

# AJ Collectivités Territoriales

AJ Collectivités Territoriales 2011 p. 395

Le délit de « pantouflage »

**Jérôme Lasserre Capdeville, Maître de conférences, Université de Strasbourg**

## L'essentiel

Il serait tentant pour un agent public, chargé de contrôler une entreprise privée, d'avantager cette dernière, sachant que celle-ci a pour souhait de le recruter à brève échéance. Le législateur a dès lors prévu un encadrement légal au passage du secteur public vers le secteur privé, et notamment une infraction de prise illégale d'intérêts commise par une personne ayant exercé une fonction publique, appelée plus couramment délit de « pantouflage ». Ce dernier étant mal connu du grand public, cette étude a pour but d'en présenter le champ d'application et les éléments constitutifs.

Le délit de prise illégale d'intérêts, tel que prévu par le code pénal, a pour caractéristique de prendre deux formes distinctes. L'article 432-12 du code réprime ainsi certains faits commis par des personnes exerçant une fonction publique, alors que l'article 432-13 en sanctionne d'autres réalisés par des personnes qui n'exercent plus cette activité depuis moins de trois ans. La première forme de prise illégale d'intérêts ayant déjà été présentée dans le précédent numéro de l'AJCT [\(1\)](#), nos propos porteront cette fois-ci sur la seconde, traditionnellement surnommée délit de « pantouflage ».

Or cette infraction, qui trouve son origine dans l'article 10 de la loi budgétaire du 6 octobre 1919, est relativement mal connue du grand public. Il est vrai qu'elle a fait peu souvent l'objet de caractérisations médiatiques, à l'inverse de la corruption passive ou du délit de favoritisme. Le premier alinéa de l'article 432-13 du code pénal lui donne le contenu suivant : « Est puni de deux ans d'emprisonnement [\(2\)](#) et de 30 000 € d'amende [\(3\)](#) le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions ». Les alinéas suivants viennent préciser l'application de cette infraction dans des situations spécifiques.

Les objectifs du législateur sont ici multiples [\(4\)](#). D'une part, il s'agit d'éviter qu'un agent ne soit tenté, par anticipation, d'avantager une entreprise dans laquelle il peut espérer être recruté à brève échéance [\(5\)](#). D'autre part, il cherche à limiter le risque que certains agents publics soient débauchés par le secteur privé avec lequel ils étaient en relation de par leur fonction publique. Enfin, le législateur ne veut pas que l'ancien fonctionnaire cherche à faire bénéficier son nouvel employeur du réseau de relations ou d'amitiés qu'il a pu se créer dans la fonction publique ou lui transmette certaines informations « sensibles ». Ainsi, le délit tend, d'une façon générale, à moraliser les conditions dans lesquelles les serviteurs de l'État sont susceptibles de passer dans le secteur privé.

Une présentation synthétique de ce délit, dont le contenu a été quelque peu modifié par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, implique dès lors de savoir qui peut se voir sanctionné par ce dernier et pour quels faits.

Les personnes susceptibles d'être poursuivies

Deux catégories de personnes peuvent, en vertu de l'article 432-13 du code pénal, être poursuivies pour « pantouflage ». D'une part, le texte vise la personne ayant été, depuis

1

moins de trois ans, « fonctionnaire ou agent d'une administration publique » (6). D'autre part, sont également concernés les anciens (sous la même limite de trois ans) « agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom » (7).

Cette liste est limitative. Les personnes simplement chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public ne peuvent donc pas être sanctionnées (8). Le champ d'application du délit étudié se démarque alors de celui de l'infraction de prise illégale d'intérêts prévue par l'article 432-12 du code pénal. C'est ainsi, par exemple, que les juges ont pu estimer, dans une décision datant des années 30, qu'un ancien ministre des Finances n'était pas concerné par le délit (9).

En outre, les qualités précitées ne suffisent pas, à elles seules, pour que les intéressés puissent être sanctionnés sur le fondement du délit étudié. En effet, il faut également que ces personnes aient eu pour fonctions antérieures (10) : soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement (11) à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée, soit enfin de formuler un avis sur de telles décisions (12). Notons que la loi assimile, en la matière, à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé (13).

La jurisprudence est, quant à elle, venue quelque peu clarifier le texte de loi. C'est ainsi que pour les magistrats, « la surveillance ou le contrôle » précités ne supposent ni une action permanente, ni une action effective. Il suffit que le fonctionnaire ait vocation durant son activité à effectuer des opérations de contrôle épisodiques et intermittentes. Cette hypothèse a par exemple été retenue en présence de contrôles fiscaux (14). En pratique, ce sont essentiellement les hauts fonctionnaires, les inspecteurs des impôts (15) et les magistrats (16) qui sont visés par l'article étudié. Mais pour quels faits exactement ?

Les faits susceptibles d'être sanctionnés

L'article 432-13 du code pénal interdit aux personnes précitées de « prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux » dans l'une des entreprises qu'ils étaient chargés de contrôler ou de surveiller, ainsi que dans une entreprise privée (17) possédant au moins 30 % de capital de l'une de ces sociétés ou ayant conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait toujours avec l'une de ces entreprises (18). Cette dernière solution n'est guère surprenante ; il ne faudrait pas que la loi soit contournée par l'embauche de l'ancien fonctionnaire par une filiale de la société contrôlée ou surveillée.

Le délit paraît donc, à première vue, d'application excessivement large. Cela n'est pas forcément le cas. En premier lieu, la jurisprudence a quelque peu limité son champ d'application. En effet, la Cour de cassation estime traditionnellement que la « prise de participation » précitée implique une collaboration prolongée et non un simple acte isolé (19). C'est ainsi que le délit a pu être retenu en présence de la conclusion d'un contrat de travail, de l'exercice d'une activité libérale de conseil ou de formation, ou encore en cas de fourniture de capitaux. Notons, concernant ce dernier cas, qu'une dérogation légale figure à l'alinéa 5 de l'article 432-13 du code aux termes duquel l'infraction n'est pas constituée « par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale ».

En deuxième lieu, la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique a réduit la portée de l'incrimination en exigeant que les fonctions de l'agent aient été « effectivement exercées » à l'égard de l'entreprise en question. En conséquence, les magistrats devront s'assurer que l'intéressé a bien été en contact avec elle alors qu'il était un serviteur de l'État. Le législateur a voulu ici mettre un terme à une jurisprudence particulièrement sévère ayant retenu le délit alors que le prévenu n'avait pas directement et personnellement contrôlé, durant ses fonctions passées, l'entreprise privée dans laquelle il

2

bénéficiait d'une participation par la suite [\(20\)](#). Un courant doctrinal n'a cependant pas omis de constater que la loi du 2 février 2007 a peut-être éloigné, par l'évolution précitée, l'article 432-13 du code de la fonction publique qui lui avait été assignée à l'origine : protéger l'administration de la suspicion [\(21\)](#).

En outre, rappelons que nous sommes ici en présence d'une infraction intentionnelle. Le délit ne saurait, par conséquent, être retenu en présence d'une simple imprudence de la part du prévenu. Ce dernier pourrait-il, par ailleurs, invoquer le cas échéant l'erreur de droit prévue par l'article 122-3 du code pénal aux termes duquel : « n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte » ? Cela est peu probable selon nous. D'une part, la Cour de cassation ne retient que très rarement cette cause de non-culpabilité en pratique [\(22\)](#). D'autre part, elle est classiquement exclue à l'égard d'agents publics [\(23\)](#), ceux-ci ne pouvant pas, de par leur qualité, ne pas connaître le droit relatif à leurs activités.

En dernier lieu, et c'est essentiel, rappelons que les actes interdits de la sorte ne le sont qu'un temps. En effet, la prise de participation n'est punissable que si elle intervient avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation des fonctions, et ce, sans qu'il y ait à distinguer parmi les causes de cessation : démission, retraite, révocation, etc. Le législateur estime ainsi que, passé ce délai, le réseau relationnel avec l'ancien secteur public s'est émoussé. Pour mémoire, antérieurement à la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, le délai en question était de cinq ans [\(24\)](#), mais ce dernier était apparu excessif, notamment au vu des dispositions en vigueur dans les autres pays de l'OCDE qui fixent généralement un délai d'un an ou deux. De la sorte, cette loi de 2007 a procédé à une dépénalisation du délit.

Pour conclure cette présentation, nous pouvons formuler deux observations et nous poser une question. D'une part, l'étude de l'infraction témoigne du fait que son évolution s'est faite, ces dernières années, dans le sens d'une réduction de son champ d'application par le législateur voire, dans certains cas, par le juge.

D'autre part, il apparaît, à la vue des principaux sites juridiques recensant des décisions de justice, que le délit de « pantouflage » est très rarement caractérisé. On peut alors s'interroger sur les causes d'une telle rareté : vigilance des intéressés à ne pas méconnaître la loi [\(25\)](#), absence d'information du ministère public, indulgence des magistrats, etc. Selon nous, toutes ces causes peuvent, pour partie, expliquer cette quasi-absence de condamnations.

Enfin, une ultime question peut se poser en la matière : le droit a-t-il fini d'évoluer à l'égard de ce délit ? On peut légitimement le penser pour le moment. En effet, si l'on consulte le rapport Sauvé rendu public en janvier 2011 [\(26\)](#), on peut observer que cette infraction est présentée comme essentielle et devant être maintenue dans son principe, dans la mesure où elle témoigne d'une volonté forte de lutter contre les conflits d'intérêts et contribue à une discipline de la vie publique. Son renforcement ne paraît, en outre, pas nécessaire car les sanctions effectivement prononcées sont loin d'atteindre le plafond fixé par la loi. La réduction du délai de viduité à deux ans (voire à un an) n'est pas non plus jugée utile. Les seules propositions de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique se limitent, pour l'heure, à l'extension du délit aux membres du Gouvernement [\(27\)](#) et à l'amélioration du dispositif de contrôle en vigueur lorsqu'un acteur public souhaite rejoindre le secteur privé ou concurrentiel. Il n'est donc pas surprenant de constater que le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique rendu public très récemment ne prévoit aucune modification légale du délit de pantouflage [\(28\)](#).

#### **Mots clés :**

**RESPONSABILITE ET ASSURANCE** \* Droit et obligation \* Fonctionnaire ou agent d'une administration publique \* Prise illégale d'intérêt \* Pantouflage

(1) J. Lasserre Capdeville, La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi par la jurisprudence, AJCT 2011. 344 .

(2) Ces peines sont nettement inférieures à celles du délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du code pénal. Pour mémoire, ce délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

(3) Il encourt également les peines complémentaires de l'article 432-17 du code pénal : interdiction des droits civils, civiques et de famille, interdiction professionnelle, et confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction. En revanche, la personne reconnue coupable de l'infraction ne risque plus de se voir sanctionnée de la radiation automatique des listes électorales pendant cinq ans comme le prévoyait l'article 7 du code électoral. Ce dernier a en effet été abrogé après que le Conseil constitutionnel ait déclaré cette sanction non conforme à la Constitution, Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7-QPC, AJDA 2010. 1831 , note B. Maligner  ; *ibid.* 1849, tribune B. Perrin  ; D. 2010. 1560, obs. S. Lavric  ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay  ; AJ pénal 2010. 392, obs. J.-B. Perrier  ; Constitutions 2010. 453, obs. R. Ghevontian  ; RSC 2011. 182, obs. B. de Lamy  ; RTD com. 2010. 815, obs. B. Bouloc  ; Dr. pén. 2010, comm. 84, obs. J.-H. Robert.

(4) M.-P. Lucas de Leyssac et A. Mihman, *Droit pénal des affaires*, Economica, 2009, n° 1123.

(5) Derrière ce cas, on peut retrouver la méconnaissance des devoirs d'indépendance et d'impartialité des agents publics. Cette situation est donc très proche du délit de prise illégale d'intérêts du fonctionnaire en exercice.

(6) C. pén., art. 432-13, al. 1<sup>er</sup>.

(7) C. pén., art. 432-13, al. 4.

(8) Il est vrai que les personnes ayant été chargées ponctuellement d'une mission de service public ou ayant été investies d'un mandat électif n'ont pas vocation à faire carrière dans la fonction publique. Elles conservent dès lors des liens dans le secteur privé. En conséquence, le risque à leur égard n'apparaît pas de même nature qu'à l'égard des agents statutaires, E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, n° 1370.

(9) Haute cour de justice de la République, 21 juill. 1931 : S. 1931, p. 182. Cette solution demeure néanmoins contestée, J.-M. Dufau, Le pantouflage et le droit, Gaz. Pal. 1997. 2. 1563.

(10) C. pén., art. 432-13, al. 1<sup>er</sup>.

(11) L'usage de ce terme implique que ne rentrent pas dans le champ d'application du délit les agents qui ont simplement participé à l'instruction d'un dossier sans occuper un quelconque poste à responsabilité.

(12) Cette hypothèse a été ajoutée par la loi n° 2007-148 du 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique.

(13) C. pén., art. 432-13, al. 3.

(14) Crim., 15 nov. 1982, n° 82-91.343, Bull. crim., n° 254 ; RSC 1983. 469, obs. A. Vitu.

(15) Crim., 18 juill. 1984, n° 83-92.856, Bull. crim., n° 262 ; RSC 1985. 291, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

(16) Y. Benhamou, « Pantouflage » des juges : un danger pour l'impartialité de l'État ?, D. 2001. Point de vue 788 .

(17) Dans ce cas encore, est assimilée à une entreprise privée « toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé ».

(18) Le Conseil d'État a considéré que les dispositions issues de l'article 432-13 du code pénal faisaient « également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions », CE 6 déc. 1996, *Société Lambda*, n° 167502 , AJDA 1997. 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; D. 1997. 57 , note M. Dobkine  ; AJFP 1997. 35 , note G. Simon  ; RFDA 1997. 173, concl. D. Piveteau  ; RD publ. 1997. 567, note J.-M. Auby. J. Dufau, Le « pantouflage » et le droit, préc.

(19) Crim. 11 mai 1928, Bull. crim., n° 140 ; Gaz. Pal. 1928. 239. T. corr. Seine, 16 déc. 1966, D. 1967, Somm. 47 ; Gaz. Pal. 1967. 1. 156.

(20) Crim., 18 juill. 1984, n° 83-92.856, Bull. crim. n° 262 ; RSC 1985. 291, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire. Il s'agissait en l'espèce d'un ancien inspecteur des impôts qui dispensait, moyennant rémunération, des conseils à des compagnies d'assurance qu'il n'avait pas directement et personnellement contrôlées durant ses fonctions mais qui relevaient de sa brigade.

(21) O. Dord, Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle renforcé, AJDA 2007. 516 .

(22) À notre connaissance, seules deux décisions de la Cour de cassation ont admis l'erreur de droit jusqu'ici, Crim., 24 nov. 1998, n° 97-85.378, Dr. pén. 2000, comm. 22, obs. J.-H. Robert ; D. 2000. Somm. 114, obs. G. Roujou de Boubée  ; Crim. 11 mai 2006, n° 05-87.099, AJ pénal 2006. 358, obs. J. Leblois-Happe  ; RSC 2007. 73, obs. E. Fortis  ; Dr. pén., 2006, comm. 109, obs. M. Véron ; JCP 2006. II. 10207, note O. Fardoux.

(23) Concernant la prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du code pénal, Crim. 11 juin 1998, n° 97-80.905, D. 1999. Somm. 159, obs. M. Segonds . De même, concernant le délit favoritisme, Crim. 26 sept. 2000, n° 99-87.792.

(24) Notons que le projet initial prévoyait de ramener ce délai à deux ans, mais l'Assemblée nationale a préféré retenir un délai de trois ans.

(25) Rappelons que la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, a mis en place une procédure d'avis préalable de la part de la Commission de déontologie (réformée à plusieurs reprises). Cette instance est ainsi chargée d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent cessant ses fonctions.

(26) Rapport remis au président de la République le 26 janvier 2011, [www.conflits-interets.fr](http://www.conflits-interets.fr) (en Bonus sur [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr)).

(27) Rapport, p. 82.

(28) Le projet prévoit néanmoins la création d'une Autorité de la déontologie de la vie publique qui aura vocation à se substituer aux commissions de déontologie existant dans les fonctions publiques. Elle devra, notamment, « apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou de toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent mentionné à l'article 8, cessant ses fonctions » (art. 7, 3°). Or, justement, la saisine de l'Autorité sera obligatoire « pour les personnes chargées soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de

proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions » (art. 9, 1°).

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.