

Le volet déontologie dans la réforme relative à la transformation de la fonction publique : what else ?



Emmanuel AUBIN
*co-responsable de la
chaire Déontologies des
fonctions publiques de
l'Observatoire de
l'éthique publique ;
professeur de droit
public*

17 mai 2019

Si le droit n'épuise pas la déontologie, celle-ci a parfois besoin de celui-là pour créer des dispositifs et/ou des gardiens permettant d'accroître la vigilance des élus et des fonctionnaires pour cultiver le réflexe éthique dans la poursuite de l'intérêt général.

Le projet de loi relatif à la transformation de la fonction publique n'a pas fini de faire couler de l'encre alors même que les débats parlementaires ont débuté seulement le 13 mai. A l'origine, la déontologie devait être relativement épargnée par la nouvelle réforme de la fonction publique puis un volet déontologie est apparu, un article a été consacré à cette question dans le projet de loi et la question de la déontologie a, dans un second temps, fait l'objet de riches échanges lors de l'examen du projet de loi début mai dernier par la commission des lois de l'Assemblée nationale. Il semble désormais acquis que cette transformation annoncée de la fonction publique sera notamment caractérisée par une réforme en profondeur du cadre déontologique applicable aux fonctionnaires et agents publics trois ans seulement après l'importante loi du 20 avril 2016 qui avait fait entrer le mot Déontologie dans le Statut général de la fonction publique.

Dans une interview accordée à l'organe de presse spécialisée AEF le 9 mai 2019, Mme la députée Emilie Chalas, rapporteure du projet de loi, a, en effet, annoncé le dépôt lors des débats parlementaires qui s'ouvrent le 13 mai à l'Assemblée nationale de plusieurs amendements visant à donner aux «

encadrants publics les moyens de manager leurs équipes en introduisant certains outils notamment en matière de déontologie » et en allant au-delà même des préconisations figurant dans le rapport Matras-Marleix .

L'exposé des motifs du projet de loi n° 1802 présenté en conseil des ministres le 27 mars 2019 comportait un seul article (l'article 16) relatif à une réforme du cadre déontologique applicable aux agents publics. L'objectif était alors d'assurer, « dans le respect des règles déontologiques, une plus grande fluidité du parcours des agents publics entre le secteur public et le secteur privé » en renforçant également le contrôle déontologique. Ce dernier doit être concentré, selon le projet de loi, sur « les fonctions et emplois les plus sensibles tout en responsabilisant davantage les administrations sur cette question ». Il est également question de mettre en place un contrôle déontologique à deux étages avec, d'un côté, les agents dont la situation serait appréhendée par la Commission de déontologie de la fonction publique (CDFP) et d'un autre, ceux – la grande majorité – qui relèveraient d'un contrôle déontologique de proximité assuré par leur administration après, le cas échéant, un éclaircissement utile par le référent déontologue. Le second apport dont il faut se réjouir consiste à soumettre – on y reviendra - le rétro-pantouflage au contrôle déontologique exercé par l'autorité administrative dédiée.

Lors de l'examen du projet de loi les 2 et 3 mai par la commission des lois de l'Assemblée nationale, 179 amendements ont été adoptés (sur 882 déposés et 750 examinés) et, à la faveur des débats parlementaires, il est désormais certain qu'un volet beaucoup plus important que prévu sera proposé sur la déontologie des fonctionnaires. Au 12 mai 2019, sur les 1 112 amendements déposés, 7 l'ont été par le gouvernement et 44 par Mme Chalas, rapporteure du projet de loi.

**UN CONSTAT : LA
DIFFUSION TROP
LENTE DU REFLEXE
DEONTOLOGIQUE
DANS LES**

Toute réforme part nécessairement d'un constat.

Alors que le projet de loi entre en discussion au Parlement, il peut être intéressant de tenter de décrypter les principales mesures figurant dans le contenu du projet de loi avant son adoption par les parlementaires afin de détecter les premières évolutions significatives du volet déontologie de cette réforme importante qui semble partir d'un constat déjà relevé par la commission dite Matras-Marleix le 31 janvier 2018.

Sans évoquer par facilité la « société bloquée » analysée par le sociologue Michel Crozier, force est de constater, trois ans après l'adoption de l'importante loi sur la déontologie et les obligations des fonctionnaires, que le réflexe de la déontologie et de l'éthique n'est pas suffisamment intégré dans la bonne marche des services publics.

Le réflexe déontologique tend néanmoins à se développer notamment en raison d'une prise de conscience de la nécessité pour les cadres supérieurs de mieux expliquer aux agents placés sous leur responsabilité les principes et valeurs du service public. Comme le souligne le vice-président du Conseil d'Etat J.Marc Sauvé, « la culture déontologique n'est pas innée. Elle ne peut reposer sur la seule conscience individuelle des agents publics » . De même, un ancien DGAFP (Jacky Richard) a pu affirmer, non sans raison, que « les fonctionnaires connaissent très bien les grands principes qui structurent leur action mais ils ont parfois du mal à trouver la ligne continue qu'il ne faut pas franchir dans les actions au quotidien ». Marcel Pochard, également ancien DGAFP, relève de son côté, dans son Que sais-je sur les 100 mots de la fonction publique, que « l'énoncé de principes ne suffit pas à garantir la déontologie au quotidien ». La diffusion d'une culture de la déontologie passe, selon nous, par une formation initiale et continue plus présente dans les plans de formation comme le préconise le très intéressant rapport sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts remis

par les députés Fabien Matras et Olivier Marleix le 31 janvier 2018. La connaissance de la déontologie et des dispositifs d'encadrement, par exemple, des conflits d'intérêts dépend de l'investissement des administrations sur le terrain de la formation professionnelle initiale et continue, le projet de loi ne prévoyant pas, en l'état, de dispositions visant à investir davantage dans ce domaine.

Les observateurs constatent sans mal l'existence parfois de freins et de résistances face à l'avènement de nouveaux acteurs de la déontologie dans la sphère publique. Comme le relève le rapport Matras-Marleix, si le cadre juridique de la déontologie a été clairement renouvelé, la mise en œuvre est très inégale dans les trois versants de la fonction publique et au sein de chaque secteur public.

La culture de la déontologie peine à se diffuser dans les administrations malgré la mise en place de conseils utiles comme les référents déontologues dont le rôle va probablement évoluer avec cette réforme pour monter en puissance dans le conseil déontologique parallèlement à la création d'une Haute Autorité unique chargée de veiller à l'éthique publique au sens large et à l'instauration – enfin – d'un contrôle sur le rétro-pantouflage.

**UNE VRAIE BONNE
IDEE : LA CREATION
D'UNE HAUTE
AUTORITE UNIQUE
CHARGEE DE LA
DEONTOLOGIE DES
FONCTIONNAIRES ET
DES ELUS**

La France s'est dotée tardivement, à la faveur de la révélation d'affaires de corruption, d'instances amenées à jouer un rôle de prévention dans le secteur public et dans la vie politique. Créée en 1993 - 20 ans avant la HATVP - la CDFP a acquis une légitimité dans la fonction publique qui a amené le législateur à l'ériger, en 2016, en véritable aiguilleur du dispositif de prévention aux manquements déontologiques.

Dès 2011, le rapport de 2011 de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts (présidée par l'ancien vice-président du Conseil d'État,

Jean-Marc Sauvé) avait préconisé l'instauration d'une instance unique en raison de la proximité fonctionnelle des missions de la HATVP et de la CDFP. La reprise de certaines préconisations du rapport Matras-Marleix de janvier 2018 est une bonne nouvelle car la loi du 20 avril 2016 rencontre des difficultés au stade de son application ; en outre, elle n'avait pas poussé la logique de la déontologie jusqu'au bout en maintenant la coexistence de deux instances dont les rôles se croisent parfois dans la prévention des situations notamment de conflit d'intérêts.

La principale innovation adoptée par la commission des lois consiste à introduire un article 16 bis dans le projet de loi afin de rendre possible la fusion HATVP-CDFP avec l'approbation du gouvernement. Cette proposition avait été formulée par la mission d'information des députés Fabien Matras et Olivier Marleix qui relevait que « le temps de la complète mise en œuvre du rapport Sauvé semble venu et une clarification institutionnelle semble souhaitable ». La fusion de la commission de déontologie de la fonction publique (CDFP) et de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) au sein d'une seule et même autorité administrative indépendante devrait rendre possible l'application d'une déontologie commune aux fonctionnaires et aux élus. Mme la rapporteure Emilie Chalas a proposé que cette instance conserve la dénomination de HATVP. Tirant les conséquences de cette proposition semble-t-il consensuelle, l'amendement n° 788 modifie la composition de la HATVP pour tenir compte du transfert des compétences de la commission de déontologie de la fonction publique.

La CDFP dispose d'une expérience de 20 ans dans la prévention des manquements à la déontologie ; la consultation de ses rapports annuels d'activité contribuant à une meilleure promotion de la culture déontologique parallèlement aux avis qu'elle rend. Son champ de compétence a été élargi une première fois en 2007 aux situations de cumuls concernant des activités

de création ou de reprise d'entreprise. Le dernier rapport de la Commission a été publié en janvier 2019 sur ses activités en 2017, année durant laquelle elle a rendu près de 2 700 avis. Ce rapport dresse le premier bilan de l'évolution de la compétence de la commission de déontologie car cette réforme issue de la loi du 20 avril 2016 s'applique seulement depuis le 1er février 2017.

La CDFP a changé de dimension car désormais elle n'est plus régie par un droit spécial mais par le droit statutaire, les dispositions relatives à la CDFP figurant désormais à l'article 25 octies du titre 1er du Statut général. Matériellement, le CDFP s'inscrit donc dans le giron du Statut général mais il n'est pas inutile de rappeler qu'elle demeure placée sous l'autorité directe de Matignon, ce qui ne garantit pas, au moins théoriquement, son indépendance.

Compte tenu de l'évolution de la mission de la HATVP, la question des relations entre ces deux autorités ayant un statut différent se pose notamment en termes d'indépendance mais également de clarification de leurs compétences respectives. On rappellera, à cet égard, que lors des débats sur la loi d'avril 2016, le Sénat avait voulu inclure la CDFP au sein de la HATVP. En pratique, la HATVP est de plus en plus souvent amenée à jouer un rôle de conseil déontologique et de partenaire auprès des responsables publics, des institutions et des représentants d'intérêts au même titre que la CDFP auprès des fonctionnaires et agents publics. Dans le dernier rapport publié en avril 2017 par la HATVP, cette nouvelle fonction prévue par l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013 transparaît clairement avec une évolution nette des sollicitations (8 demandes en 2014, 15 en 2015 et 22 en 2016).

La loi du 20 avril 2016 a plus ou moins adroitement jeté les bases d'une relation entre la CDFP et la HATVP. Il faut peut-être souligner une rédaction défectueuse de la loi du 20 avril 2016, source d'interférence dans les compétences des deux autorités. L'article 25 ter § II du titre 1er du Statut

général peut effectivement amener l'autorité hiérarchique du fonctionnaire à saisir la HATVP pour l'aider à identifier une situation de conflit d'intérêts. Cette compétence a été introduite contre l'avis du gouvernement car il s'agissait là d'une compétence initialement dévolue à la CDFP. Le dialogue entre les deux autorités peut remédier à cette articulation des compétences mais il serait utile de mieux clarifier les choses.

Il est significatif de relever que la loi d'avril 2016 avait amorcé discrètement le rapprochement des deux institutions en prévoyant des échanges d'informations entre la HATVP et la CDFP, lesquelles ont décidé d'assurer, depuis la rencontre en septembre 2017 de leurs deux présidents, une convergence des lignes directrices de leur doctrine respective en matière déontologique. La loi du 20 avril 2016 a jeté les bases d'un dialogue entre la CDFP et la HATVP (art 25 octies, § IV al.2 du titre 1er du Statut général), celle-ci étant chargée de recevoir les déclarations des intérêts des fonctionnaires listés dans le décret du 28 décembre 2016. La HATVP peut demander des explications au fonctionnaire si la déclaration appelle des observations. C'est dans le cadre de cette mission que la CDFP peut échanger « les informations nécessaires » avec la HATVP « y compris les informations couvertes par le secret professionnel ». Ce lien entre les deux autorités militait en faveur de leur rapprochement, voire de leur fusion.

Le regroupement des missions de la CDFP et de la HATVP au sein d'une seule entité comportant deux volets d'activité est souhaitable compte tenu notamment du chevauchement de leurs interventions, de l'existence d'un échange d'informations et de l'évolution prévisible de leur mission de prévention des conflits d'intérêts.

Le Président de la HATVP Jean-Louis Nadal s'est, du reste, félicité le 10 mai dernier de la perspective de cette fusion programmée avec la CDFP qui devrait

se traduire par la mise en place d'un seul collège. L'installation de 2 collèges distincts, dotés chacun d'un président, constituerait, selon monsieur Nadal, « une atteinte probablement fatale au but poursuivi par la fusion ». On se ralliera bien volontiers à cette option qui vise à améliorer la lisibilité de la mission de prévention des conflits d'intérêts, la cohérence des décisions prises et l'efficacité du pilotage de la nouvelle institution ». Comme le relève monsieur Nadal, « Aucune autre autorité administrative indépendante (AAI) ne dispose aujourd'hui de 2 collèges et de 2 présidents. Le maintien d'un collège déontologique spécifique aux agents publics donnerait l'impression d'un transfert sans réel changement d'approche dans les décisions rendues. Or, poursuit monsieur Nadal, « la cohérence ne peut se faire qu'au travers de la mise en place d'un seul collège, suffisamment resserré, pour garantir l'efficacité de la fusion proposée ». L'amendement n° 1124 propose la réunion du collège de la HATVP en formation spécialisée dès lors qu'il statuera sur la situation d'un agent public dans les conditions prévues par l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Dans la même veine, Mme la députée Cécile Untermaier, a défendu devant la commission des lois la transformation de la HATVP en proposant de l'ériger en « tête de réseau de la déontologie ». L'existence d'un collège unique devrait faciliter la diffusion au sein du secteur public dans son ensemble (vie politique et fonction publique) des principes et valeurs déontologiques et éthiques communs, les hommes et les femmes politiques ainsi que les fonctionnaires ayant en commun de servir l'intérêt général. La réforme devrait, ainsi, contribuer à créer un continuum entre la recherche d'une gestion éthique par les élus des politiques publiques et le réflexe de la déontologie au sein de la gestion des services publics.

En définitive, l'existence de deux instances renvoie à celle de deux sphères reflétant une déontologie politique et une déontologie administrative qui,

avec la réforme envisagée, se rejoindraient de façon cohérente dans une seule et même volonté de lutter notamment contre les conflits d'intérêts dans la vie publique au sens large du terme. On l'aura compris, si cette réforme devait être menée à bien, elle ne concernerait pas seulement la fonction publique mais le secteur public dans sa globalité. Au-delà du volet déontologique applicable aux fonctionnaires, cette nouvelle réforme pourrait bien avoir pour ambition de renforcer l'éthique au sein de la vie publique parallèlement au souhait de généraliser, grâce aux référents déontologues, les démarches préventives permettant aux fonctionnaires de se poser les bonnes questions dans leur pratique quotidienne avant qu'il ne soit trop tard.

**DES REFERENTS
DEONTOLOGUES
PLUS PROCHES DES
GESTIONNAIRES DE
RESSOURCES
HUMAINES**

Sur ce point, la réforme est spécifique à la seule fonction publique même s'il existe des référents déontologues dans la vie politique. Le professeur Didier Jean-Pierre a bien résumé la mission des référents déontologues dans la fonction publique en écrivant que leur rôle consiste à « conseiller sans contrôler » et en déduisant du périmètre de leur mission de conseil qu'ils incarnent l'image d'un « super -héros sans super-pouvoir ». L'article 16 du projet de loi modifié par la commission des lois souhaite renforcer le rôle des référents déontologues en lien avec la nouvelle Haute Autorité. La création de celle-ci ne s'effectuera pas au détriment de cette nouvelle figure dans la fonction publique dont l'influence est amenée à croître pour apporter aux agents publics une aide déontologique de proximité. L'amendement n° 1122 accepté par le gouvernement rappelle, après avoir posé le principe de la création d'une Haute Autorité gardienne de la déontologie du secteur public, la nécessité de « préserver la spécificité du rôle des référents déontologues au sein de l'administration » pour reprendre l'expression figurant dans l'exposé des motifs.

Une cloison étanche avait été mise en place par la loi du 20 avril 2016 entre les référents déontologues et les directions des services des administrations.

Afin de préserver la nécessité de bien préserver la chaîne hiérarchique, le législateur avait pris soin de préciser que le conseil utile du référent déontologue (que ce soit un comité ou une personnalité) était prodigué « sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service ».

L'objectif de la réforme envisagée en 2019 est de faire en sorte que « le contrôle déontologique soit effectué au plus près des agents en renforçant le rôle du référent déontologue ». Proposant une modification par l'article 16 du projet de loi de l'article 28 bis du titre 1er du Statut général, cet amendement procède à un ajustement bienvenu précisant que « l'administration peut consulter son référent déontologue afin de l'éclairer sur l'application des articles 6 ter A, 25, 25 bis et 25 septies à 28 ». Didier Jean-Pierre avait appelé de ses vœux une telle évolution en écrivant qu'il ne « serait pas farfelu que l'employeur public saisisse le référent-déontologue ».

Cette évolution doit être approuvée car celles et ceux qui exercent depuis peu la fonction de référent –déontologue sont souvent amené(e)s à opposer une fin de non-recevoir aux courriels adressés par les DGA, DGS ou DRH leur demandant un conseil utile. Le droit de saisir le référent déontologue est exclusivement reconnu, en l'état actuel du droit, aux fonctionnaires et agents publics. La proposition de réforme étendra cette saisine aux administrations ; c'est-à-dire, aux gestionnaires des services et des personnes.

Avec cette proposition, la déontologie devient, plus que jamais, une nouvelle « facette du management » permettant aux acteurs publics de mieux prévenir la survenance de risques juridiques. Dans la réforme de 2016, le référent-déontologue ne risquait pas de marcher sur les platebandes des DGS ou de devenir un DGA bis qui viendrait semer le trouble en prodiguant des conseils prenant le contrepied de la décision administrative. Dans la réforme envisagée, le référent-déontologue devient non pas un partenaire de la

direction des services mais l'acteur d'une déontologie tranquille et de terrain apportant également un conseil permettant d'avoir une démarche cohérente pour gérer au mieux la situation problématique rencontrée par un agent.

Selon l'amendement proposé, lorsqu'il sera saisi au titre des articles 25 septies et 25 octies, le référent déontologue appréciera si l'activité qu'exerce ou que projette d'exercer le fonctionnaire risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ou de méconnaître tout principe déontologique. Cette précision étend le champ d'application du conseil prodigué par les référents déontologues.

Les missions des référents déontologues étant amenées à évoluer, il est envisagé de rendre possible le tissage d'un corpus de bonnes pratiques via la constitution d'un réseau des référents déontologues dans les trois versants de la fonction publique. L'amendement propose en effet d'amener le ministère chargé de la Fonction publique à « accompagner et apporter son soutien et animer le réseau des référents déontologues dans les trois versants » et à remettre un rapport annuel au Premier ministre et au Parlement ». D'ores et déjà, des colloques et symposiums sont organisés d'ici la fin de l'année pour anticiper cette évolution.

LE CONTROLE BIENVENU DU RETRO- PANTOUFLAGE

Il existait un angle mort dans la lutte contre le pantouflage et les conflits d'intérêts dans la haute administration. Si les personnes nommées à un emploi supérieur de l'Etat sont soumises à des obligations déclarative, la loi n'a effectivement pas imposé à ces mêmes personnes (qui sont souvent, en réalité, des hauts fonctionnaires) le contrôle du pantouflage qui permettrait de lutter contre une certaine forme d'accaparement par le secteur privé de l'intérêt public via l'exercice par un haut fonctionnaire ayant exercé un emploi supérieur de l'Etat, d'une fonction privée lucrative pour le compte d'un employeur privé. Le retour dans le secteur public (rétro-pantouflage) du

fonctionnaire passé par le secteur privé pendant trois ans ne donne pas lieu, en l'état actuel du droit, au contrôle du respect par l'agent des principes déontologiques. Le projet de loi met fin à cette anomalie en instaurant un contrôle spécifique en pareille hypothèse car l'enfer étant pavé de bonnes intentions, on ne saurait nier – sans toutefois le surestimer - l'existence d'un risque de recrutement du haut fonctionnaire dans le secteur privé pour exercer ensuite un lobbying non désintéressé. Un nouveau paragraphe devrait être inséré à l'article 28 octies du titre 1er du Statut général pour confier à la Haute Autorité le soin d'examiner la compatibilité entre le récent passé dans le secteur privé d'un fonctionnaire et sa nomination envisagée à un emploi de directeur d'administration centrale ou de dirigeant d'un établissement public de l'Etat.

En France, personne - si ce n'est le haut fonctionnaire lui-même qui rétro-pantoufle - ne peut imposer la seule réponse acceptable à une situation de conflit d'intérêts : le déport ou l'abstention. Autrement dit, on s'en remet à l'éthique de la responsabilité dont on suppose qu'elle est chevillée au corps. C'est insuffisant car l'éthique est subjective et comme cela a été souligné rares sont les personnes qui, spontanément, pensent qu'elles sont ou peuvent se trouver dans une situation de conflit d'intérêts.

Il pourrait être opportun de responsabiliser davantage les hauts fonctionnaires concernés en leur faisant signer une déclaration les obligeant à pratiquer obligatoirement l'abstention ou le déport si une question dans le cadre de l'activité privée qu'ils exercent concerne la mission de service public attachée à ses anciennes fonctions. Il conviendra de suivre de près sur ce point les débats parlementaires.

Si le retour d'un fonctionnaire dans l'administration après un passage par le secteur privé sera bientôt appréhendé par le Statut général, il conviendrait

également, pour éviter un « mélange des genres », de cadrer matériellement la mission de service public que peut exercer l'agent comme le propose l'article 7 de la proposition de loi n° 151 du 30 août 2017. Celle-ci vise à interdire à tout ancien fonctionnaire ou agent public « en disponibilité ou ayant exercé des fonctions pour le compte d'une entreprise publique ou privée ou pour une société de conseil d'occuper une fonction impliquant une mission de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique directement ou indirectement liés aux secteurs d'activités dans lesquels il est intervenu pendant un délai de trois mois ». Une telle modification du Statut général permettrait de prévenir plus efficacement la survenance d'éventuels conflits d'intérêts.

A la faveur des débats parlementaires, cette proposition fera peut-être sa réapparition. Elle permettrait également de mieux anticiper un éventuel retour problématique qui n'est appréhendé que par le code pénal à l'heure actuelle. Il existe, en effet, un délit de prise illégale d'intérêts par succession de fonctions même si l'on peut nuancer le propos le nombre de poursuites sur la base de l'article 432-13 du code pénal étant très faible et dans la fonction publique comme ailleurs mieux vaut prévenir que guérir.