p. 4. Cf. également AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 684 ; CHEVALIER, *Administration*, p. 183.

classique alors que les autres sont issus de la déontologie.²⁶⁰⁵ Son champ d'application va donc au-delà des droits individuels mentionnés à l'article 41 CDFUE.²⁶⁰⁶ Quatre articles du Code concernent l'intégrité de l'administration : l'article 7 (« Absence d'abus de pouvoirs »), l'article 8 (« Impartialité et indépendance »), l'article 9 (« Objectivité ») et l'article 11 (« Équité »).²⁶⁰⁷

Au sens de l'article 26 du Code, « tout manquement d'une institution ou d'un fonctionnaire à se conformer aux principes énoncés dans le présent Code peut faire l'objet d'une plainte auprès du Médiateur européen »²⁶⁰⁸. Ce dernier article découle directement de l'article 228 al. 1^{er} du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* selon lequel « un médiateur européen [...] est habilité à recevoir les plaintes [...] relatives à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions, organes ou organismes de l'Union ». La mauvaise administration est une notion qui va au-delà de l'illegalité et peut recouvrir notamment les irrégularités ou omissions administratives, les abus de pouvoir ou encore l'incapacité ou le refus d'informer.²⁶⁰⁹ Le Médiateur n'a pas l'obligation d'entrer en matière sur toutes les plaintes ; il « procède aux enquêtes qu'il estime justifiées » et saisit, en cas de mauvaise administration confirmée, l'institution concernée.²⁶¹⁰ Les décisions et avis du Médiateur européen ne sont pas juridiquement contraignants. Il a néanmoins acquis un rôle central dans la promotion de la bonne administration,²⁶¹¹ au point qu'il a été désigné « artisan de la bonne administration »²⁶¹².

1091

Dans la mesure où le Médiateur n'est pas obligé de répondre aux plaintes, le droit de plainte correspond donc à ce que l'on appelle, en Suisse, une dénonciation.²⁶¹³

L'exigence d'intégrité est également explicitée dans les *Principes du service public pour les fonctionnaires de l'UE*²⁶¹⁴ adoptés par le Médiateur européen en 2012. Ces principes constituent une « synthèse de haut niveau des normes éthiques que l'administration publique de l'UE a fait siennes »²⁶¹⁵. Dans la mesure où ces principes relèvent du droit souple, leur violation n'a pas de conséquences juridiques directes. Lors de ses enquêtes et dans ses avis, le Médiateur peut cependant se référer aux principes pour déceler un cas de mauvaise administration.²⁶¹⁶ Ces principes sont au nombre de cinq : engagement envers l'UE et ses citoyens, intégrité, objectivité, respect d'autrui et transparence. Le principe d'intégrité a la teneur suivante :

1092

²⁶⁰⁵ CHEVALIER, *Administration*, p. 184 ss ; DE LEEUW, *Ombudsman*, p. 353 s. ; HESELHAUS, *Verwaltung*, N 110 ss.

²⁶⁰⁶ DE LEEUW, *Ombudsman*, p. 357.

²⁶⁰⁷ Cf. également KAŃSKA, *Impact*, p. 312 s.

²⁶⁰⁸ Art. 26 du Code européen de bonne conduite administrative.

²⁶⁰⁹ CHEVALIER, *Administration*, p. 182.

²⁶¹⁰ Art. 228 al. 1 TFUE.

²⁶¹¹ CHEVALIER, *Administration*, p. 180 s. ; AZOULAI/CLÉMENT-WILZ, *Administration*, p. 684.

²⁶¹² CHEVALIER, *Administration*, p. 183

²⁶¹³ Cf. ci-dessus N 826 ss.

²⁶¹⁴ Le document est disponible sur le site du Médiateur européen : ombudsman.europa.eu > Ressources.

²⁶¹⁵ Code européen de bonne conduite administrative, Introduction, p. 8.

²⁶¹⁶ Code européen de bonne conduite administrative, Introduction, p. 11.

« Les fonctionnaires adoptent à tout moment un comportement adéquat qui résisterait à l'examen public le plus minutieux ; pour s'acquitter de cette obligation, il ne suffit pas simplement d'observer la loi.

Les fonctionnaires ne se soumettent pas à des obligations financières ou autres qui pourraient les influencer dans l'exercice de leurs fonctions, notamment en acceptant des cadeaux. Ils font état promptement de tout intérêt privé en rapport avec leurs fonctions.

Les fonctionnaires prennent des mesures afin d'éviter tout conflit d'intérêts ou l'apparence d'un conflit d'intérêts. Ils prennent des mesures rapides pour résoudre les éventuels conflits. Ils continuent de remplir cette obligation après avoir quitté leurs fonctions. »²⁶¹⁷

1093 En résumé, l'exigence d'intégrité est mise en œuvre notamment par l'adoption de textes de droit souple et l'intervention proactive du Médiateur européen.

d) Conclusion : l'intégrité comme valeur européenne fondamentale

1094 Nous constatons qu'au cours des dernières décennies, le principe de bonne administration s'est développé dans différents ordres juridiques européens. Ce principe, dont l'exigence d'intégrité est un élément constitutif central, traduit la recherche d'un équilibre entre la régularité et l'efficacité de l'action administrative et s'applique dans tout processus administratif. En tant que tel, il fait désormais partie intégrante de la culture juridique européenne, au point qu'il a été consacré en tant que droit fondamental dans la Charte européenne des droits de l'homme de l'Union européenne.²⁶¹⁸ L'intégrité de l'administration publique, comprise comme la lutte contre la corruption, constitue donc comme une valeur européenne fondamentale.

5. Conclusion : la reconnaissance d'un principe d'intégrité

1095 L'analyse du contexte du concept d'intégrité nous montre que celui-ci a émergé comme valeur fondamentale au cours des dernières décennies. A travers l'approche réaliste, nous avons démontré que le souci d'intégrité de l'administration fait partie d'un nouveau contexte administratif, économique et juridique. L'analyse de la place de l'intégrité dans la Constitution a révélé que l'intégrité constituait un élément important de l'Etat de droit démocratique du 21^e siècle. Enfin, le principe de bonne administration, dont l'exigence d'intégrité est un élément, s'est développé dans plusieurs ordres juridiques européens, au point que l'intégrité peut être considérée comme une valeur européenne fondamentale. L'intégrité peut donc être à notre avis qualifiée de principe constitutionnel. Au-delà des mesures concrètes qui en dépendent, la reconnaissance d'un principe d'intégrité a une importance hautement symbolique. Dans ce qui suit, nous esquisserons brièvement les contours d'un tel principe constitutionnel.

²⁶¹⁷ Principes du service public pour les fonctionnaires de l'UE, p. 5.

²⁶¹⁸ Cf. p. ex. CHEVALIER, *Administration*, p. 308 ou 477 s.

III. L'intégrité comme principe constitutionnel – une esquisse

1. Un principe constitutionnel implicite découlant de l'Etat de droit

Nous avons constaté à plusieurs reprises que l'intégrité de l'administration publique n'est pas prévue explicitement dans la Constitution, ni en tant que principe constitutionnel, ni ailleurs dans la Constitution, par exemple parmi les buts ou les tâches de la Confédération. 1096

Nous avons cependant démontré précédemment qu'un tel principe existait à notre avis dans l'ordre juridique suisse, et cela en empruntant différentes approches. L'analyse de la réalité juridique et sociétale (approche réaliste) nous a montré que l'exigence d'intégrité était déjà bien enracinée au niveau de la législation et de la jurisprudence fédérales, ainsi qu'au niveau international. A travers l'approche constitutionnelle, nous avons constaté que l'intégrité émerge aujourd'hui comme principe indépendant parmi les principes de l'Etat de droit. A l'instar du principe d'efficacité, elle vient compléter les principes classiques de l'Etat de droit dans un contexte politico-administratif renouvelé. Enfin, l'approche culturelle et de droit comparé nous a montré que le principe d'intégrité faisait partie intégrante du principe de – ou du droit à une – bonne administration, garanti dans plusieurs Etats européens ainsi qu'au niveau de l'Union européenne. Il est donc ressorti de cette analyse que l'intégrité constitue une valeur européenne fondamentale. 1097

C'est sur ces différentes approches, notamment sur les motivations de l'approche constitutionnelle, que nous nous fondons lorsque nous affirmons que le principe d'intégrité est un principe constitutionnel implicite découlant de l'Etat de droit, prévu à l'article 5 de la Constitution fédérale. 1098

2. Le champ d'application et les destinataires

En tant que principe découlant de l'Etat de droit, l'exigence d'intégrité constitue une idée directrice dans tout l'ordre juridique. Le principe d'intégrité s'applique donc, à l'instar notamment des principes de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité (art. 5 Cst.), dans tous les domaines du droit et guide toute l'activité étatique, qu'elle soit de nature législative, exécutive ou judiciaire. L'intégrité revêt une importance particulière pour la fonction publique, pour l'organisation interne de l'administration publique, pour les marchés publics, pour l'externalisation de tâches publiques ainsi que dans le domaine du contrôle externe de l'administration publique. 1099

Le principe d'intégrité s'adresse à l'Etat, qui englobe toutes les collectivités et autorités publiques, toutes les institutions de droit public et également les privés qui exercent des tâches publiques.²⁶¹⁹ Le principe d'intégrité doit être respecté aussi bien par le législateur que par le pouvoir exécutif et les tribunaux. Il peut jouer un rôle décisif dans le cadre de la pesée des intérêts, notamment lorsqu'il est opposé au principe d'efficacité ou à la liberté économique (art. 27 Cst.). L'application du principe d'intégrité aux 1100

²⁶¹⁹ MAHON, Art. 5, N 4 ; SCHINDLER, Art. 5, N 17. Cf. également ci-dessus N 986 s.

privés exécutant des tâches publiques permet en outre d'éviter que l'Etat contourne les devoirs d'intégrité en externalisant l'accomplissement des tâches publiques.

3. La justiciabilité de certains éléments du principe d'intégrité

1101 A l'instar du principe de la bonne foi (art. 5 Cst.), certains aspects du principe d'intégrité sont justiciables ; à cet égard, il se transforme donc en un droit fondamental. Ces éléments sont actuellement garantis par des droits fondamentaux expressément ancrés dans la Constitution. Ainsi, le droit à une autorité impartiale et indépendante dans une procédure administrative fait partie des garanties générales de procédure consacrées à l'article 29 Cst. Nous avons relevé que, dans la plupart des cas, le Tribunal fédéral interprète actuellement les termes de « procédure administrative » de manière restrictive ; à l'avenir, et notamment sous l'influence du principe d'intégrité, le droit à une autorité intègre pourrait cependant valoir dans tout processus administratif. Le droit de lancer l'alerte est, quant à lui, garanti par le droit de pétition (art. 33 Cst.) et la liberté d'expression (art. 16 Cst.). Celle-ci garantit également une protection aux lanceurs d'alerte, dans certaines conditions. Quant à ces éléments – le droit à une autorité impartiale et indépendante, le droit de dénoncer ainsi que la protection des lanceurs d'alerte –, le principe d'intégrité est donc directement invocable devant le juge, en particulier dans le cadre d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral.²⁶²⁰

1102 Quant à ses autres aspects, le principe d'intégrité ne peut présentement pas être invoqué directement devant le juge ; il a une nature programmatoire. Comme mentionné précédemment, le principe d'intégrité peut cependant servir d'aide à l'interprétation ou jouer un rôle décisif dans la pesée des intérêts. A l'instar de ce que la doctrine a soutenu pour le principe du développement durable ou pour le principe de la subsidiarité, il ne faut cependant pas exclure que d'autres aspects de l'intégrité soient applicables directement à l'avenir.²⁶²¹ On pourrait notamment penser à l'obligation pour les pouvoirs publics de mettre en place un dispositif d'alerte éthique²⁶²², à l'extension du droit à une autorité impartiale et indépendante à tout processus administratif²⁶²³ ainsi qu'à l'obligation positive des pouvoirs publics de publier un certain nombre d'informations en matière d'intégrité²⁶²⁴.

4. Les contenus concrets du principe d'intégrité

1103 La différence entre un simple postulat et un principe tient au fait que l'on peut attribuer au principe des contenus concrets, qui vont au-delà de son importance générale

²⁶²⁰ Cf. pour les motifs du recours en matière de droit public, l'art. 95 ss *Loi sur le Tribunal fédéral*, RS 173.110.

²⁶²¹ Cf. pour le principe de subsidiarité notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel I*, N 2019, et pour le principe du développement durable MARTENET VINCENT, *Un droit fondamental à un air sain ?*, *DEP* 2007, p. 922–950, p. 944.

²⁶²² Cf. ci-dessus N 832 ss.

²⁶²³ Cf. ci-dessus N 658 ss.

²⁶²⁴ Cf. ci-dessus N 801 ss.

pour les activités étatiques et l'organisation de ces dernières.²⁶²⁵ Les cas d'application du principe d'intégrité – et donc en quelque sorte la traduction concrète de la nature programmatoire d'un principe – sont nombreux ; nous les avons analysés en détail dans la deuxième partie de cette étude.²⁶²⁶

Il s'agit tout d'abord des différentes règles de comportement – les devoirs d'intégrité – que doivent observer les agents publics : la réglementation sur les activités accessoires, l'acceptation d'avantages, l'utilisation induite d'informations privilégiées, la déclaration d'intérêts et le devoir de récusation. Les règles sur les incompatibilités en tant que conditions générales d'accès à la fonction publique les complètent. Ces normes peuvent également s'appliquer aux privés exécutant des tâches publiques. Les règles sur les marchés publics constituent également des cas d'application du principe d'intégrité. 1104

Il s'agit ensuite des mesures de droit souple promouvant une culture d'intégrité, telles que les codes de conduite, les serments ou encore la formation éthique des agents publics ou des personnes exécutant des tâches publiques. Les différentes mesures de transparence, notamment l'alerte éthique et la protection des lanceurs d'alerte constituent également des cas d'application du principe d'intégrité. Celui-ci exige également la prise de certaines mesures préventives au niveau de l'organisation interne. Enfin, le principe d'intégrité est promu par des institutions spécialisées telles que le responsable de l'intégrité ou les autorités indépendantes responsables en la matière. 1105

5. La portée préventive et les nouvelles méthodes de contrôle de l'administration

Le principe d'intégrité est caractérisé par sa portée essentiellement préventive. Les mesures de mise en œuvre visent à prévenir les abus, toute forme de corruption et les irrégularités. Cet aspect est également à l'origine des nouvelles méthodes de contrôle de l'administration. Leur but consiste à gérer et résoudre des situations délicates avant que celles-ci ne deviennent problématiques. 1106

6. L'intégrité de *lege ferenda*

a) *L'introduction d'une mention explicite du principe d'intégrité dans la Constitution fédérale*

Nous avons retenu que le principe d'intégrité découle de l'Etat de droit prévu à l'article 5 de la Constitution fédérale. Il n'y est cependant pas expressément mentionné. Logiquement, l'étape suivante consisterait donc à introduire dans la Constitution une mention explicite du principe d'intégrité, et, par-là, de codifier une réalité désormais acquise. Ainsi, on pourrait par exemple ajouter un alinéa 3^{bis} à l'article 5 Cst. qui aurait 1107

²⁶²⁵ WIEDERKEHR, *Fairness*, p. 301.

²⁶²⁶ Cf. ci-dessus §§ 4-8.

la teneur suivante : « Les organes de l'Etat agissent de manière intègre ».²⁶²⁷ La consécration explicite dans la Constitution fédérale du principe d'intégrité représenterait en outre un signal politique fort.

b) *La reconnaissance de l'intégrité comme un droit constitutionnel non écrit*

- 1108 On pourrait se poser la question de savoir si l'intégrité pourrait être reconnue comme un droit constitutionnel non écrit. Pour qu'un droit fondamental non écrit soit reconnu par le Tribunal fédéral, trois conditions cumulatives doivent être remplies : il doit être soit une condition d'exercice d'un autre droit constitutionnel, soit représenter un élément indispensable de l'ordre démocratique fondé sur le droit ; il doit faire l'objet d'un certain consensus au sein de l'ordre juridique suisse ; enfin, il doit être justiciable.²⁶²⁸
- 1109 La première condition est à notre avis remplie. En effet, l'intégrité des pouvoirs publics est une condition à la réalisation de droits fondamentaux comme l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire ou encore, de manière plus générale, les droits sociaux. Elle représente également, nous l'avons démontré précédemment, un élément indispensable de l'ordre démocratique fondé sur le droit.
- 1110 En revanche, le consensus au sein de l'ordre juridique suisse tel qu'exigé par le Tribunal fédéral fait à l'heure actuelle défaut. Tandis que l'exigence d'intégrité a fait son entrée dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux²⁶²⁹ et dans la législation fédérale²⁶³⁰, peu d'auteurs en font état dans leurs écrits. De même, l'intégrité n'est pas consacrée en tant que telle par les constitutions cantonales. Nous avons relevé cependant qu'en cas d'interprétation extensive des dispositions constitutionnelles cantonales sur le devoir de récusation ces dernières pourraient constituer le fondement d'un principe d'intégrité.²⁶³¹ Rappelons également l'article constitutionnel jurassien mentionné ci-dessus.²⁶³²
- 1111 Enfin, quant à la justiciabilité, nous avons constaté précédemment que certains aspects de l'intégrité sont justiciables, tandis que d'autres ne le sont pas. Il n'est cependant pas exclu que la liste des éléments justiciables s'allonge, comme mentionné ci-dessus.
- 1112 En conclusion, nous dirons qu'à l'heure actuelle, l'intégrité telle que décrite plus haut ne remplit pas les critères d'une reconnaissance en tant que droit constitutionnel non écrit. Un tel développement n'est cependant pas exclu à l'avenir.

²⁶²⁷ Rappelons que les principes prévus à l'article 5 Cst. s'appliquent à tous les organes de l'Etat, y compris les privés qui exercent des tâches publiques, cf. ci-dessus N 1099 s. et N 986.

²⁶²⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, N 76, et les arrêts du Tribunal fédéral pertinents y cités.

²⁶²⁹ Cf. ci-dessus N 967 ss.

²⁶³⁰ Cf. ci-dessus N 963 ss.

²⁶³¹ Cf. ci-dessus N 655.

²⁶³² Cf. ci-dessus N 1003.

c) *L'introduction ou la reconnaissance d'un droit à une bonne administration*

Enfin, plutôt que de se focaliser uniquement sur l'intégrité, on pourrait introduire dans la Constitution fédérale un droit à une bonne administration, en suivant l'exemple de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.²⁶³³ L'intégrité de l'administration publique serait alors garantie comme un élément constitutif de la bonne administration. 1113

Nous avons vu que le droit à une bonne administration tel qu'il est garanti par l'article 41 CDFUE ne peut être invoqué qu'en combinaison avec l'une de ses composantes procédurales justiciables.²⁶³⁴ Or, ces composantes procédurales justiciables sont garanties par la Constitution fédérale actuelle. S'il était une copie conforme de l'article 41 CDFUE, un droit à une bonne administration ancré dans la Constitution fédérale n'aurait donc à l'heure actuelle qu'une valeur symbolique. En ce qui concerne plus précisément l'intégrité, un droit à une bonne administration ne garantirait pas une protection supérieure au principe d'intégrité. Cette argumentation doit cependant être nuancée à deux égards. D'une part, si le constituant suisse décide d'introduire un droit à une bonne administration, il est libre d'introduire une version améliorée ou modifiée de l'article 41 CDFUE. Il peut créer un droit fondamental qui va au-delà de celui-ci. D'autre part, le fait que le droit européen à une bonne administration ne puisse actuellement être invoqué qu'en combinaison avec l'une de ses composantes procédurales justiciables ne veut pas dire qu'il en ira ainsi à l'avenir. Le concept de bonne administration sera certainement sujet à des développements dans le futur. 1114

C'est pourquoi le constituant devrait à notre avis envisager d'introduire un droit à une bonne administration. En effet, si le concept de bonne administration peut être critiqué à plusieurs égards et s'il est certainement encore perfectible, son point fort est qu'il permet de combiner – et peut-être, ce qui est encore plus important, de concilier – les principes classiques de l'Etat de droit et les théories managériales, l'idée de performance de l'Etat et du gouvernement. Comme mentionné précédemment, la bonne administration cherche à établir un équilibre entre ces deux visions et « tend à assurer la complémentarité de l'efficacité et de la régularité de l'action administrative ».²⁶³⁵ 1115

D'ailleurs, à l'aide d'une interprétation extensive de l'article 178 Cst., on pourrait considérer qu'il existe déjà un principe de bonne administration dans la Constitution fédérale. L'article 178 al. 1 Cst. exige du Conseil fédéral de veiller à la « bonne exécution des tâches » confiées à l'administration publique. Les termes « bonne exécution des tâches » sont actuellement considérés comme l'un des ancrages du principe d'efficacité²⁶³⁶. Une interprétation plus large de ces termes permettrait d'y voir un principe de bonne administration.²⁶³⁷ En ce sens, l'article 178 al. 1 Cst. constituerait l'équivalent 1116

²⁶³³ Cf. ci-dessus N 1084 ss.

²⁶³⁴ Cf. ci-dessus N 1086 ss.

²⁶³⁵ Cf. ci-dessus N 1065.

²⁶³⁶ MÜLLER, Art. 178, N 28.

²⁶³⁷ Le texte italien se prête également à une telle interprétation (« *corretto adempimento dei compiti* ») ; la version allemande s'y prête cependant moins (« *zielgerichtete Erfüllung* »).

des divers principes de bonne administration connus dans plusieurs ordres juridiques, et viserait à concilier les exigences de régularité et d'efficacité de l'activité étatique.

Conclusion générale

« La femme de César ne doit pas être soupçonnée. »²⁶³⁸

« Un homme juste, loyal, un honnête homme enfin, inspire une confiance qui écarte bien loin tout soupçon de fraude et d'injustice. »²⁶³⁹

« Le peuple de son côté, qui s'aperçoit plutôt de l'avidité des chefs et de leurs folles dépenses, que des besoins publics, murmure de se voir dépouiller du nécessaire pour fournir au superflu d'autrui [et] quand une fois ces manœuvres l'ont aigri jusqu'à un certain point, la plus intègre administration ne viendrait pas à bout de rétablir la confiance. »²⁶⁴⁰

Une problématique ancienne ... – Le souci de l'intégrité de l'administration publique n'est pas un phénomène récent. Au contraire, de nombreux régimes politiques à travers l'histoire se sont intéressés à cette problématique. Malgré la diversité de ces régimes et les différentes époques, les instruments utilisés et les mesures introduites pour combattre les comportements contraires à l'intégrité n'ont pas radicalement changé au cours des siècles. Dans les exemples de règlements historiques, on retrouve par exemple l'interdiction pour les agents publics d'exercer des activités accessoires, l'interdiction d'accepter des avantages ou encore la mesure du serment.²⁶⁴¹ Il s'ensuit que la question qui se pose n'est pas tant celle de savoir comment éliminer la corruption, mais plutôt celle de savoir comment réglementer ou gérer cette problématique. La réponse à cette question dépend notamment du contexte administratif.

1117

... redevient d'actualité – Le contexte administratif a subi de grandes transformations au cours des dernières décennies. Jusque dans les années 1980, l'administration publique suisse était organisée dans une large mesure selon le modèle bureaucratique wébérien.

1118

²⁶³⁸ Proverbe qui date de l'époque de Jules César. Celui-ci organisa une fête chez lui à laquelle ne pouvaient assister que des femmes. Un jeune patricien, Clodius Pulcher, réussit quand même à s'introduire, dans le but de séduire la femme de César. Par la suite, César quitta sa femme, même s'il n'avait aucune preuve contre Clodius. César expliqua que « je veux que tout ce qui m'appartient soit aussi exempt de soupçon de crime » (CICÉRON, *Lettres à Atticus*, Tome I, Lettre 13). Appliqué à l'administration publique, le proverbe exprime le principe selon lequel les institutions publiques doivent se comporter de manière si irrécusable qu'il ne puisse surgir aucun soupçon quant à leur intégrité. Cf. pour le récit de la fête de César notamment CICÉRON, *Lettre à Atticus*, Tome I, Lettre 13, et DION CASSIUS, *Histoire romaine*, Livre trente-septième, N 45.

²⁶³⁹ CICÉRON, *Traité des devoirs* (paru en 44 av. J.-C.), Livre deuxième, N 33.

²⁶⁴⁰ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Discours sur l'économie politique* (paru en 1755), Titre III, p. 83.

²⁶⁴¹ Cf. ci-dessus § 2, notamment N 61 ss.

Celui-ci se caractérisait par sa rationalité et impliquait une vision détaillée du fonctionnariat.²⁶⁴² Critiqué notamment pour sa rigidité et son inefficience, il a cependant été remis en cause à la fin du siècle dernier et plusieurs réformes majeures de l'administration publique ont transformé cette dernière, notamment les privatisations et la décentralisation de l'administration, et les diverses réformes liées au mouvement de la nouvelle gestion publique.²⁶⁴³ Ces réformes ont eu un fort impact sur l'intégrité dans le secteur public.²⁶⁴⁴ L'hybridation des valeurs traditionnelles du secteur public ainsi que l'enchevêtrement des sphères publique et privée ont mené à l'augmentation du nombre de situations de conflits d'intérêts et, selon certains auteurs, à davantage de comportements illicites ou fautifs au sein de l'administration publique. La managérialisation de l'administration publique a appelé l'introduction de mesures de promotion de l'intégrité. On peut donc affirmer que la problématique de l'intégrité est redevenue d'actualité, en particulier en raison des réformes majeures du secteur public.

- 1119 *Le développement de la législation en matière d'intégrité* – A partir des années 1990, les organisations internationales, notamment l'OCDE, le Conseil de l'Europe et les Nations Unies, ont adopté un grand nombre de traités, de recommandations et de résolutions en matière d'intégrité de l'administration publique.²⁶⁴⁵ La problématique a d'abord été traitée dans le cadre de la lutte internationale contre la corruption et est aujourd'hui également associée au mouvement de la bonne administration.²⁶⁴⁶ En parallèle du développement international, les autorités fédérales ont aussi commencé à s'intéresser à cette problématique. Depuis lors, elles ont introduit de nombreuses mesures de prévention de la corruption. Tandis que le cadre constitutionnel n'a pas été modifié, une multitude de lois et d'ordonnances ont été modifiées ou nouvellement adoptées.²⁶⁴⁷ L'importante activité législative déployée tant au niveau international qu'au niveau national, nous indique que l'intégrité de l'administration publique est un sujet qui préoccupe les Etats au 21^e siècle.
- 1120 *Les devoirs d'intégrité des agents publics* – Les agents publics sont soumis à un certain nombre de devoirs d'intégrité²⁶⁴⁸, notamment en matière d'incompatibilités²⁶⁴⁹, d'activités accessoires²⁶⁵⁰, d'acceptation d'avantages²⁶⁵¹, d'utilisation induite d'informations

²⁶⁴² Cf. ci-dessus N 81 ss.

²⁶⁴³ Cf. ci-dessus N 90 ss.

²⁶⁴⁴ Cf. ci-dessus N 104 ss.

²⁶⁴⁵ Cf. ci-dessus N 127 ss.

²⁶⁴⁶ Cf. ci-dessus N 124 ss.

²⁶⁴⁷ Cf. ci-dessus N 148 ss et N 157 ss.

²⁶⁴⁸ Cf. ci-dessus N 210 ss.

²⁶⁴⁹ Cf. ci-dessus N 240 ss.

²⁶⁵⁰ Cf. ci-dessus N 278 ss.

²⁶⁵¹ Cf. ci-dessus N 379 ss.

privilegiées²⁶⁵², de pantouflage (l'emploi d'après-mandat)²⁶⁵³, de déclaration d'intérêts²⁶⁵⁴ et de récusation²⁶⁵⁵. Nous avons constaté à travers l'étude et l'analyse des réglementations de ces divers devoirs qu'au niveau fédéral, la législation est récente, dense au niveau de l'ordonnance, hétérogène et dispersée. Il nous paraît indispensable de mieux coordonner ces réglementations, notamment en définissant des catégories claires, afin de rendre le domaine des devoirs d'intégrité plus cohérent.²⁶⁵⁶

Quant au contenu des réglementations, nous avons constaté dans plusieurs cas que les cadres sont soumis à des standards moins sévères que les agents publics subalternes.²⁶⁵⁷ Or, l'exigence d'intégrité impose à notre avis l'adoption de standards plus élevés et des réglementations plus sévères pour les cadres. Ces réglementations ne sont donc pas conformes à la Constitution. Nous avons proposé cinq critères qui permettent de déterminer quel standard en matière d'intégrité devrait s'appliquer à un agent public : le niveau d'hierarchie, le degré de proximité avec le secteur privé, le fait de disposer ou non de compétences décisionnelles, le fait d'occuper ou non une fonction de surveillance, et, enfin, le fait d'occuper ou non une fonction de régulation. Les deux premiers critères peuvent être réalisés dans une mesure plus ou moins grande, les trois derniers suivent un schéma binaire. Ainsi, si un agent public est placé à un niveau élevé dans la hiérarchie, qu'il entretient des rapports étroits avec le secteur privé, qu'il dispose de compétences décisionnelles, et qu'il a une fonction de surveillance et de régulation, la réglementation sur les activités accessoires qui lui est applicable devrait être très sévère. En revanche, un agent public situé en bas de la hiérarchie, sans rapports avec le secteur privé, sans compétences décisionnelles et n'occupant pas une fonction de surveillance ou de régulation, ne devrait pas être soumis à une réglementation sévère.

1121

Nous avons relevé ensuite que le champ d'application des devoirs d'intégrité est souvent limité aux agents publics et qu'il ne s'étend pas aux privés exécutant des tâches publiques.²⁶⁵⁸ Or, l'Etat se sert de plus en plus de privés pour l'exécution de tâches publiques. Ce faisant, l'Etat ne se défait cependant pas de la problématique de l'intégrité ; cette dernière ne fait que se déplacer. Pour assurer l'intégrité de l'administration publique, il nous paraît important que certaines règles de comportement s'appliquent également aux privés exécutant des tâches publiques. Nous avons d'ailleurs cité quelques exemples de règles et de jurisprudence où ce champ d'application élargi correspond déjà à la réalité juridique. L'extension de certaines obligations d'intégrité aux privés découle à notre avis de l'exigence d'intégrité.

1122

Enfin, nous avons constaté que la législation en matière de devoirs d'intégrité est en tension avec l'alignement du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail.²⁶⁵⁹ Nous avons vu que les obligations d'intégrité se justifient principalement par la nature publique de la fonction qu'exercent les agents publics et le devoir de fidélité

1123

²⁶⁵² Cf. ci-dessus N 429 ss.

²⁶⁵³ Cf. ci-dessus N 476 ss.

²⁶⁵⁴ Cf. ci-dessus N 560 ss.

²⁶⁵⁵ Cf. ci-dessus N 598 ss.

²⁶⁵⁶ Cf. ci-dessus N 674 ss, N 688 et N 692 ss.

²⁶⁵⁷ Cf. ci-dessus N 677 s., N 689 ss et la NBP 1653.

²⁶⁵⁸ Cf. ci-dessus N 679 et N 697 ss.

²⁶⁵⁹ Cf. ci-dessus N 680 s.

qui lie ceux-ci à l'Etat. Les réglementations en matière d'intégrité soulignent en ce sens le caractère irréductible de la figure de l'agent public, une personne au service de l'administration publique et de la chose publique. Ainsi, un alignement ultérieur du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail ne nous semble ni possible ni adéquat. Certaines règles en matière d'obligations d'intégrité sont également en tension avec l'autonomisation et l'indépendance en matière de personnel des entités décentralisées.²⁶⁶⁰ En effet, par le biais des interventions du Parlement fédéral et du Conseil fédéral, une partie de la compétence d'édicter des normes en matière de personnel des entités décentralisées a été re-centralisée.

- 1124 *Les mesures de droit souple* – Les codes de conduite, la formation éthique et le serment constituent des mesures de droit souple promouvant l'intégrité de l'administration publique.²⁶⁶¹ Leur objectif premier est d'instaurer une culture d'intégrité de l'administration ; en ce sens, elles complètent la loi. Ainsi, selon une approche globale, allant au-delà d'une vision strictement positiviste, ces mesures sont primordiales pour créer et maintenir une administration publique intègre.
- 1125 *La transparence et l'intégrité* – La transparence et l'intégrité sont deux concepts fortement interdépendants.²⁶⁶² Nous avons vu que les entités de l'administration centrale et de l'administration centralisée ne sont pour l'instant pas (ou guère) soumises à des obligations concrètes de publication. Or, au vu des exigences constitutionnelles de l'intégrité et de la transparence, nous estimons que ces entités, ainsi que les organismes contrôlés ou financés majoritairement par les pouvoirs publics devraient être tenus de publier activement un certain nombre d'informations en matière d'intégrité, par exemple les liens d'intérêts des cadres, l'identité et d'autres informations sur les partenaires contractuels (marchés publics, concessions ou autres) ou les sommes d'argent reçus par l'administration publique à titre de « sponsoring ».²⁶⁶³ De plus, ces mêmes exigences plaident pour un élargissement du champ d'application des législations sur la transparence aux organismes contrôlés ou financés majoritairement par les pouvoirs publics.²⁶⁶⁴ Nous avons également constaté que l'intégrité de l'administration publique constitue un intérêt primordial dans la pesée des intérêts entre la protection des données personnelles et la transparence.²⁶⁶⁵ Enfin, l'étude et l'analyse de la législation en matière d'alerte éthique en Suisse nous ont montré que les lanceurs d'alerte ne bénéficient pas tous d'une protection adéquate.²⁶⁶⁶ Or, une telle protection devrait être garantie au regard de l'exigence d'intégrité.
- 1126 *Les mesures organisationnelles et institutionnelles* – Nous avons enfin relevé que l'administration fédérale ne dispose ni de responsables de l'intégrité dans les unités administratives ni d'un organe spécialisé en matière d'intégrité. Le système diffus et décentralisé, tel qu'il existe aujourd'hui, n'est à notre avis pas adéquat, notamment parce

²⁶⁶⁰ Cf. ci-dessus N 682.

²⁶⁶¹ Cf. ci-dessus § 6.

²⁶⁶² Cf. ci-dessus § 7.

²⁶⁶³ Cf. ci-dessus N 801 ss.

²⁶⁶⁴ Cf. ci-dessus N 807 ss.

²⁶⁶⁵ Cf. ci-dessus N 810 ss.

²⁶⁶⁶ Cf. ci-dessus N 821 ss.

que nous avons constaté dans les chapitres précédents que les mesures et les règles en matière d'intégrité ne sont souvent pas mises en œuvre de manière cohérente. Nous plaidons donc pour la création ou la désignation d'un organe spécialisé et l'ins-titution de responsables de l'intégrité dans les unités administratives.²⁶⁶⁷

L'intégrité comme intérêt public – L'analyse de la législation et de la jurisprudence fédérales nous a montré que l'intégrité de l'administration publique a émergé comme un intérêt public important dans l'ordre juridique suisse au début du 21^e siècle.²⁶⁶⁸ Par conséquent, l'Etat est tenu d'agir en vue de la réalisation ou de la préservation d'une administration publique intègre. 1127

L'intégrité comme principe constitutionnel – Enfin, nous avons démontré que l'exigence d'intégrité devait être qualifiée de principe constitutionnel en combinant les trois démarches suivantes : une approche réaliste, constitutionnelle ainsi que culturelle et de droit comparé.²⁶⁶⁹ L'approche réaliste, tout d'abord, nous a permis de constater que la réalité économique, administrative et juridique avait fondamentalement changé au cours des dernières décennies.²⁶⁷⁰ L'intégrité joue un rôle fondamental dans ce nouveau contexte ; les nombreuses règles juridiques internationales, fédérales et cantonales en matière d'intégrité ainsi que la jurisprudence en témoignent. L'approche constitutionnelle, ensuite, nous a conduit à établir que l'intégrité était un élément essentiel de l'Etat de droit démocratique au 21^e siècle.²⁶⁷¹ A l'instar du principe d'efficacité, l'exigence d'intégrité vient compléter les principes classiques de l'Etat de droit dans un contexte politico-administratif renouvelé. L'approche culturelle et de droit comparé, enfin, nous a mené à relever que le principe d'intégrité faisait partie intégrante du principe de bonne administration, garanti dans plusieurs Etats européens ainsi qu'au niveau de l'Union européenne.²⁶⁷² L'intégrité constitue ainsi une valeur européenne fondamentale. 1128

Sur la base de ces développements, nous avons conclu à l'existence d'un principe d'intégrité dont la nature est celle d'un principe constitutionnel, au même titre que les principes de l'Etat de droit prévus à l'article 5 de la Constitution fédérale.²⁶⁷³ Le principe d'intégrité demande aux autorités d'agir de manière intègre, c'est-à-dire d'accomplir les tâches publiques sans prendre en compte de manière indue des intérêts privés. De portée essentiellement préventive, il s'applique à tous les domaines du droit et à toutes les autorités, y compris aux privés qui exercent des tâches publiques. 1129

²⁶⁶⁷ Cf. ci-dessus N 865 ss, notamment N 906 et N 937 ss.

²⁶⁶⁸ Cf. ci-dessus § 9.

²⁶⁶⁹ Cf. ci-dessus § 10.

²⁶⁷⁰ Cf. ci-dessus N 1009 ss.

²⁶⁷¹ Cf. ci-dessus N 1020 ss.

²⁶⁷² Cf. ci-dessus N 1061 ss.

²⁶⁷³ Cf. ci-dessus N 1096 ss.

1130 Les réformes administratives des dernières décennies, notamment l'introduction d'éléments de la gestion d'entreprise dans l'administration publique, ont conduit à un enchevêtrement des sphères publique et privée. L'administration publique est cependant tenue de respecter d'autres règles du jeu que l'économie privée, en particulier le principe d'intégrité tel que nous l'avons développé. Il est probable que l'administration publique subira d'autres transformations dans le futur ; les nombreuses mesures promouvant l'intégrité nécessiteront alors d'être adaptées. Assurer l'intégrité de l'administration publique restera toujours un défi pour l'Etat.

Bibliographie

- ABBINK KLAUS, Staff rotation : A powerful weapon against corruption ?, Discussion paper, Laboratorium für experimentelle Wirtschaftsforschung Universität Bonn, Bonn 1999 (ABBINK, Rotation).
- ALLIANCE FOR LOBBYING TRANSPARENCY AND ETHICS REGULATION (ALTER-EU), Block the revolving door : why we need to stop EU officials becoming lobbyists, novembre 2011, disponible sous alter-eu.org (ALTER-EU, Block).
- ANECHIARICO FRANK/JACOBS JAMES B., The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective, Chicago 1996 (ANECHIARICO/JACOBS, Integrity).
- ANNOVAZZI MATTIA, Le incompatibilità per attività dei magistrati a tempo pieno. Con particolare riguardo al Cantone Ticino, *Justice - Justiz - Giustizia* 3/2017 (ANNOVAZZI, Incompatibilità).
- AUBY JEAN-BERNARD, Conflict of interest and administrative law, in Peters Anne/Handschin Lukas (édit.), Conflict of interest in global, public and corporate governance, Cambridge 2013 (AUBY, Conflict).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Commentaire de l'art. 144 Cst., in Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (AUBERT, Art. 144).
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse : L'Etat, Volume I, 3^e éd., Berne 2013 (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I).
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse : Les droits fondamentaux, Volume II, 3^e éd., Berne 2013 (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II).
- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, Delibera n. 831 del 3 agosto 2016. Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016, Rome 2016 (ANAC, PNA 2016).
- AZOULAI LOÏC/CLÉMENT-WILZ LAURE, La bonne administration, in Auby Jean-Bernard/Dutheil de la Rochère Jacqueline, Traité de droit administratif européen, 2^e éd., Bruxelles 2014 (AZOULAI/CLEMENT-WILZ, Administration).
- BAUMANN ROBERT ET AL., Les incompatibilités personnelles – les réglementations fédérales et cantonales, *LeGes* 2/2008, p. 217–244 (BAUMANN ET AL., Incompatibilités).

- BÉGIN LUC, Légiférer en matière éthique : le difficile équilibre entre éthique et déontologie, *Ethique publique* 1/2011, p. 39–61 (BÉGIN, Légiférer).
- BELLANGER FRANÇOIS, Le devoir d'information de l'Etat, *in* Bellanger et al. (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel. Journée de la responsabilité civile 2008, Genève/Zurich/Bâle 2009 (BELLANGER, Information).
- BELLANGER FRANÇOIS/ROY CÉLINE, Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique suisse, *in* Ladner Andreas et al. (édit.), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013 (BELLANGER/ROY, Evolution).
- BELSER EVA MARIA, Einleitung, *in* Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Bundesverfassung. Basler Kommentar, Bâle 2015 (BELSER, Einleitung).
- BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD, Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011 (BELSER/EPINEY/WALDMANN, Datenschutzrecht).
- BENTHAM JÉRÉMIE, Tactique des assmblées politiques délibérantes. Extraits des manuscrits, Bruxelles 1840 (BENTHAM, Tactique).
- BERTÓK JÁNOS, Towards a Sound Integrity Framework : Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation, document OCDE GOV/PGC/GF(2009)1, novembre 2008 (BERTÓK, Integrity).
- BERTOSSA BERNARD, La convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption: quelle mise en œuvre en Suisse ?, *in* Balmelli Tiziano/Jaggy Bernard (édit.), Les traités internationaux contre la corruption: l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse, Lausanne/Berne/Lugano 2004 (BERTOSSA, Convention).
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, 2^e éd., Zurich 2017 (BIAGGINI, [article]).
- BLEICKER OLIVIER, Contrôles de sécurité relatifs aux personnes, *Sécurité & Droit* 3/2015, p. 157–169 (BLEICKER, Contrôles).
- BLÖCHLINGER KARIN, Amtsgeheimnis und Behördenkooperation. Zum Spannungsfeld von Geheimnisschutz und Verwaltungstätigkeit, Zurich 2015 (BLÖCHLINGER, Amtsgeheimnis).
- BOERSMA MARTINE, Corruption : A Violation of Human Rights and A Crime und International Law ?, Maastricht 2012 (BOERSMA, Corruption).
- BODIGUEL JEAN-LUC, Pourquoi a-t-on tant besoin d'éthique ?, *Ethique publique* 1/2004 (BODIGUEL, Ethique).
- BORGHI MARCO, Droits de l'homme : fondement universel pour une loi anti-corruption ; le cas de la Suisse, *in* Borghi Marco/Meyer-Bisch Patrice (édit.), La corruption, l'envers des droits de l'homme, Fribourg 1998 (BORGHI, Fondement).

- BOUSTA RHITA, Who Said There is a 'Right to Good Administration ? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, *European Public Law* 3/2013, p. 481–488 (BOUSTA, Administration).
- BOUSTA RHITA, Essai sur la notion de bonne administration en droit public, Paris 2010 (BOUSTA, Essai).
- BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015 (BOVAY, Procédure).
- BRAUN RUDOLF, Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz. Aufriss einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte des 18. Jahrhunderts, Göttingen/Zurich 1984 (BRAUN, Ancien régime).
- BRUNNER STEPHAN C., Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen : Ein Leitfaden, *ZBl* 2010, p. 595–636 (BRUNNER, Persönlichkeitsschutz).
- BRUNNER STEPHAN C./MADER LUZIUS, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung : Entstehung, Konezpt, Kontext, in Brunner Stephan C./Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz. Stämpflis Handkommentar, Berne 2008 (BRUNNER/MADER, BGÖ).
- BUCHER ERNST, Die bernischen Landvogteien im Aargau, Zurich 1944 (BUCHER, Landvogteien).
- BUFFAT MALEK, Les incompatibilités. Etude de droit federal et cantonal (Berne, Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura), Lausanne 1987 (BUFFAT, Incompatibilités).
- BUGE ERIC, Droit de la vie politique, Paris 2018 (BUGE, Politique).
- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, Regelungen zur Integrität, Berlin août 2014 (BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, Integrität).
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3^e éd., Berne 1931 (BURCKHARDT, Kommentar).
- CANDRIAN ANDREA, Die Umsetzung der UNO Konvention gegen die Korruption in das Schweizerische Recht, in Balmelli Tiziano/Jaggy Bernard (édit.), Les traités internationaux contre la corruption: l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse, Lausanne/Berne/Lugano 2004 (CANDRIAN, UNO-Konvention).
- CANTONE RAFFAELE/MERLONI FRANCESCO, Presentazione, in Cantone Raffaele/Merloni Francesco (édit.), La nuova autorità nazionale anticorruzione, Turin 2015 (CANTONE/MERLONI, Presentazione).
- CARINGELLA FRANCESCO/MAZZAMUTO SALVATORE/MORBIDELLI GIUSEPPE, Manuale di Diritto Amministrativo, 10^e éd., Rome 2016 (CARINGELLA/MAZZAMUTO/MORBIDELLI, Manuale).

- CARLONI ENRICO, Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici, *Istituzioni del federalismo* 2/2013, p. 377–407 (CARLONI, Codice).
- CARRANZA CARLOS/MICOTTI SÉBASTIEN, Whistleblowing : problèmes et perspectives, *PJA* 8/2007, p. 981–1001 (CARRANZA/MICOTTI, Whistleblowing).
- CASSANI URSULA, La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ?, in Cassani Ursula/Héritier Lachat Anne (édit.), *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Genève/Bâle/Zurich 2011, p. 33–61 (CASSANI, Lutte).
- CASSESE SABINO, New paths for administrative law : A manifesto, *International Journal of Constitutional Law* 3/2012, p. 603–613 (CASSESE, Manifesto).
- CASSESE SABINO, Il diritto alla buona amministrazione, 2009, disponible sous irpa.eu (CASSESE, Amministrazione).
- CERRILLO-I-MARTINEZ AGUSTI, Public transparency as a tool to prevent corruption in public administration, in Cerillo-I-Martínez Agustí/Ponce Juli (édit.), *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruxelles 2017 (CERRILLO, Transparency).
- CERRILLO-I-MARTÍNEZ AGUSTÍ/PONCE JULI, Presentation, in Cerrillo-I-Martínez Agustí/ Ponce Juli (édit.), *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruxelles 2017 (CERRILLO/PONCE, Presentation).
- CHALTIEL TERRAL FLORENCE, *Les lanceurs d'alerte*, Paris 2018 (CHALTIEL TERRAL, Alerte).
- CHAKSAD DAVID, *Die verwaltungsrechtliche Aufsichtsanzeige*, Zurich/Bâle/Genève 2015 (CHAKSAD, Aufsichtsanzeige).
- CHAMBON FRANÇOIS/GASPON OLIVIER, *La déontologie administrative. Des valeurs du service public à un management de la prévention des risques*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux 2015 (CHAMBON/GASPON, Déontologie).
- CHÊNE MARIE, The use of technology for managing income and asset declarations, U4 Expert Answer, septembre 2015, disponible sur www.u4.no (CHÊNE, Technology).
- CHEVALIER EMILIE, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles 2014 (CHEVALIER, Administration).
- CHITI EDOARDO, Mismanagement by European Agencies : Concerns, institutional responses, and lessons, in Auby Jean-Bernard/Breen Emmanuel/Perroud Thomas (édit.), *Corruption and conflicts of interest. A comparative law approach*, Cheltenham 2014 (CHITI, Agencies).
- CHICHE JEAN ET AL., *Du favoritisme à la corruption. Les définitions concurrentes de la probité publique*, in Lascoumes Pierres (édit.), *Favoritisme et corruption à la française. Petits arrangements avec la probité*, Paris 2010 (CHICHE ET AL., Favoritisme).

- CHOLLET ANTOINE/FONTAINE ALEXANDRE, *Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe (XVI^e – XXI^e siècles)*. Actes du Colloque international de Lausanne (27-28 octobre 2017), Berne 2017 (CHOLLET/FONTAINE, *Expériences*).
- CICÉRON, *Traité des devoirs (De Officiis)*, Traduction du latin par Henri Joly, Paris 2011 (CICÉRON, *Traité*).
- CLARICH MARCELLO/MATTARELLA BERNARDO GIORGIO, *La prevenzione della corruzione*, in Mattarella Bernardo Giorgio/Pelissero Marco (édit.), *La legge anticorruzione. Prevenzione et repressione della corruzione*, Turin 2013 (CLARICH/MATTARELLA, *Prevenzione*).
- COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Bilan sur les notions de « bonne gouvernance » et « bonne administration »* (CDL(2011)006), Strasbourg 2011 (COMMISSION DE VENISE, *Bilan*).
- CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Mise en place d'un système de contrôle interne*, 2^{ème} édition, octobre 2007 (CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *SCI*).
- COOPER TERRY L., *The Emergence of Administrative Ethics as a Field of Study in the United States*, in Cooper Terry L. (édit.), *Handbook of Administrative Ethics*, New York 1994 (COOPER, *Emergence*).
- COSGROVE LISA/WHITAKER ROBERT, *Finding Solutions to Institutional Corruption : Lessons from Cognitive Dissonance Theory*, *Edmond J. Safra Working Papers* n° 9, 2013 (COSGROVE/WHITAKER, *Solutions*).
- COTTIER BERTIL, *Accès aux documents administratifs : La Cour EDH pose des critères précis*, *Medialex* 2017, p. 148–158 (COTTIER, *Accès*).
- COTTIER BERTIL, *Commentaire de l'art. 4 LTrans*, in Brunner Stephan C./Mader Luzius, *Stämpflis Handkommentar : Öffentlichkeitsgesetz*, Berne 2008 (COTTIER, *Art. 4*).
- CRAVERO CAROL, *Les pactes d'intégrité dans les marchés publics : les expériences en Italie, Allemagne, Bulgarie, Suisse et Mexique*, in Folliot Lalliot Laurence/Torricelli Simone (édit.), *Contrôles et contentieux des contrats publics*, Bruxelles 2018 (CRAVERO, *Pactes*).
- CZOUZ-TORNARE ALAIN-JACQUES, « Mercenaires », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (CZOUZ-TORNARE, *Mercenaires*).
- D'ALTERIO ELISA, *Regolare, vigilare, punire, giudicare : l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giornale di diritto amministrativo* 4/2016 (D'ALTERIO, *ANAC*).
- DAGTOGLOU PRODROMOS, *Befangenheit und Funktionenhäufung in der Verwaltung*, in Doerhing Karl et al. (édit.), *Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Munich 1967, p. 65–103 (DAGTOGLOU, *Befangenheit*).
- DE BENEDETTO MARIA, *Corruption and Controls*, *European Journal of Law Reform* 4/2015, Vol. 17, p. 479–501 (DE BENEDETTO, *Corruption*).

- DE LEEUW MAGDALENA ELISABETH, *The European Ombudsman's Role as a Developer of Norms of Good Administration*, *European Public Law* 2011, p. 349–368 (DE LEEUW, Ombudsman).
- DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, *La corruption au niveau de l'Etat et des administrations – une question de définition. Réflexions générales sur l'approche du législateur suisse et quelques propositions concrètes*, in *Association suisse du droit public de l'organisation*, Annuaire 2014, Berne 2015 (DE ROSSA GISIMUNDO, Corruption).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *Quelle autonomie pour l'Etat ?*, *RDS* 2018, p. 241–302 (DÉFAGO GAUDIN, Autonomie).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *Les obstacles à la privatisation de la fonction publique*, in *Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (DÉFAGO GAUDIN, Obstacles).
- DEMMKE CHRISTOPH, *Öffentliche Meinung, Ethik und die Reform der öffentlichen Dienste in Europa*, in *Von Maravić/Reichard Christoph (édit.), Ethik, Integrität und Korruption – Neue Herausforderungen im sich wandelnden öffentlichen Sektor?*, Potsdam 2005 (DEMMKE, Ethik).
- DEMMKE CHRISTOPH ET AL., *Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union. A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions*, Maastricht 2007 (DEMMKE ET AL., Conflicts).
- DEVOTO GIACOMO/OLI GIAN CARLO, *Vocabolario della lingua italiana*, Milan 2012 (DEVOTO-OLI).
- DI CRISTINA FABIO, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in *Mattarella Bernardo Giorgio/Pelissero Marco (édit.), La legge anticorruzione. Prevenzione et repressione della corruzione*, Turin 2013 (DI CRISTINA, Piani).
- DIMITROPOULOS GEORGIOS, *Compliance through Collegiality : Peer Review in International Law*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 2016 (37), p. 275–340 (DIMITROPOULOS, Collegiality).
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014 (DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Commentaire de l'art. 321a CO*, in *Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (édit.), Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (DUNAND, Art. 321a CO).
- EHRENZELLER BERNHARD/SAXER URS/BRUNNER FLORIAN, *Commentaire de l'art. 180 Cst.*, in *Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung*.

- Commentaire saint-gallois, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2008 (EHRENZEL-
LER/SAXER/BRUNNER, Art. 180).
- EIGEN PETER, Changer les règles du jeu, *in* Cassani Ursula/Héritier Lachat Anne (édit.),
Lutte contre la corruption internationale. The never ending story, Ge-
nève/Bâle/Zurich 2011, p. 1–6 (EIGEN, Jeu).
- EISEN NORMAN L./PAINTER RICHARD/TRIBE LAURENCE H., The Emoluments Clause : its
text, meaning, and application to Donald J. Trump, 16 décembre 2016, disponible
sur le site du Brookings Institute (brookings.edu) (EISEN/PAINTER/TRIBE, Emolu-
ments).
- EMERY YVES, Nouvelles politiques et processus de gestion publique des ressources hu-
maines, *in* Ladner Andreas et al. (édit.), Manuel d'administration publique suisse,
Lausanne 2013 (EMERY, GRH)
- EMERY YVES, Introduction, *in* Ladner Andreas et al. (édit.), Manuel d'administration
publique suisse, Lausanne 2013, p. 445–459 (EMERY, Introduction).
- EMERY YVES, Les cadres dirigeants dans l'après nouvelle gestion publique, *in* Schwei-
zerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW), Annuaire des
sciences administratives suisses, Berne 2010 (EMERY, Cadres).
- EMERY YVES/WYSER CAROLE, The Swiss Federal Administration in the context of
downsizing : public servants' perception about their work environment and ethi-
cal issues, *in* Huberts Leo/Maesschalck Jeroen/Jurkiewicz Carole L. (édit.), Ethics
and Integrity of Governance. Perspectives Across Frontiers, Cheltenham 2008 (EM-
ERY/WYSER, Downsizing).
- ENGI LORENZ, Zum Prinzipienbegriff im öffentlichen Recht, *ZBl* 2017, p. 59–67 (ENGI,
Prinzipienbegriff).
- ENGI LORENZ, Gesetzmässigkeit der Verwaltung heute, *recht* 2006, p. 17–25 (ENGI, Ge-
setzmässigkeit).
- EPINEY ASTRID, Commentaire de l'art. 5 Cst., Waldmann Bernhard/Belser Eva Ma-
ria/Epiney Astrid (édit.), Bundesverfassung. Basler Kommentar, Bâle 2015 (EPI-
NEY, Art. 5).
- FEHLING MICHAEL, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe,
Tübingen 2001 (FEHLING, Unparteilichkeit).
- FELLER RETO, Commentaire de l'article 10 PA, *in* Auer Christoph/Müller Mar-
kus/Schindler Benjamin (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwal-
tungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich/St-Gall 2019 (FELLER, Art. 10).
- FIJNAUT CYRILLE/HUBERTS LEO, Corruption, Integrity and Law Enforcement : An Int-
roduction, *in* Fijnaut Cyrille/Huberts Leo (édit.), Corruption, Integrity and Law
Enforcement, La Haye 2002 (FIJNAUT/HUBERTS, Introduction).

- FLÜCKIGER ALEXANDRE, (Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019 (FLÜCKIGER, Légistique).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Les instruments de soft law en droit public, *in* Ladner Andreas et al. (édit.), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013 (FLÜCKIGER, Instruments).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires, *RDS* 2/2004, p. 159–303 (FLÜCKIGER, Régulation).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité, *RDAF I* 2001, p. 93–119 (FLÜCKIGER, Efficacité).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/HÄNNI DOMINIQUE, La saisine de la Cour des comptes du canton de Genève sur dénonciation anonyme. Avis de droit du 2 mai 2018 (FLÜCKIGER/HÄNNI, Saisine).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/MINETTO MIKE, La communication de documents officiels contenant des données personnelles : la pesée des intérêts dans la pratique des autorités fédérales, *RDAF* 2017 I, p. 558–588 (FLÜCKIGER/MINETTO, Communication).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/JUNOD VALÉRIE, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH. Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse, *Jusletter* du 27 février 2017 (FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/GRODECKI STÉPHANE, La clarté : un nouveau principe constitutionnel ?, *RDS* 2017, p. 31–62 (FLÜCKIGER/GRODECKI, Clarté).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/HÄNNI DOMINIQUE, La transparence en matière d'activités accessoires dans les hautes écoles en Suisse. Régimes juridiques et droits d'accès, *Jusletter* du 3 octobre 2016 (FLÜCKIGER/HÄNNI, Transparence).
- FRYDMAN BENOÎT/LEWKOWICZ GREGORY, Les codes de conduite : source du droit global ?, *in* Hachez Isabelle et al. (édit.), Les sources du droit revisitées. Vol. I : Normes internationales et constitutionnelles, Limal 2012 (FRYDMAN/LEWKOWICZ, Codes).
- GAFFIOT FÉLIX, Dictionnaire latin-français, Paris 1934 (GAFFIOT).
- GARDINI GIANLUCA, Il paradosso della trasparenza in Italia : dell'arte di rendere oscure le cose semplici, *federalismi.it* 1/2017 (GARDINI, Paradosso).
- GAROFOLI ROBERTO/FERRARI GIULIA, Manuale di diritto amministrativo, 10^e éd., Rome 2016 (GAROFOLI/FERRARI, Manuale).
- GASH ALISON L./TROST CHRISTINE, Introduction, *in* Trost Christine/Gash Alison L. (édit.), Conflict of Interest and Public Life. Cross-National Perspectives, New York 2008 (GASH/TROST, Introduction).
- GERBER RUDOLF, Zur Anahme von Geschenken durch Beamte des Bundes, *RPS* 1979, p. 243–263 (GERBER, Geschenke).

- GIACOMETTI ZACCARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*. 1. Band, Zurich 1960 (GIACOMETTI, *Verwaltungsrecht*).
- GIAUQUE DAVID, *Motivations et identités des agents publics suisses*, in Ladner Andreas et al. (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne 2013, p. 445–459 (GIAUQUE, *Motivations*).
- GIUFFRÈ FELICE, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto : il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in Nicotra Ida Angela (édit.), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Turin 2016 (GIUFFRÈ, *Autorità*).
- GNÄGI ERNST, *Le GRECO et ses effets sur la lutte contre la corruption en Suisse*, *RtiD* 2014/1, p. 497–512 (GNÄGI, *GRECO*).
- GONSET AUGUSTE, *De la corruption des fonctionnaires publics : étude de droit comparé*, Neuchâtel 1897 (GONSET, *Corruption*).
- GRAF LAMBSDORFF JOHANN, *Preventing Corruption by Promoting Trust – Insights from Behavioral Science*, *Passauer Diskussionspapiere : Volkswirtschaftliche Reihe* 69/2015 (GRAF LAMBSDORFF, *Corruption*).
- GREBSKI LUKASZ/MALLA JASMIN, *Commentaire de l'art. 21 LPers*, in Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG)*, Berne 2013 (GREBSKI/MALLA, *Art. 21*).
- GROEBNER VALENTIN, « Pensions », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (GROEBNER, *Pensions*).
- GRZESZICK BERND, *Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung – Strukturen und Perspektiven des Charta-Grundrechts auf eine gute Verwaltung*, *Europarecht* 2006, p. 162–181 (GRZESZICK, *Grundrecht*).
- GULLO NICOLA, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, *Nuove autonomie* 3/2014, p. 521–541 (GULLO, *Politica*).
- GUZZETTA GIOVANNI, *Legal standards and ethical norms. Defining the limits of conflicts regulations*, in Trost Christine/Gash Alison L. (édit.), *Conflict of Interest and Public Life. Cross-National Perspectives*, New York 2008 (GUZZETTA, *Limits*).
- HABLÜTZEL PETER, *Bureaucrates, managers ou concepteurs de systèmes ? L'administration Suisse et la direction de l'administration en pleine evolution*, in Ladner Andreas et al. (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne 2013, p. 445–459 (HABLÜTZEL, *Bureaucrates*).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich/St-Gall 2016 (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*).
- HANGARTNER YVO, *Whistleblowing in der öffentlichen Verwaltung*, *PJA* 2012, p. 490–498 (HANGARTNER, *Whistleblowing*).

- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht (ausgewählte Fragen), *in* Biaggini Giovanni et al., Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zurich 2015 (HÄNER, Organisationsrecht).
- HÄNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess: unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses im Bund, Zurich 2000 (HÄNER, Verwaltungsverfahren).
- HÄNER ISABELLE, Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, *in* Helbling Peter/Poledna Thomas (édit.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999 (HÄNER, Grundrechte).
- HÄNNI DOMINIQUE, L'examen par les pairs en droit international : quelle légitimité procédurale ? L'exemple du GRECO et les cycles d'évaluation, *in* Auby Jean-Bernard (édit.), Le futur du droit administratif, Paris 2019, (HÄNNI D., GRECO).
- HÄNNI PETER, Personalrecht des Bundes, *in* Schindler Benjamin et al. (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Band I, Teil 2 : Organisationsrecht, 3^e éd., Bâle 2017 (HÄNNI, Personalrecht).
- HÄNNI PETER, Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht, Fribourg 1982 (HÄNNI, Treuepflicht).
- HEJKA-EKINS APRIL, Ethics in Inservice Training, *in* Cooper Terry L. (édit.), Handbook of Administrative Ethics, New York 1994 (HEJKA-EKINS, Training).
- HELBLING PETER, Commentaire de divers articles de la LPers, *in* Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (édit.), Stämpfli Handkommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG), Berne 2013 (HELBLING, [article]).
- HENRY PHILIPPE, « Service étranger », *in* Dictionnaire historique de la Suisse, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (HENRY, Service étranger).
- HEROLD HANS, Verwaltungsrecht im Mittelalter, *in* Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (édit.), Festgabe Fritz Fleiner zum siebzigsten Geburtstag am 24. Januar 1937, Zurich 1937 (HEROLD, Mittelalter).
- HESELHAUS SEBASTIAN, § 57 Recht auf eine gute Verwaltung, *in* Heselhaus Sebastian/Nowak Carsten (édit.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, Munich 2006 (HESELHAUS, Verwaltung).
- HEYWOOD PAUL M./ROSE JONATHAN, Curbing corruption or promoting integrity? Probing the hidden conceptual challenge, *in* Hardi Peter/Heywood Paul M./Torsello Davide (édit.), Debates of Corruption and Integrity. Perspectives from Europe and the US, Londres 2015 (HEYWOOD/ROSE, Challenge).
- HIGGINS IMELDA, Corruption law, Dublin 2012 (HIGGINS, Corruption).
- HINE DAVID, Conclusion. Conflict-of-interest regulation in its institutional context, *in* Trost Christine/Gash Alison L. (édit.), Conflict of Interest and Public Life. Cross-National Perspectives, New York 2008 (HINE, Conclusion).

- HODEL THOMAS P., *Der politische Eid in der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundes*, Zurich 1993 (HODEL, Eid).
- HOEKSTRA ALAIN/BELLING ALEX/VAN DER HEIDE ELI, *A paradigmatic shift in ethics and integrity management within the Dutch public sector ? Beyond compliance – a practioners’ view*, in Huberts Leo/Maesschalck Jeroen/Jurkiewicz Carole (édit.), *Ethics and Integrity of Governance. Perspectives Acroos Frontiers*, Cheltenham 2008 (HOEKSTRA/BELLING/VAN DER HEIDE, Shift).
- HOFSTETTER DAVID, *Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV). Ausgewählte Aspekte*, Zurich 2014 (HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip).
- HOLENSTEIN ANDRÉ, « Pays sujets », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (HOLENSTEIN, Pays sujets).
- HÖSLI PETER, *Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, Zurich/Bâle/Genève 2002 (HÖSLI, Verfahrensbeschleunigung).
- HUBERTS LEO/HOEKSTRA ALAIN, *Integrity management in the public sector. The Dutch approach*, La Haye 2016 (HUBERTS/HOEKSTRA, Integrity).
- HUBERTS LEO, *The Integrity of Governance. What It Is, What We Know, What Is Done, and Where to Go*, Hampshire/New York 2014 (HUBERTS, Governance).
- JAGGY BERNARD, *La Convention de l’ONU contre la corruption : autopsie d’une négociation*, in Balmelli Tiziano/Jaggy Bernard (édit.), *Les traités internationaux contre la corruption: l’ONU, l’OCDE, le Conseil de l’Europe et la Suisse*, Lausanne/Berne/Lugano 2004 (JAGGY, Convention).
- JANETT DANIEL, *L’éthique professionnelle dans l’administration fédérale suisse, Ethique publique 1/2002* (JANETT, Ethique).
- JOUTSEN MATTI, *The United Nations Convention Against Corruption*, in Graycar Adam/Smith Russell G. (édit.), *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*, Stockport 2011 (JOUTSEN, UNCAC).
- JUNGO NICOLE, *Whistleblowing – Lage in der Schweiz, recht 2012*, p. 65–79 (JUNGO, Whistleblowing).
- JUNOD VALÉRIE, *Lancer l’alerte : quoi de neuf depuis Guja ? (Cour eur. dr. h., Bucur et Toma c. Roumanie, 8 janvier 2013)*, *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 2014, p. 459–482 (JUNOD, Alerte).
- JUNOD VALÉRIE, *Les conflits d’intérêts dans l’administration, en particulier à l’OFSP et chez Swissmedic*, in Guillod Olivier (édit.), *Conflits d’intérêts dans le système de santé : 15^e Journée de droit de la santé et l’Institut de droit de la santé (IDS)*, Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2009 (JUNOD, Conflits).

- KAŃSKA KLARA, Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights, *European Law Journal* 3/2004, p. 296–326 (KAŃSKA, Impact).
- KARLEN PETER, Das Recht auf eine gute Verwaltung – eine beachtenswerte Idee in fragwürdiger Gestalt, *ZBl* 115/2014, p. 521–522 (KARLEN, Recht).
- KESSLER GIANCARLO, « Gruppo di lavoro interdipartimentale »: lotta contro la corruzione, *RtiD* 2014/1, p. 489–496 (KESSLER, Corruzione).
- KIENER REGINA, Commentaire de l’article 6 LTF, in Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans, *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2011 (KIENER, Art. 6).
- KIENER REGINA, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, *RJB* 139/2003, 681–751 (KIENER, Rechtsprechung).
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit : verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Berne 2001 (KIENER, Unabhängigkeit).
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2015 (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Verfahrensrecht).
- KIRCHHOF PAUL, Die Bedeutung der Unbefangenheit für die Verwaltungsentscheidung, *Verwaltungsarchiv* 1975, p. 370–386 (KIRCHHOF, Unbefangenheit).
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechts-pflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013 (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren).
- KÖLZ ALFRED/BOSSHART JÜRIG/RÖHL MARTIN, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich. Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungs-sachen (Verwaltungsrechts-pflegegesetz) vom 24. Mai 1959*, 2^e éd., Zurich 1999 (KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Verwaltungsrechtspflegegesetz).
- KRISTJÁNSDÓTTIR MARGRÉT VALA, Good administration as a Fundamental Right, *Icelandic Review of Politics & Administration* 1/2013, p. 237–255 (KRISTJÁNSDÓTTIR, Administration).
- LACROIX ANDRÉ, L’insuffisance du droit en matière d’éthique ou les lois sur l’éthique : voyage au pays de l’absurde !, *Ethique publique* 1/2011, p. 95–115 (LACROIX, Insuffisance).
- LALONDE LOUISE, Les « lois éthiques », un défi pour le droit, *Ethique publique* 1/2011, p. 117–135 (LALONDE, Défi).
- LAMBOO TERRY/VAN DOOREN WOUTER/HEYWOOD PAUL M., *Prime witnesses ? Case studies of staff assessments for monitoring integrity in the European Union*, La Haye 2015 (LAMBOO/VAN DOOREN/HEYWOOD, Witnesses).

- LASCOUMES PIERRE, Une démocratie corruptible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts, Paris 2011 (LASCOUMES, Démocratie).
- LAWTHER WENDELL C., Ethical Challenges in Privatizing Government Services, *Public Integrity* 2004/2, p. 141–153 (LAWTHER, Challenges).
- LE PETIT ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, par Robert Paul, Paris 2012 (LE PETIT ROBERT).
- LEINO PÄIVI, Efficiency, Citizens and Administrative Culture. The Politics of Good Administration in the EU, *European Public Law* 4/2014, p. 681–710 (LEINO, Efficiency).
- LIENHARD ANDREAS, Wirkungsorientierte Verwaltung – Allgemeine Entwicklung und Situation in der Schweiz, in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (édit.), *Wirkungsorientiert Verwaltung und Öffentlicher Dienst. Gesammelte Vorträge*, Vienne/Graz 2013 (LIENHARD, Entwicklung).
- LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analyse – Anforderungen – Impulse, Bern 2005 (LIENHARD, NPM).
- LITTRÉ PAUL-EMILE, Dictionnaire de la langue française, Chicago 1991 (LITTRÉ).
- LOCHAK DANIELE, Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives, *Revue des droits de l'homme* 10/2016 (LOCHAK, Réflexions).
- LORENZONI LIVIA, Risk-based approaches towards corruption prevention, in Cerrillo-I-Martínez Augustí/Ponce Juli (édit.), *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruxelles 2017 (LORENZONI, Risk-based).
- LUMINATI MICHELE, Serments, in Dictionnaire historique de la Suisse, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (LUMINATI, Serments).
- MÄENPÄÄ OLLI, The rule of law and administrative implementation in Finland, in Nuotio Kimmo/Melander Sakari/Huomo-Kettunen Merita (édit.), *Introduction to Finnish Law and Legal Culture*, Helsinki 2012 (MÄENPÄÄ, Rule).
- MAESSCHALCK JEROEN, Une politique d'intégrité dans l'administration : comment dépasser les bonnes intentions ?, *Pyramides* 16/1 2008 (MAESSCHALCK, Intégrité).
- MAGIERA SIEGRFRIED, Commentaire de l'article 41, in Meyer Jürgen (édit.), *Kommentar der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3^e éd., Baden-Baden 2011 (MAGIERA, Art. 41).
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel : Droits fondamentaux, Vol. II, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (MAHON, Droit constitutionnel II).
- MAHON PASCAL, Commentaire de l'article 5 Cst., in Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (MAHON, Art. 5).

- MAHON PASCAL, L'information par les autorités, *RDS* 1999 II, p. 199–352 (MAHON, Information).
- MAHON PASCAL/ROSELLO HELOÏSE, Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, *in* Tanquerel Thierry/Bellanger François (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève 2012 (MAHON/ROSELLO, Réformes).
- MARCIAS ALBERTO, La disciplina del whistleblowing tra prospettive di riforma e funzioni dell'autorità nazionale anticorruzione, *in* Nicotra Ida Angela (édit.), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Turin 2016 (MARCIAS, Whistleblowing).
- MARTINEZ MICHAEL J./RICHARDSON WILLIAM D., *Administrative Ethics in the Twenty-first Century*, New York 2008 (MARTINEZ/RICHARDSON, Ethics).
- MATTARELLA BERNARDO, L'etica pubblica e i codici di condotta (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni), *Lavoro e diritto* 4/1994, p. 525–546 (MATTARELLA, Etica).
- MENDES JOANA, La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative, *Revue française d'administration publique* 2009, p. 555–571 (MENDES, Administration).
- MERLONI FRANCESCO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2^e éd., Turin 2016 (MERLONI, Istituzioni).
- MESSICK RICHARD E., Policy consideration when drafting conflict of interest legislation, *in* Auby Jean-Bernard/Breen Emmanuel/Perroud Thomas (édit.), *Corruption and conflicts of interest. A comparative law approach*, Cheltenham 2014 (MESSICK, Drafting).
- MESSICK RICHARD E., Income and assets declarations : Issues to consider in developing a disclosure regime, *U4 Issue* 6/2009 (MESSICK, Issues).
- MODOIANU GILDA, Les intérêts privés des fonctionnaires, *RDAF* 1991, p. 429–447 (MODOIANU, Intérêts).
- MOLINA ANTHONY D., Public Ethics and the Prevention of Corruption, *in* Cerrillo-I-Martínez Augustí/Ponce Juli (édit.), *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruxelles 2017 (MOLINA, Ethics).
- MOOR PIERRE, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005 (MOOR, Théorie).
- MOOR PIERRE, *Droit administratif III : L'organisation des activités administratives ; Les biens de l'Etat*, Berne 1992 (MOOR, Droit administratif III).
- MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, *Droit administratif III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat*, 2^e éd., Berne 2018 (MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III).

- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif I : Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012 (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*).
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne 2011 (MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*).
- MORAND CHARLES-ALBERT, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999 (MORAND, *Droit*).
- Moret-Bailly Joël/Truchet Didier, *Droit des déontologies*, Paris 2016 (Moret-Bailly/Truchet, *Déontologies*).
- MORET-BAILLY JOËL, *Les conflits d'intérêts. Définir, gérer, sanctionner*, Issy-les-Moulineaux 2014 (MORET-BAILLY, *Conflits*).
- MULGAN RICHARD/WANNA JOHN, *Developing cultures of integrity in the public and private sectors*, in Graycar Adam/Smith Russell G. (édit.), *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*, Stockport 2011 (MULGAN/WANNA, *Cultures*).
- MÜLLER MARKUS, *Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung – Denkanstösse*, *RDS I* 2016, p. 411 – 429 (MÜLLER, *Ökonomisierung*).
- MÜLLER MARKUS, *Commentaire de l'art. 178 Cst.*, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2015 (MÜLLER, *Art. 178*).
- MÜLLER MARKUS, *Commentaire de l'art. 180 Cst.*, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2015 (MÜLLER, *Art. 180*).
- NIEMIVUO MATTI, *Good Administration and the Council of Europe*, *European Public Law* 2008, vol. 14, n° 4, p. 545–563 (NIEMIVUO, *Administration*).
- NÖTZLI HARRY, *Commentaire de l'art. 22a LPers*, in Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG)*, Berne 2013 (NÖTZLI, *Art. 22a*).
- NUSPLIGER KURT, *Das BGÖ und die aktive behördliche Kommunikation*, in Ehrenzeller Bernhard/Schaffhauser René/Schwander Ivo (édit.), *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes*, Saint-Gall 2006 (NUSPLIGER, *Kommunikation*).
- OBERHOLZER NIKLAUS, *Commentaire de l'art. 320 CP*, in Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans, *Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–293 StGB*, Bâle 2013 (OBERHOLZER, *Art. 320*).
- OCDE, *Specialised Anti-Corruption Institutions : Review of Models*, Paris 2013 (OCDE, *Specialised*).

- OCDE, *Asset Declarations for Public Officials. A tool to prevent corruption*, Paris 2011 (OCDE, Asset).
- OCDE, *L'emploi d'après-mandat : bonnes pratiques en matière de prévention des conflits d'intérêts*, Paris 2011 (OCDE, Après-mandat).
- OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le secteur public : mode d'emploi*, Paris 2006 (OCDE, Mode).
- OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public. Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, Paris 2005 (OCDE, Lignes directrices).
- OLSEN JOHAN P., *Maybe it is time to rediscover bureaucracy*, *Journal of Public Administration Research and Theory* 1/2016, p. 1–24 (OLSEN, Bureaucracy).
- Oxford English Dictionary, 2^e éd., Oxford 1989 (Oxford English Dictionary).
- PÄRLI KURT, *Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft*, in Müller Roland/Pärli Kurt/Wildhaber Isabelle, *Arbeit und Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/Saint-Gall 2017 (PÄRLI, Konkurrenzverbot).
- PERRENOUD STÉPHANIE, *L'évolution historique du droit de la relation de travail*, in Dунand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (PERRENOUD, Evolution).
- PETERS ANNE, *Conflict of interest as a cross-cutting problem of governance*, in Peters Anne/Handschin Lukas (édit.), *Conflict of interest in global, public and corporate governance*, Cambridge 2013 (PETERS, Conflict).
- PETERS ANNE, *Managing conflict of interest : lessons from multiple disciplines and settings*, in Peters Anne/Handschin Lukas (édit.), *Conflict of interest in global, public and corporate governance*, Cambridge 2013 (PETERS, Lessons).
- PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, *Des règles et des principes constitutionnels. En particulier des principes nouveaux*, in Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (édit.), *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Bâle 2016 (PETITPIERRE-SAUVAIN, Principes).
- PEYER CONRAD, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, Zurich 1978 (PEYER, Verfassungsgeschichte).
- PFENNINGER CHRISTINA, *L'acceptation de cadeaux ou d'autres avantages dans le cadre des rapports de travail*, in Transparency International Suisse, *Cadeaux et avantages : qu'est-ce qui est permis ?*, août 2012 (PFENNINGER, Cadeaux).
- PFIFFNER DANIEL CHRISTIAN, *Revisionsstelle und Corporate Governance Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz*, in

- Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Zurich 2008 (PFIFFNER, Revisionsstelle).
- PIETH MARK, Commentaire de l'art. 322^{ter} CP, in Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3^e éd., Bâle 2013 (PIETH, Art. 322^{ter} CP).
- PIETH MARK, Commentaire de l'art. 322^{octies} CP, in Niggli Marcel Alexandre/Wiprächtinger Hans (édit.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3^e éd., Bâle 2013 (PIETH, Art. 322^{octies} CP).
- PONCE JULI, The Right to Good Administration and the role of Administrative Law in promoting good government, in Cerrillo-I-Martínez Augustí/Ponce Juli (édit.), Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity, Bruxelles 2017 (PONCE, Right).
- PONCE JULI, La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), *Anuario del Gobierno Local* 2012, p. 93–140 (PONCE, Prevención).
- QUELOZ NICOLAS, Processes of Corruption in Switzerland : Where is the Problem ?, in Fijnaut Cyrille/Huberts Leo (édit.), Corruption, Integrity and Law Enforcement, La Haye 2002 (QUELOZ, Problem).
- QUELOZ NICOLAS, Prävention und Sanktion der Korruption als Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, in Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (édit.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte : Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2002 (QUELOZ, Prävention).
- QUELOZ NICOLAS/BORGHI MARCO/CESONI MARIE LUISA, Processus de corruption en Suisse : résultats de recherche, analyse critique du cadre legal et de sa mise en œuvre, stratégie de prevention et riposte, Bâle/Genève 2000 (QUELOZ/BORGHI/CESONI, Processus).
- RAMEL ALOÏS/HUMBERT ELISE, La généralisation des chartes déontologiques dans le secteur public ou l'ancrage d'une culture déontologique, *Les cahiers de la fonction publique* mai 2016, p. 53–56 (RAMEL/HUMBERT, Généralisation).
- RANGONE NICOLETTA, A behavioural approach to administrative corruption prevention, in Cerillo I Martínez Augustí/Ponce Juli (édit.), Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity, Bruxelles 2017 (RANGONE, Behavioural).
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Commentaire de l'art. 321a CO, in Rehbin-der Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Ver-tragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR., Berner Kommentar Band Nr. VI/2/2/1, Berne 2010 (REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a CO).

- REVOLVING DOOR WORKING GROUP, *A Matter of Trust. How the revolving door undermines public confidence in government – and what to do about it*, octobre 2005, disponible sous pogo.org/ (REVOLVING DOOR WORKING GROUP, Trust).
- RICHLI PAUL, *Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management. Staatsrechtliche Fixpunkte für die Flexibilisierung und Dynamisierung des Beamtenverhältnis*, Berne 1996 (Richli, NPM).
- RICHLI PAUL, *Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfassungsfreien Staatshandeln. Anliegen an die Totalrevision der Bundesrechtspflege*, *PJA* 1992, p. 196–205 (RICHLI, Regelungsdefizit).
- RITZ ADRIAN/BÄRTSCHI MURIEL, *Nebenbeschäftigungen und Nebeneinkünfte im öffentlichen Dienst – eine verwaltungswissenschaftliche Betrachtung*, in *Association suisse du droit public de l'organisation, Annuaire 2014*, Berne 2015 (RITZ/BÄRTSCHI, Nebenbeschäftigungen).
- RÖBER MANFRED, *"Managerialisierung" als Herausforderung für die Integrität der öffentlichen Verwaltung*, in *Von Maravić/Reichard Christoph (édit.), Ethik, Integrität und Korruption – Neue Herausforderungen im sich wandelnden öffentlichen Sektor?*, Potsdam 2005 (RÖBER, Managerialisierung).
- ROHNER TOBIAS F./KESSLER MARTINA A., *Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – arbeits-, straf- und steuerrechtliche Aspekte*, *RSJ* 2016, p. 221–230 (ROHNER/KESSLER, Zuwendungen).
- ROSANVALLON PIERRE, *Le bon gouvernement*, Paris 2015 (ROSANVALLON, Gouvernement).
- ROSE-ACKERMAN SUSAN/PALIFKA BONNIE J., *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*, 2^e éd., New York 2016 (ROSE-ACKERMAN/PALIFKA, Corruption).
- ROSELLO HELOÏSE, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (ROSELLO, Influences).
- ROUSSEAU JEAN-JAQUES, *Discours sur l'économie politique et autres textes (paru en 1755)*, Paris 1990/2012 (ROUSSEAU, Economie).
- SÄGESSER THOMAS, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) : vom 21. März 1997*, Berne 2007 (SÄGESSER, [article]).
- SANWALD RETO/HUSER DANIEL, *Rotationspflichten und Abkühlfristen im neuen Revisionsrecht. Cooling-off zum Schutz der Unabhängigkeit der Revisionsstelle*, *L'expert comptable suisse* 6-7/2009, p. 461–467 (SANWALD/HUSER, Rotationspflichten).
- SALADIN PETER, *Das Verfassungsprinzip der Fairness. Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze*, in *Stabilité et dynamisme du droit dans la*

- jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse. Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle 1975 (SALADIN, Verfassungsprinzip).
- SAUVÉ JEAN-MARC, Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public, *Actualité juridique droit administratif* 2012, p. 861 (SAUVÉ, Déontologie).
- SAVINO MARIO, Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo, *Giornale di diritto amministrativo* 5/2016, p. 593–603 (SAVINO, FOIA).
- SCHAUB LUKAS, Commentaire de l'art. 144, in Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar der Bundesverfassung*, Bâle 2015 (SCHAUB, Art. 144).
- SCHEDLER KUNO/EICHER ANGELA, Rapports entre l'administration et la politique, in Ladner Andreas et al. (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne 2013, p. 369–385 (SCHEDLER/EICHER, Rapports).
- SCHEDLER KUNO/PROELLER ISABELLA, *New Public Management*, 5^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2011 (SCHEDLER/PROELLER, NPM).
- SCHEFER MARKUS, *Die Kerngehalte von Grundrechten : Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001 (SCHEFER, Kerngehalte).
- SCHERLER STEFAN, *Korruption bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Ein Streifzug durch das Arsenal straf- und personalrechtlicher Abwehrinstrumente*, in Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (édit.), *Marchés publics 2016*, Zurich/Bâle/Genève 2016 (SCHERLER, Korruption).
- SCHIBLI BEATRIX, *Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals*, Zurich 2005 (SCHIBLI, Meinungsfreiheit).
- SCHINDLER BENJAMIN, Commentaire de l'art. 5 Cst., in Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (SCHINDLER, Art. 5).
- SCHINDLER BENJAMIN, Commentaire de l'art. 144 Cst., in Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (SCHINDLER, Art. 144).
- SCHINDLER BENJAMIN, Conflict of interest and the administration of public affairs - a Swiss perspective, in Peters Anne/Handschin Lukas (édit.), *Conflict of interest in global, public and corporate governance*, Cambridge 2013 (SCHINDLER, Perspective).
- SCHINDLER BENJAMIN, „Ethisierung und Ökonomisierung als Gefährdungen des Verwaltungsrechts“ - eine ergänzende Stellungnahme, *Jusletter* 8 janvier 2007 (SCHINDLER, Ethisierung).
- SCHINDLER BENJAMIN, Ethikförderung in der Verwaltung - Modetrend oder Notwendigkeit ?, *ZBl* 104/2003, p. 61–81 (SCHINDLER, Ethikförderung).

- SCHINDLER BENJAMIN, Die Befangenheit der Verwaltung : Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Zurich 2002 (SCHINDLER, Befangenheit).
- SCHINDLER DIETRICH, Commentaire de l'article 12 Cst./1874, in Aubert Jean-François et al. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bâle/Zurich 1987 - 1996 (SCHINDLER, Art. 12).
- SCHLÄPPI DANIEL, Politische Riten, Ämterkauf und geschmierte Plebiszite. Ritualisierter Ressourcentransfert in der Alten Eidgenossenschaft (17. und 18. Jahrhundert), in Michaels Axel (édit.), Ritual Dynamics and the Science of Ritual, Wiesbaden 2010 (SCHLÄPPI, Riten).
- SCHMITZ FLORIAN, Normenkonkurrenz oder Normenkongruenz ? Dimension eines Konzeptes anhand eines Korruptionsfalles von 1534, *Zeitschrift für Historische Forschung*, Beiheft 50, 2015 (SCHMITZ, Normenkonkurrenz).
- SCHWARTZ MIRALLES JOHANNA, Les récompenses financières des lanceurs d'alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain, *Revue des droits de l'homme* 10/2016 (SCHWARTZ MIRALLES, Récompenses).
- SHEPARD STEPHEN MICHAEL, I do solemnly swear. The moral obligations of legal officials, Cambridge 2009 (SHEPARD, Swear).
- SORBELLO CHIARA, Il canone della trasparenza e la prevenzione dei fenomeni corruttivi nella dimensione europea e nazionale, in Nicotra Ida Angela (édit.), L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria, Turin 2016 (SORBELLO, Trasparenza).
- SPRECHER FRANZISKA, Transparenz - Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht, *RDS* 2/2016, p. 139-250 (SPRECHER, Transparenz).
- STADLER HANS, « Landgsemeinde », in Dictionnaire historique de la Suisse, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (STADLER, Landsgemeinde).
- STEIGER RETO, Commentaire de l'art. 21 LTrans, in Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (édit.), Basler Kommentar. Datenschutzgesetz. Öffentlichkeitsgesetz, 3^e éd., Bâle 2014 (STEIGER, Art. 21)
- STEINER PETER, « Vénalité des offices », in Dictionnaire historique de la Suisse, disponible en ligne (hls-dhs-dss.ch) (STEINER, Vénalité).
- STEINMANN GEROLD, Commentaire de l'article 29 Cst., in Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 4^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (STEINMANN, Art. 29).
- STÖCKLI ANDREAS, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen - Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Fribourg 2012 (STÖCKLI, Behördenmitglieder).

- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2018 (TANQUEREL, Manuel).
- TANQUEREL THIERRY, *Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe : quelle utilité pour la Suisse ?*, in Bellanger François / de Werra Jacques (édit.), Genève au confluent du droit interne et du droit international. Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 203–216 (TANQUEREL, Code).
- TANQUEREL THIERRY, *La bonne administration au service de la bonne gouvernance : entre garantie des droits individuels et mise en œuvre des choix démocratiques*, DA/ba/Conf (2007) 6 f, Strasbourg 2008 (TANQUEREL, Administration).
- TANQUEREL THIERRY, *Les tiers dans les procédures disciplinaires*, in Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève/Zurich/Bâle 2004 (TANQUEREL, Tiers).
- TANQUEREL THIERRY, *Le secret de fonction*, in Tanquerel Thierry/Bellanger François (édit.), *L'administration transparente*, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 43–67 (TANQUEREL, Secret).
- TERRACINO JULIO BACIO, *The International Legal Framework against Corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*, Cambridge 2012 (TERRACINO, Framework).
- THOMAS YVES, *Histoire de l'administration*, Paris 1995 (THOMAS, Histoire).
- THURNHERR DANIELA, *Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Umweltinformationen. Weiterentwicklung des Umweltvölkerrechts durch die Aarhus-Konvention und deren Bedeutung für das schweizerische Recht*, Zurich 2003 (THURNHERR, Öffentlichkeit).
- THURNHERR DANIELA, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln. Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Zurich/St-Gall 2013 (THURNHERR, Verfahrensgrundrechte).
- THURNHERR Daniela, *Das Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 der EU-Grundrechtecharta – Ein Impulsgeber für das schweizerische Recht ?*, *Annuaire suisse de droit européen* 2011/2012, p. 447–466 (THURNHERR, Recht).
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016 (TSCHANNEN, Staatsrecht).
- TSCHANNEN PIERRE, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Berne 2008 (TSCHANNEN, Systeme).
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014 (Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht).

- UHLMANN FELIX, Die Neutralität der Verwaltung, *ZBl* 108/2007, p. 211–225 (UHL-
MANN, Neutralität).
- VANDELLI LUCIANO, Etica pubblica e buona amministrazione : quale ruolo per i con-
trolli ?, *in* Vandelli Luciano (édit.), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale
ruolo per i controlli ?*, Milan 2009 (VANDELLI, Etica).
- VAN DOEVEREN VEERLE, Rethinking Good Governance. Identifying Common Princi-
ples, *Public Integrity* 4/2011, p. 301–318 (VAN DOEVEREN, Governance).
- VERNIORY JEAN-MARC/WAELTI FABIEN, Le devoir de réserve des fonctionnaires. Spé-
cialement sous l'angle du droit genevois, *PJA* 2008, p. 810–832 (VERNIORY/WAELTI,
réserve).
- VIGOUROUX CHRISTIAN, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris 1995 (VIGOUROUX,
Déontologie).
- VON MARAVIC PATRICK, *Verwaltungsmodernisierung und dezentrale Korruption :
Lernen aus unbeabsichtigten Konsequenzen*, Potsdam 2007 (VON MARAVIC, Ver-
waltungsmodernisi-erung).
- WAHRIG GERHARD ET AL. (édit.), *Brockhaus Wahrig. Deutsches Wörterbuch*, Wiesba-
den 1981 (WAHRIG, Brockhaus).
- WALDMANN BERNHARD, Commentaire de l'article 29 Cst., *in* Waldmann Bernhard/Bel-
ser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar der Bundesverfassung*,
Bâle 2015 (WALDMANN, Art. 29).
- WALTER JEAN-PHILIPPE, Accès aux documents officiels contenant des données person-
nelles et droit à la protection des données, *in* Dunand Jean-Philippe et al. (édit.),
La protection des données dans les relations de travail, Genève 2017 (WALTER, Ac-
cès).
- WEAVER GARY/CLARK CYNTHIA, Behavioral Ethics, Behavioral Governance, and Cor-
ruption in and by Organizations, *in* Hardi Peter/Heywood Paul/Torsello Davide
(édit.), *Debates of Corruption and Integrity. Perspectives from Europe and the US*,
Londres 2015 (WEAVER/CLARK, Ethics).
- WEBER ROLF H./LAUX CHRISTIAN/OERTLY DOMINIC, *Datenpolitik als Rechtsthema.
Agenda für Open Government Data*, Zurich 2016 (WEBER/LAUX/OERTLY, Daten-
politik).
- WIEDERKEHR RENÉ, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, Berne 2006 (WIEDERKEHR, Fair-
ness).
- WILSON WOODROW, *The Study of Administration*, *Political Science Quarterly* No. 2 (June
1887), p. 197–222 (WILSON, Administration).
- WYSER CAROLE, *Ethique dans la fonction publique*, *in* Ladner et al. (édit.), *Manuel de
l'administration publique suisse*, Lausanne 2013, p. 541–565 (WYER, Ethique).

- WYSER CAROLE, Climats éthiques dans le secteur public : l'effet de la managérialisation sur les dimensions éthiques de l'environnement de travail des organisations publiques, Lausanne 2010 (WYSER, Climats).
- WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit. Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Berne 2001 (WYSS, Interessen).
- ZINNBAUER DIETER, The Vexing Issue of the Revolving Door, *Edmond J. Safra Working Papers* n° 61, avril 2015 (ZINNBAUER, Revolving Door).
- ZUIN STANISLAS, L'apporto della Corte dei conti del Canton Ginevra nella prevenzione e nell'individuazione delle pratiche corruttive, *RtiD* 2014/1, p. 477–488 (ZUIN, Corte).

Index des tableaux

Tableau 1	Les catégories du personnel en droit fédéral de la fonction publique	N 194
Tableau 2	Les devoirs d'intégrité	N 214
Tableau 3	Les formes de pantouflage	N 484
Tableau 4	Le devoir de récusation en cas de préimplication	N 633
Tableau 5	Le rapport entre la transparence et l'intégrité	N 779
Tableau 6	Les types d'alerte éthique	N 823