

CONCOURS INTERNE D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2017

Note de synthèse et de propositions, à partir d'un dossier,
portant sur un sujet de droit public

EPREUVE N° 5

Durée : 4 h
Coefficient : 3

SUJET :

Vous êtes administrateur.rice à la direction des affaires juridiques d'un conseil régional. On vous demande une note portant sur les enjeux déontologiques dans la fonction publique territoriale.

Vous veillerez à formuler des propositions susceptibles notamment de garantir le respect par les fonctionnaires territoriaux de leurs obligations déontologiques.

DOCUMENTS JOINTS

Document n° 1	Loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (extraits)	Page 1
Document n° 2	Olivier Guillaumont, « Loi déontologie : quels changements pour les agents territoriaux ? », <i>La lettre du cadre</i> , 4 août 2016	Page 8
Document n° 3	Conseil d'État, 19 février 2009, <i>Christophe A</i>	Page 12
Document n° 4	Les conflits d'intérêts dans les collectivités locales, 15 ^{ème} journée d'étude de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale (décembre 2016), <i>La semaine juridique – administrations et collectivités territoriale</i> , avril 2017	Page 14

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies : pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.

Loi dite « Le Pors » n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (extraits)

Chapitre II : garanties

Article 6 ter A

Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 *bis* dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. Dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 *bis*. En cas de litige relatif à l'application quatre premiers alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit, d'un crime, d'une situation de conflit d'intérêts ou d'un signalement constitutif d'une alerte au sens de l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de

prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le fonctionnaire qui relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts de mauvaise foi ou de tout fait susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires, avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal.

Chapitre III : des carrières

Article 18

[...] Il ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé. Tout fonctionnaire a accès à son dossier individuel dans les conditions définies par la loi. [...]

Chapitre IV : des obligations et de la déontologie

Article 25

Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les

personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité. Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service.

Article 25 bis

I.- Le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver. Au sens de la présente loi, 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 paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.

II.- A cette fin, le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts : 1° Lorsqu'il est placé dans une position hiérarchique, saisit son supérieur hiérarchique ; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, le traitement du dossier ou l'élaboration de la décision à une autre personne ; 2° Lorsqu'il a reçu une délégation de signature, s'abstient d'en user ; 3° Lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer ; 4° Lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles, est suppléé selon les règles propres à sa juridiction ; 5° Lorsqu'il exerce des compétences qui lui ont été dévolues en propre, est suppléé par tout délégué, auquel il s'abstient d'adresser des instructions.

Article 25 ter

I.- La nomination dans l'un des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des

fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, est conditionnée à la transmission préalable par le fonctionnaire d'une déclaration exhaustive, exacte et sincère de ses intérêts à l'autorité investie du pouvoir de nomination. [...]

II.- Lorsque l'autorité hiérarchique constate que le fonctionnaire se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, au sens du I de l'article 25 bis, elle prend les mesures nécessaires pour y mettre fin ou enjoint au fonctionnaire de faire cesser cette situation dans un délai qu'elle détermine. [...]

III.- La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique apprécie, dans un délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration, si le fonctionnaire dont la déclaration d'intérêts lui est transmise se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, au sens du I du même article 25 bis. [...]

IV.- La déclaration d'intérêts ne comporte aucune mention des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé, hormis lorsque la révélation de ces opinions ou de ces activités résulte de la déclaration de fonctions ou de mandats exercés publiquement. [...]

Article 25 quater

Le fonctionnaire exerçant des responsabilités en matière économique ou financière et dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient est tenu de prendre, dans un délai de deux mois suivant cette nomination, toutes dispositions pour que ses instruments financiers soient gérés, pendant la durée de ses fonctions, dans des conditions excluant tout droit de regard de sa part. Le fonctionnaire justifie des mesures prises auprès de la Haute

Autorité pour la transparence de la vie publique. [...]

Article 25 quinquies

I.- Le fonctionnaire nommé dans l'un des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, adresse au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, dans un délai de deux mois suivant sa nomination, une déclaration exhaustive, exacte et sincère de sa situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis. [...]

III.- La déclaration de situation patrimoniale n'est ni versée au dossier du fonctionnaire ni communicable aux tiers. Au cours de l'exercice des fonctions, toute modification substantielle de la situation patrimoniale du fonctionnaire donne lieu, dans un délai de deux mois, à une déclaration dans les mêmes formes. Le modèle, le contenu et les modalités de transmission, de mise à jour et de conservation de la déclaration de situation patrimoniale sont fixés par décret en Conseil d'Etat, après avis de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

IV.- La Haute Autorité peut demander au fonctionnaire soumis au I du présent article toute explication nécessaire à l'exercice de sa mission de contrôle des déclarations de situation patrimoniale. [...]

Article 25 sexies

I.- Le fait, pour un fonctionnaire qui est soumis à l'obligation prévue au I et au IV de l'article 25 *ter*, au I de l'article 25 *quater*, au I et au III de l'article 25 *quinquies*, de ne pas adresser la déclaration prévue au IV de l'article 25 *ter*, au I ou au III de l'article 25 *quinquies*, de ne pas justifier des mesures

prises en application du I de l'article 25 *quater*, d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Peuvent être prononcées, à titre complémentaire, l'interdiction des droits civiques, selon les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du code pénal, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique, selon les modalités prévues à l'article 131-27 du même code. [...]

Article 25 septies

I.- Le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, sous réserve des II à V du présent article. Il est interdit au fonctionnaire : 1° De créer ou de reprendre une entreprise lorsque celle-ci donne lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à affiliation au régime prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale, s'il occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein ; 2° De participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif ; 3° De donner des consultations, de procéder à des expertises ou de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ne relevant pas du secteur concurrentiel ; 4° De prendre ou de détenir, directement ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle il appartient ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre son indépendance ; 5° De cumuler un emploi permanent à temps

complet avec un ou plusieurs autres emplois permanents à temps complet.

II.- Il est dérogé à l'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative : 1° Lorsque le dirigeant d'une société ou d'une association à but lucratif, lauréat d'un concours ou recruté en qualité d'agent contractuel de droit public, continue à exercer son activité privée pendant une durée d'un an, renouvelable une fois, à compter de son recrutement ; 2° Lorsque le fonctionnaire, ou l'agent dont le contrat est soumis au code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, occupe un emploi permanent à temps non complet ou incomplet pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail. La dérogation fait l'objet d'une déclaration à l'autorité hiérarchique dont l'intéressé relève pour l'exercice de ses fonctions.

III.- Le fonctionnaire qui occupe un emploi à temps complet peut, à sa demande, être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative. L'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, qui ne peut être inférieur au mi-temps, est accordée, sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service et compte tenu des possibilités d'aménagement de l'organisation du travail, pour une durée maximale de deux ans, renouvelable pour une durée d'un an, à compter de la création ou de la reprise de cette entreprise. Une nouvelle autorisation d'accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise ne peut être accordée moins de trois ans après la fin d'un service à temps partiel pour la création ou la reprise d'une entreprise. [...]

IV.- Le fonctionnaire peut être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à exercer à titre accessoire une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui lui sont confiées et n'affecte pas leur exercice. Par dérogation au 1° du I du présent article, ces activités peuvent être exercées sous le régime prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale. Il peut notamment être recruté comme enseignant associé en application de l'article L. 952-1 du code de l'éducation. V.- La production des œuvres de l'esprit, au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle, s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve de l'article 26 de la présente loi. Les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

VI.- Sans préjudice de l'engagement de poursuites disciplinaires, la violation du présent article donne lieu au reversement des sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur le traitement. [...]

Article 25 octies

I.- Une commission de déontologie de la fonction publique est placée auprès du Premier ministre pour apprécier le respect des principes déontologiques inhérents à l'exercice d'une fonction publique. Elle est chargée : 1° De rendre un avis lorsque l'administration la saisit, préalablement à leur adoption, sur les projets de texte élaborés pour l'application des articles 6 *ter* A, 25 à 25 *ter*, 25 *septies*, 25 *nonies* et 28 *bis* ; 2° D'émettre des recommandations sur

l'application des mêmes articles ; 3° De formuler des recommandations lorsque l'administration la saisit sur l'application desdits articles à des situations individuelles. Les avis et les recommandations mentionnés aux 1° et 2° du présent I ainsi que, le cas échéant, la réponse de l'administration sont rendus publics, selon des modalités déterminées par la commission.

II.- La commission est chargée d'examiner la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise par un fonctionnaire sur le fondement du III de l'article 25 septies avec les fonctions qu'il exerce.

III.- Le fonctionnaire cessant définitivement ou temporairement ses fonctions ou, le cas échéant, l'autorité dont il relève dans son corps ou dans son cadre d'emplois d'origine saisit à titre préalable la commission afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé, ou de toute activité libérale, avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité. Pour l'application du premier alinéa du présent III, est assimilé à une entreprise privée tout organisme ou toute entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles de droit privé. A défaut de saisine préalable par le fonctionnaire ou l'administration, le président de la commission peut saisir celle-ci dans un délai de trois mois à compter de l'embauche du fonctionnaire ou de la création de l'entreprise ou de l'organisme privé. La commission apprécie 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, de méconnaître tout principe déontologique mentionné à l'article 25 de la présente loi ou de placer l'intéressé en situation de

commettre l'infraction prévue à l'article 432-13 du code pénal.

IV.- La commission peut demander au fonctionnaire ou à l'autorité dont il relève dans son corps ou dans son cadre d'emplois d'origine ou dans les corps, cadres d'emplois ou emplois dans lesquels il a été précédemment détaché ou a exercé des fonctions toute explication ou tout document nécessaire à l'exercice des missions de la commission. La commission peut recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Elle peut entendre ou consulter toute personne dont le concours lui paraît utile. La commission et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique peuvent échanger les informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives, y compris les informations couvertes par le secret professionnel. Pour les personnes mentionnées aux 4°, 7° et 8° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la commission communique ses avis pris en application du III du présent article à la Haute Autorité. Le cas échéant, la commission est informée par la ou les autorités dont relève le fonctionnaire dans son corps ou dans son cadre d'emplois d'origine des faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts qui ont été relatés ou ont fait l'objet d'un témoignage en application de l'article 6 ter A de la présente loi, dès lors que ces faits concernent les fonctions exercées ou ayant été exercées au cours des trois années antérieures par ce fonctionnaire.

V.- Lorsqu'elle est saisie en application des II ou III du présent article, la commission rend, dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, un avis : 1° De compatibilité ; 2° De compatibilité avec réserves, celles-ci étant prononcées pour une durée de deux ans lorsque l'avis est rendu en application du

II et de trois ans suivant la cessation des fonctions lorsque l'avis est rendu en application du III ; 3° D'incompatibilité. Le président de la commission peut rendre, au nom de celle-ci, un avis de compatibilité, assorti éventuellement de réserves, dans le cas où l'activité envisagée est manifestement compatible avec les fonctions antérieures ou actuelles de l'intéressé. Il peut également rendre, au nom de celle-ci, un avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou constatant qu'il n'y a pas lieu à statuer.

VI.- Les avis rendus au titre des 2° et 3° du V lient l'administration et s'imposent à l'agent. Lorsque l'un de ces avis est rendu en application du III, la commission peut, lorsqu'elle rend un avis d'incompatibilité ou un avis de compatibilité assorti de réserves, et après avoir recueilli les observations de l'agent concerné, le rendre public. L'avis ainsi rendu public ne contient aucune information de nature à porter atteinte à la vie privée de la personne concernée, au secret médical, au secret en matière commerciale et industrielle ou à l'un des secrets mentionnés au 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration. L'autorité dont le fonctionnaire relève dans son corps ou dans son cadre d'emplois d'origine peut solliciter une seconde délibération de la commission, dans un délai d'un mois à compter de la notification de son avis. Dans ce cas, la commission rend un nouvel avis dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette sollicitation. Lorsque le fonctionnaire ne respecte pas l'avis rendu au titre des mêmes 2° et 3°, il peut faire l'objet de poursuites disciplinaires. Lorsque le fonctionnaire retraité ne respecte pas l'avis rendu au titre desdits 2° et 3°, il peut faire l'objet d'une retenue sur pension dans la limite de 20 % pendant les trois ans suivant la cessation de ses fonctions. Lorsque l'agent est titulaire d'un contrat de travail et qu'il ne respecte pas l'avis rendu au titre des mêmes

2° et 3°, le contrat prend fin à la date de notification de l'avis, sans préavis et sans indemnité de rupture.

VII.- La commission de déontologie de la fonction publique est présidée par un conseiller d'Etat ou par son suppléant, conseiller d'Etat. Elle comprend en outre : 1° Un conseiller maître à la Cour des comptes ou son suppléant, conseiller maître à la Cour des comptes ; 2° Un magistrat de l'ordre judiciaire ou son suppléant, magistrat de l'ordre judiciaire ; 3° Trois personnalités qualifiées, dont l'une au moins doit avoir exercé des fonctions au sein d'une entreprise privée, et trois suppléants, soumis à la même condition. Outre les personnes mentionnées aux 1° à 3° du présent VII, la commission comprend : a) Lorsqu'elle exerce ses attributions à l'égard d'un agent relevant de la fonction publique de l'Etat, deux directeurs d'administration centrale ou leurs suppléants ; b) Lorsqu'elle exerce ses attributions à l'égard d'un agent relevant de la fonction publique territoriale, un représentant d'une association d'élus de la catégorie de collectivité territoriale ou d'établissement public dont relève l'intéressé ou son suppléant, ainsi qu'un directeur ou ancien directeur général des services d'une collectivité territoriale ou son suppléant ; c) Lorsqu'elle exerce ses attributions à l'égard d'un agent relevant de la fonction publique hospitalière, une personnalité qualifiée dans le domaine de la santé publique ou son suppléant, ainsi qu'un inspecteur général des affaires sociales ou un ancien directeur d'hôpital ou son suppléant ; d) Lorsqu'elle exerce ses attributions en application des articles L. 531-1 à L. 531-16 du code de la recherche, deux personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche ou de la valorisation de la recherche ou leurs suppléants. La commission comprend un nombre égal de femmes et d'hommes. [...]

Article 25 *decies*

Il est interdit à tout fonctionnaire qui, placé en position de détachement, de disponibilité ou hors cadre et bénéficiant d'un contrat de droit privé, exerce en tant que cadre dirigeant dans un organisme public ou un organisme privé bénéficiant de concours financiers publics et qui réintègre son corps ou cadre d'emplois d'origine, de percevoir des indemnités liées à la cessation de ses fonctions au sein de cet organisme, à l'exception de l'indemnité compensatrice de congés payés.

Article 26

Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

Article 27

Les fonctionnaires ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public dans le respect des règles mentionnées à l'article 26 de la présente loi.

Article 28

Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt

public. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.

Article 28 *bis*

Tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités et critères de désignation des référents déontologues.

Article 29

Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale.

Article 30

En cas de faute grave commise par un fonctionnaire, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun, l'auteur de cette faute peut être suspendu par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire qui saisit, sans délai, le conseil de discipline. [...]

Olivier Guillaumont, « Loi déontologie : quels changements pour les agents territoriaux ? », *La lettre du cadre*, 4 août 2016

Présentée en conseil des ministres en juillet 2013 pour les trente ans de la loi dite « Le Pors », la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a été adoptée le 20 avril dernier. Elle modifie le statut de la fonction publique sur plusieurs points. Différents grands principes dégagés par la jurisprudence font leur apparition dans la loi de 1983 (art. 25) : dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité.

La consécration de principes déontologiques

La loi précise que le fonctionnaire :

- exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité et, à ce titre, s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses ;
- traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.

L'intention du législateur n'est pas de supprimer le devoir de réserve qui conserve donc sa pertinence et son fondement jurisprudentiel.

Ces principes ainsi consacrés rejoignent d'autres principes déjà inscrits dans le statut : secret professionnel et discrétion professionnelle (art. 26), devoir d'information du public (article 27), devoir d'obéissance hiérarchique (art. 28). En revanche, à l'issue de la commission mixte paritaire, a été rejetée la proposition du Sénat de consacrer également l'obligation de réserve dans la loi. Les débats parlementaires montrent que les réticences syndicales ont fortement pesé dans ce choix mais que l'intention du législateur n'est pas

de supprimer le devoir de réserve qui conserve donc sa pertinence et son fondement jurisprudentiel.

L'obligation d'abstention en cas de conflit d'intérêts

La loi d'avril 2016 insère dans la loi du 13 juillet 1983 (art. 25 *bis*) l'obligation d'abstention. Tout agent public doit veiller à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver.

À cette fin, l'agent qui estime se trouver dans une situation de **conflit d'intérêts** :

- saisit son supérieur hiérarchique ; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, le traitement du dossier ou l'élaboration de la décision à une autre personne ;
- lorsqu'il a reçu une délégation de signature, s'abstient d'en user ;
- lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer ;
- lorsqu'il exerce des compétences qui lui ont été dévolues en propre, est suppléé par tout délégataire, auquel il s'abstient d'adresser des instructions.

Reprenant la définition déjà donnée par la loi relative à la **transparence de la vie publique**, la loi de 1983 définit le **conflit d'intérêts** comme toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés, qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.

À FAIRE

- À court terme :
 - s'approprier les nouvelles règles, notamment en matière de congés maternité, paternité et congés pour adoption (art. 57 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée)
 - rédiger et diffuser des notes internes d'information sur les procédures d'abstention en cas de **conflits d'intérêts** et de mise en œuvre du droit d'alerte
 - adapter les formulaires et procédures internes aux modifications (protection fonctionnelle, cumul d'activités...)
- Après publication des décrets d'application :
 - mettre en place des commissions consultatives paritaires pour les agents contractuels (art. 136 de la loi de 1983)
 - désigner un **référént déontologue** (art. 28 bis de la loi de 1983)
 - decueillir des déclarations d'intérêts et transmission par les intéressés des déclarations de patrimoine à la HATV (art. 25 ter de la loi de 1983).

Déclarations d'intérêts et déclarations de situation patrimoniale

La loi étend à la FPT des dispositifs mis en place, pour les plus hauts responsables publics (certains élus, notamment), dans la loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la **transparence de la vie publique**. Certains fonctionnaires seront tenus d'établir une déclaration d'intérêts (art. 25 ter de la loi de 1983). La définition du périmètre des agents concernés est renvoyée à un décret, qui déterminera les emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient. L'intention du gouvernement est de prendre en compte les risques inhérents aux différents emplois, sans que le critère hiérarchique ne soit

prépondérant. Le champ des emplois concernés devrait donc être relativement étendu. La nomination dans l'un de ces emplois sera conditionnée à la transmission préalable par l'agent de sa déclaration d'intérêts à l'autorité investie du pouvoir de nomination.

Le périmètre des agents effectivement astreints à déclarer leur patrimoine devrait s'avérer plus restreint que ceux soumis à une déclaration d'intérêt.

En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra transmettre pour avis la déclaration d'intérêts à la **Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)**. Si le **conflit d'intérêts** est avéré, cette commission adressera une recommandation à l'autorité hiérarchique, à qui il reviendra de prendre toute mesure utile pour y mettre fin. Certains fonctionnaires devront établir des déclarations de situation patrimoniale et les adresser à la HATVP (art. 25 *quinquies* de la loi de 1983). Un décret en Conseil d'État déterminera les emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient. Le périmètre des agents effectivement astreints à déclarer leur patrimoine devrait s'avérer plus restreint que ceux soumis à une déclaration d'intérêt (emplois fonctionnels notamment). Une évaluation interviendra à la cessation de ses fonctions et la HATVP appréciera la variation éventuelle de la situation patrimoniale. Le non-respect de ces différentes dispositions expose les agents concernés à des poursuites pénales (art. 25 *sexies*).

Protection des lanceurs d'alerte

Introduite à l'article 6 ter A de la loi de 1983 par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale, la notion de **lanceur d'alerte** soulevait

plusieurs difficultés au regard de différentes obligations statutaires (discretion professionnelle, devoir de réserve...). La loi **déontologie** était à la recherche d'un point d'équilibre tout en consacrant cette notion. Parmi les mesures qui ne sauraient être prises contre un fonctionnaire **lanceur d'alerte** (en matière de recrutement, de titularisation, de formation, de discipline, de promotion, d'affectation et de mutation), sont ajoutées celles relatives à la rémunération et à l'évaluation. La protection due à l'agent **lanceur d'alerte** n'est plus limitée aux signalements de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, mais est désormais étendue aux signalements de faits susceptibles d'être qualifiés de **conflit d'intérêts**.

La loi envisage uniquement, désormais, les signalements aux « autorités judiciaires ou administratives », alors que la précédente rédaction offrait également une protection pour l'auteur de signalements aux médias.

Dans cette dernière hypothèse, et contrairement à ce que la loi prévoit pour les signalements de faits constitutifs de crimes ou délits, l'agent doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue.

La modification majeure est que la loi envisage uniquement, désormais, les signalements aux « autorités judiciaires ou administratives », alors que la précédente rédaction issue de la loi de 2013 telle qu'interprétée à la lumière des travaux parlementaires offrait également une protection pour l'auteur de signalements aux médias. Cette possibilité entraine néanmoins frontalement en conflit avec les obligations déontologiques précitées. Le resserrement opéré constitue un point d'équilibre

satisfaisant. Comme par le passé, le **lanceur d'alerte** devra agir de bonne foi, sous peine de sanctions pénales (article 226-10 du code pénal).

Le renforcement de la protection fonctionnelle des agents

Consacrant là aussi une solution jurisprudentielle, la loi introduit expressément le harcèlement moral au sein de la liste des actes pouvant donner lieu à l'octroi de la **protection fonctionnelle**.

La loi introduit expressément le harcèlement moral au sein de la liste des actes pouvant donner lieu à l'octroi de la protection fonctionnelle.

En matière pénale, la loi limitait la protection aux agents faisant l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions. Cette notion de « poursuites pénales » excluait de la **protection** l'agent entendu en qualité de témoin assisté ou simplement placé en garde à vue en l'absence de poursuites. Le nouvel article fait entrer ces hypothèses dans le champ de la protection et l'étend également à l'agent qui se voit proposer une mesure de composition pénale. Par ailleurs, les membres de la famille de l'ensemble des agents (et non plus seulement des policiers et des pompiers) sont susceptibles de bénéficier de la **protection** en cas d'agression liée aux fonctions de l'agent (art. 11 de la loi de 1983).

La situation des agents contractuels

La loi consacre l'expression d'« agents contractuels » à la place d'« agents non titulaires ». Confirmant de multiples décisions du juge administratif, les

garanties, droits et obligations des fonctionnaires exposés précédemment sont étendus aux agents contractuels. Le mouvement de convergence entre le droit applicable aux fonctionnaires et aux contractuels de droit public se poursuit, comme l'illustre également la création de commissions consultatives paritaires qui connaîtront désormais des décisions individuelles prises à l'égard des agents contractuels et de toute question d'ordre individuel concernant leur situation professionnelle (article 136 de la loi du 26 janvier 1984).

La loi doit conduire à mettre en place des procédures objectives de recrutements, seules de nature à respecter le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics.

L'article 32 de la loi de 1983 prévoit désormais que « les agents contractuels sont recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir ». Cette phrase fait écho au rapport sur la fonction publique de M. Bernard Pêcheur, qui avait critiqué notamment le « manque de lisibilité des critères retenus pour sélectionner les candidats » ou « la vérification insuffisante des capacités des candidats ». La loi doit donc conduire à mettre en place des procédures objectives de recrutements, seules de nature à respecter le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics. La notion de « services publics effectifs » est remplacée par celle de « services publics ». Cette modification doit faciliter la « CDIisation » des agents qui justifient d'une durée de services publics de 6 ans au moins sur des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique (art. 3-4 de la loi du 26 janvier 1984). Un volet social est également intégré dans la loi, avec par exemple, l'extension jusqu'en 2018 du

dispositif de la loi Sauvadet (art. 41 loi du 20 avril 2016).

À SAVOIR

La loi déontologie, c'est aussi :

- la possibilité pour les agents de consulter un **référént déontologue**, chargé d'apporter aux agents tout conseil au respect des principes déontologiques (art. 28 bis de la loi de 1983 modifiée)
- la révision des règles sur le cumul d'activités (art. 25 septies de la loi de 1983 modifiée)
- l'amélioration de la situation des agents suspendus et faisant l'objet de poursuites pénales (article 30 de la loi de 1983 modifiée)
- la création d'un délai de prescription de trois ans en matière disciplinaire (art. 19 de la loi de 1983 modifiée) qui court à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective des faits passibles de sanction
- la rationalisation des positions administratives (art. 14 bis de la loi de 1983 modifiée) dorénavant au nombre de quatre (activité, détachement, disponibilité et congé parental) et non plus de six (suppression position hors cadre)
- la possibilité de prolonger d'un an la validité de la durée d'inscription sur les listes d'aptitude (art. 44 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée), soit quatre années de validité en tout
- une meilleure représentativité des femmes et des hommes parmi les représentants du personnel dans les instances paritaires (art. 8 ter de la loi de 1983 modifiée)
- la possibilité de mutualiser le crédit de temps syndical entre un centre de gestion et des collectivités territoriales ou établissements publics non affiliés à ce centre (art. 100-1 I bis de la loi du 26 janvier 1984 modifiée).

Conseil d'État, 19 février 2009, *Christophe A.*

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que M. Christophe A, agent technique de La Poste, a fait l'objet, le 26 août 1998, d'une sanction d'exclusion temporaire de fonctions d'une durée de douze mois, dont six avec sursis, pour manquements à l'obligation de réserve, attitude indisciplinée et mauvais service, sanction confirmée par le tribunal administratif de Nancy, par un jugement du 19 octobre 1999, devenu définitif ; que le 26 février 2003, M. A a fait l'objet d'une nouvelle décision de sanction dont l'article 1er prononce une sanction d'exclusion temporaire de fonctions d'une durée de six mois, l'article 2 révoque le sursis de six mois accordé par la décision du 26 août 1998, et l'article 3 inflige, en sus de la sanction prononcée à l'article 1er, l'exécution de la sanction d'exclusion temporaire de six mois restant à accomplir au titre du sursis ainsi révoqué ; que le tribunal administratif de Strasbourg a, par l'article 1er de son jugement du 23 juin 2004, annulé, à la demande de M. A, les articles 2 et 3 de la décision en date du 26 février 2003, et rejeté, par l'article 2 du même jugement, cette demande en tant qu'elle tendait à l'annulation de l'article 1er de la décision du 26 février 2003 ; que la Poste a fait appel de ce jugement en tant seulement que son article 1er prononçait l'annulation des articles 2 et 3 de la décision du 26 février 2003 ; que M. A a, par mémoire du 30 novembre 2004, présenté des conclusions d'appel incident tendant à l'octroi d'une réparation du préjudice moral qu'il dit avoir subi ainsi qu'à la révision de son dossier disciplinaire à la suite de la loi du 6 août 2002 portant amnistie ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur l'appel principal de La Poste ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que La Poste a reçu le 15 juillet 2004 la notification du jugement ; qu'ainsi son appel, enregistré au greffe de la cour le 16 septembre 2004, n'était pas tardif, contrairement à ce qu'a soutenu devant la cour M. A ;

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la loi du 6 août 2002 portant amnistie : Sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires. / (...) Toutefois, si ces faits ont donné lieu à une condamnation pénale, l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles est subordonnée à l'amnistie ou à la réhabilitation légale ou judiciaire de la condamnation pénale. / Sauf mesure individuelle accordée par décret du Président de la République, sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits constituant des manquements à l'honneur, à la probité ou aux bonnes moeurs (...); qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 66 de la loi du 11 janvier 1984 : (...) L'intervention d'une sanction disciplinaire du deuxième ou troisième groupe pendant une période de cinq ans après le prononcé de l'exclusion temporaire entraîne la révocation du sursis (...);

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les faits, qui ont donné lieu à la sanction d'exclusion avec sursis du 26 août 1998, révoqué par la décision du 26 février 2003 prononçant à son encontre une sanction du troisième groupe, et qui consistaient

notamment en la remise aux usagers du service de La Poste d'imprimés à caractère religieux, ont été commis avant le 17 mai 2002 ; que les actes de prosélytisme religieux constituent, eu égard à la nature des fonctions de guichetier en rapport direct avec le public exercées par M. A, une faute susceptible de perturber la bonne marche du service et contraire à l'honneur professionnel ; que M. A, qui ne fait état d'aucune circonstance qui permettrait d'écarter, en l'espèce, l'application des dispositions de l'article 66 de la loi du 11 janvier 1984, n'est pas fondé à soutenir que la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, aurait inexactement qualifié les faits en estimant que le fait pour un fonctionnaire d'utiliser ses fonctions pour remettre aux usagers du service public des imprimés à caractère religieux constituait un manquement à l'honneur, et en annulant pour cette raison l'article 1er du jugement du tribunal administratif de Strasbourg prononçant l'annulation des articles 2 et 3 de la décision du 26 février 2003 ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur l'appel incident de M. A :

Considérant que, si la cour administrative d'appel de Nancy a répondu dans les motifs de son arrêt aux moyens de l'appel incident de M. A, elle a omis de statuer sur les conclusions de cet appel dans son dispositif ; qu'ainsi, son arrêt est entaché d'irrégularité sur ce point ; que M. A est, par suite, fondé à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy en tant qu'il a rejeté son appel incident ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. A n'est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué qu'en tant qu'il a omis de statuer dans son dispositif sur les

conclusions de son appel incident tendant à l'octroi d'une indemnité et à ce que soient prononcées des injonctions ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond sur les points mentionnés ci-dessus ;

Considérant que M. A ne conteste pas ne pas avoir lié le contentieux indemnitaire devant le tribunal administratif ; que, par suite, il n'est, en tout état de cause, pas fondé à demander l'annulation du jugement du tribunal administratif en tant qu'il rejette comme irrecevables ses conclusions indemnitaires ;

Considérant que les conclusions tendant à la révision du dossier administratif de l'intéressé, qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, ne peuvent également qu'être rejetées ;

Sur les conclusions présentées par La Poste et M. A en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de La Poste, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que M. A demande en application de ces dispositions ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de M. A le versement à La Poste des sommes que celle-ci demande au même titre ; **DÉCIDE : [annulation]**

Les conflits d'intérêts dans les collectivités territoriales

DEUXIÈME TABLE RONDE

avec

Jérôme DESCHÊNES
Laurence GOUTARD-
CHAMOUX
Catherine HUSSON-
TROCHAIN
Levent SABAN



Quoi de plus indigne que d'utiliser le bien commun à des fins privées ? À première vue, le conflit d'intérêts est bien le contresens même de la déontologie. Sauf que le conflit d'intérêts n'est pas forcément cela, et bien souvent même il tient davantage du courant d'air que du mistral, c'est-à-dire un petit souffle imperceptible, mais qui est suffisamment insidieux pour vous mener tout droit à la bronchite voire à la pneumonie si vous n'y prenez pas garde. Autant se couvrir, s'en couvrir, et aussi illogique que cela puisse paraître, il faut avancer à découvert. Mais comment faire ? Est-ce si simple ? De quoi parle-t-on ?

Laurence Denès (LD) : Avec la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique, avec la charte de l'élu local, avec la loi Déontologie, la chasse aux conflits d'intérêts semble bel et bien ouverte. Madame Goutard-Chamoux, vous êtes conseillère au service central de prévention de la corruption, je vais vous demander si les conflits d'intérêts sont très nombreux ?

Laurence Goutard-Chamoux (LGC) : Quand vous m'avez demandé de faire une présentation des chiffres de la corruption, j'ai

trouvé que l'exercice était extrêmement difficile, d'une part parce que les atteintes à la probité sont des infractions par nature occultes, dissimulées, multiformes et évolutives. Il s'ensuit que les données sur la corruption ne portent que sur la partie émergée du phénomène. Lorsque l'on aborde les atteintes à la probité dans le champ des collectivités locales, les bases de données – en l'espèce le casier judiciaire national du ministère de la Justice – ne permettent pas d'isoler les élus locaux ou les fonctionnaires municipaux. Le Service

central de prévention de la corruption (SCPC), qui vient de rendre son rapport annuel 2015, s'appuie sur les chiffres de l'Observatoire de la SMACL.

Le premier enseignement général, toutes infractions confondues, est que la judiciarisation du risque pénal des élus et des fonctionnaires territoriaux reste marginale. À peine 2 élus pour 1 000 ont été mis en cause en 2014. Pour les manquements au devoir de probité, le ratio est inférieur à 1 pour 1 000 concernant les élus locaux, et 0,18 pour 1 000 s'agissant des fonctionnaires territoriaux.

En matière d'atteinte à la probité, on note trois constats principaux :

- Les manquements au devoir de probité constituent le premier motif de mise en cause et de condamnation des élus et des fonctionnaires territoriaux. Sur la mandature 2008-2014, ils représentent 44 % des chefs de condamnation des élus, et 48 % des fonctionnaires territoriaux. Un accroissement des mises en cause pour manquement au devoir de probité publique entre les deux mandatures. Le récent rapport relevait + 96 % pour les élus. Le chiffre est un peu moindre pour les fonctionnaires territoriaux ; j'avais relevé 80 % environ, mais la tendance est quand même importante.

- Le deuxième constat se fonde sur ce que l'on appelle le « Juridiscopie » de la SMACL. Il a recensé les jugements et les arrêts de l'année 2014 concernant les élus et les fonctionnaires territoriaux. Il s'agit de décisions qui ne sont pas toutes exhaustives ni toutes définitives. Elles constituent cependant un échantillon fort intéressant. Les comparaisons que j'ai faites doivent être prises avec beaucoup de précautions, car on a comparé cet échantillon avec les statistiques nationales extraites du casier judiciaire national qui, elles, sont des décisions définitives. L'échelle temps est différente, et on est sur un échantillon qui se réfère à des données nationales. On peut retenir du Juridiscopie que 36 % des affaires examinées par la justice en 2014 sont des affaires dites locales de manquement à la probabilité publique. Un quart des personnes condamnées en France en 2014 pour des atteintes à la probité publique sont des élus et des fonctionnaires territoriaux. Sur les 57 condamnations étudiées par le SCPC, 66 ont fait l'objet d'une peine d'amende. Le montant moyen des amendes fermes prononcées est de 22 457 €, contre 8 286 € pour la moyenne nationale. On voit donc que les peines d'amendes sont plus importantes pour le bloc local comparé à la moyenne nationale. S'agissant des personnes condamnées, 41 personnes sont condamnées à des peines d'emprisonnement ferme ou avec sursis, avec un quantum moyen s'établissant à 10,6 mois, alors que la moyenne nationale est de 13,5 mois. Sur les peines et mesures complémentaires, elles sont très limitées : 6 peines complémentaires seulement ont été recensées. On relève également que les élus sont plus exposés que les fonctionnaires : 57 % des élus locaux contre 25 % des fonctionnaires font l'objet des condamnations étudiées.

- Le troisième constat porte plus particulièrement sur l'objet de notre table ronde. Il porte sur la prise illégale d'intérêts, qui est la traduction au pénal du conflit d'intérêts. La prise illégale d'intérêts représente 39 % des délits réprimés, contre 40 % en 2013 et 38 % en 2012. C'est la première cause de condamnation du bloc local. On relève pour autant une stabilité de la part de la prise d'intérêts dans le total des condamnations affectant le bloc local.

Cette analyse repose sur des données 2014, et elle porte sur des affaires dites « anciennes ». On peut légitimement s'interroger sur la tendance, et sur l'avenir de la prise illégale d'intérêts. Va-t-on vers une augmentation ou vers une diminution du nombre de poursuites pour ce motif ? Tout l'arsenal juridique que nous avons vu tout à l'heure plaide plutôt en faveur d'une vision optimiste, compte tenu des différentes actions qui ont été mises en œuvre. À l'inverse, on pourrait être amené à considérer que l'augmentation sensible du

nombre de signalements judiciaires opérés notamment par les juridictions financières et le rôle peut-être des lanceurs d'alerte vont amener à augmenter cette tendance. Il reste toutefois très difficile d'étayer cette prévision, d'autant que la nature même de cette infraction soulève des débats. En effet, la prise illégale d'intérêts peut être caractérisée sans que le prévenu en ait retiré un bénéfice personnel, ni même qu'il ait eu conscience de frauder la loi.

LD : Maître Saban, la définition de prise illégale d'intérêts serait-elle si floue, au point que l'on puisse la commettre sans même s'en apercevoir ?

Levent Saban (LS) : La réponse est oui, mais il faut quand même faire un zoom sur la nature particulière de ces affaires qui arrivent devant les tribunaux.

Quand on parle de prise illégale d'intérêts, s'agissant du juge pénal, le prisme, quand il se resserre, ne correspond pas aux « affaires » qui nous ont été rappelées ce matin. Les affaires de prise illégale d'intérêts qui arrivent devant les tribunaux concernent des situations où des élus étaient mis en cause pour des situations de conflits objectifs d'intérêts. On n'avait pas conscience de commettre un délit parce que l'on avait l'impression de servir l'intérêt public à travers ce que l'on faisait, même si on était raccroché de près ou de loin à l'autre bout de la chaîne au projet pour lequel on avait amené son vote, une subvention, le passage pour une commune d'un POS à un PLU. Pour ce dernier cas, dans les petites communes, vous avez la moitié du conseil municipal qui est intéressée, au sens du délit : comment faites-vous ? Vous n'avez pas le quorum, tout le monde démissionne, et cela sera pareil le prochain coup ? Le passage en PLU serait rendu impossible si on respectait la loi.

On arrive devant les tribunaux à une sorte de dialogue de sourds entre les magistrats et les élus. Ces élus locaux de communes de petite taille, qui souffrent d'un manque de moyens humains, techniques, et juridiques sont de bonne foi et se rendent coupables de ce délit par manque d'information. Cependant, les magistrats peuvent difficilement comprendre et admettre cette argumentation.

Dans les délits de manquement au devoir de probité, le conflit d'intérêts est celui que l'on peut le mieux identifier. En amont, tout le monde est outillé pour l'identifier. Il y a peut-être un défaut d'information.

LD : Justement, la définition du délit ne semble pas si claire ; elle semble avoir des contours suffisamment imprécis pour que certains tombent dans le piège.

LS : Rappelons la définition. En simplifiant l'énoncé de l'article 432-12 du Code pénal, la prise illégale d'intérêts est le fait pour un élu ou un agent public d'avoir un intérêt quelconque dans une opération placée sous sa surveillance. Il convient à chaque fois de s'interroger sur la notion de surveillance d'opération, et donc de se demander si l'opération est placée ou non sous la surveillance de l'élu ou de l'agent. Le conseil est donc de décrocher l'élu ou l'agent de la surveillance de l'opération. Avec la loi de 2013 et de 2014, on parle ainsi de « déport » : s'abstenir de voter, s'abstenir de participer en amont et en aval à l'exécution d'une décision.

Par ailleurs, le délit suppose un intérêt « quelconque » dans cette opération. La rédaction actuelle est tirée du Code pénal de la version de 1989. La précédente parlait du vocable de délit d'ingérence. Cette notion d'intérêt quelconque, nous l'avons depuis 1994 dans cette formulation. J'ai recherché la définition juridique du mot « quelconque ». Dans le Code pénal, on trouve le mot « quelconque » associé à « avantage » dans les délits de corruption, trafic d'influence. Dans ces cas de contreparties à des avantages quelconques, le juge va chercher à les matérialiser. Pour le délit de prise illégale d'intérêts, le juge fait peu l'effort de les matérialiser. Il n'en a pas besoin. La définition le dispense de matérialiser cette relation d'intérêts. Un intérêt « quelconque » peut correspondre à tout, y compris un intérêt moral ou matériel – la Cour de cassation l'a

d'ailleurs rappelé. J'étais pour ma part persuadé qu'il y avait aussi conflit entre deux intérêts publics, et j'avais des dossiers sur ce point. Finalement, avec la loi de 2013, on a bien posé la notion de conflit d'intérêts avec le conflit entre deux intérêts publics. Avec la terminologie « intérêt quelconque », on a une vraie difficulté. Vous pourriez même reprocher beaucoup de choses à des élus ou à des agents publics derrière cette notion d'intérêt quelconque. On pourrait même leur reprocher de faire de la politique, car ayant fait des promesses électorales, ils vont chercher à les respecter. Pourquoi ne pas rechercher des intérêts quelconques aussi sur des délibérations qu'ils feront passer autour de divers projets ?

LD : On voit bien le risque. Se prévenir de ce délit potentiel participe autant du devoir de survie que du devoir de transparence.

Jérôme Deschênes, vous êtes en charge de ces questions au sein du bureau national du SNDGCT. Avec la définition du conflit d'intérêts de 2013 repris par la loi de déontologie, vous sentez-vous davantage prémuni ? Cette définition est-elle plus claire ?

Jérôme Deschênes (JD) : Je remercie maître Saban. Il a abordé le « parler-vrai », pour compléter les points indiqués ce matin sur le terrain de la transparence.

Les DGS sont les premiers gardiens de l'intérêt général dans la collectivité. Les DGS sont les dirigeants dans les communes de plus de 2 000 habitants. J'élargis, puisque les propos tenus ce matin donnent le sentiment qu'il faut œuvrer dans une commune de plus de 150 000 habitants pour s'intéresser à ces questions. Le DGS est donc le premier gardien des règles déontologiques. Il a un rôle de prévention, et il doit naturellement exercer la mission de service public de manière indépendante, impartiale et objective.

Pour répondre à votre question, la notion de conflit d'intérêts, telle qu'elle nous est présentée aujourd'hui, est très large et place le DGS en risque permanent.

L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 donne la définition suivante : « Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Elle peut engendrer une difficulté dans le sens où la période du conflit d'intérêts concerne aussi bien le présent (conflit apparent), le passé (conflit réel), que le futur (conflit potentiel). Un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2016 a validé les liens amicaux et professionnels entre un collaborateur de cabinet et un candidat choisi, avec pour éléments retenus les multiples contacts téléphoniques et sur Facebook. On était ici dans le conflit d'intérêts potentiel et on était dans un intérêt qui était indirect ; il y avait une suspicion de partialité.

Si on reprend la définition du conflit d'intérêts, on a une définition qui est très large et la fonction de DGS est susceptible d'être en permanence mise en péril par rapport à cette définition.

LD : Avec une définition qui est relativement large, on peut penser que le pouvoir d'appréciation de la juridiction est important ?

JD : Le pouvoir d'appréciation de la juridiction entre en ligne de compte. Nous sommes véritablement confrontés à une définition extensive, avec une vulnérabilité du DGS dans cette situation.

LD : M^{me} Husson-Trochain, vous êtes déontologue en région Provence-Alpes-Côte d'Azur. Comment réagissez-vous aux réserves et interrogations, inquiétudes de Jérôme Deschênes ? Par ailleurs, en qualité de déontologue, quelles sont vos observations ?

Catherine Husson-Trochain (CHT) : Naturellement les élus sont conscients des risques pénaux encourus au regard de la notion de prise illégale d'intérêts. Ils expriment des inquiétudes et ils sont finalement bien courageux d'être au service de leurs concitoyens car ils peuvent se retrouver en difficultés sans s'en apercevoir. Effectivement, c'est souvent par méconnaissance juridique, par méconnaissance

et absence d'informations qu'ils peuvent se retrouver devant les juridictions. Certains cependant ont l'habitude de ces notions de conflits d'intérêts et sont accompagnés en cela par divers conseils.

L'action du président de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, Christian Estrosi vise à inscrire la déontologie et la transparence dans l'action publique. C'est ainsi que, lors de la première assemblée plénière, le conseil régional a voté la mise en place d'une commission de déontologie. Il a nommé une déontologue, moi-même, en l'occurrence. La commission de déontologie a pour rôle essentiel d'examiner au regard de la situation des élus les conflits réels ou potentiels susceptibles de se produire. Une action spécifique est mise en œuvre en direction des élus qui ne relèvent pas de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. J'ai écrit un code de déontologie ainsi que les statuts de la commission de déontologie. Vous les trouverez sur le site Internet de la région. Ma première démarche a été d'ouvrir une boîte de dialogue, et surtout d'aller vers les élus et de leur demander d'établir une déclaration d'intérêts, sur le modèle de celle de la Haute Autorité, et une déclaration de patrimoine, un peu simplifiée, car nous n'avons pas de pouvoirs d'investigation ni de rapport avec les services fiscaux, contrairement à la Haute Autorité. Mon action se place sous le régime du volontariat et ma nomination a eu lieu le 15 janvier 2016.

Le fait pour les élus de réaliser une déclaration d'intérêts leur permet d'objectiver leurs intérêts professionnels, amicaux, bénévoles, de manière à ce que cela soit écrit, et qu'ils puissent voir immédiatement, et avec mon aide, ou avec celle de la commission, les zones d'interférence possibles, par exemple du fait de leur profession. À cet égard, on peut considérer pour certains élus qui exercent dans certaines sphères professionnelles que le risque n'est pas négligeable. Il en est ainsi des élus qui exercent les activités de chefs d'entreprise, d'avocats, de commissaires aux comptes qui ont pour clients des associations ou des entreprises qui participent à des appels d'offres ou qui contractent avec la région.

LD : La loi du 11 octobre 2013 impose une déclaration d'intérêts. La loi d'avril 2016 de déontologie impose aussi cette déclaration d'intérêts à certains fonctionnaires territoriaux. Elle promet statutairement un accompagnement par le moyen d'un référent déontologue. Ces moyens constituent-ils des garde-fous utiles, efficaces pour détecter en amont le risque potentiel de conflit d'intérêts ? Vous indiquez que les élus avaient rempli une déclaration d'intérêts. Avez-vous pu alerter certains d'entre eux et ainsi les avoir sauvés du risque ?

CHT : Je ne sais pas si je les ai sauvés du risque. Lorsque j'agis, suite à une sollicitation de leur part, je souhaite que la question me soit posée par écrit. C'est par écrit également que la réponse est ensuite donnée. Quant au suivi, les solutions données demeurent de toute façon de la responsabilité de l'élu ; je ne me substitue pas à lui, il suivra ou ne suivra pas le conseil.

LD : *A priori*, suivent-ils ces conseils ?

CHT : *A priori*, oui. Certains m'ont fait un retour en disant qu'ils se sont abstenus, sont partis, ou ont demandé à être déchargés de la fonction. La prise de conscience des risques est une démarche intéressante et importante, et elle vise à faire acquiescer un réflexe éthique de tous les instants, et à mettre des « clignotants » car nous sommes dans le champ de la prévention. Mon rôle ne va pas au-delà de la prévention. Oui, c'est important, parce que cela permet d'objectiver leur propre situation, dont ils n'ont pas conscience, du côté du risque pénal et du risque juridique. On ne peut pas méconnaître le risque juridique que fait peser l'intervention d'un élu dans un champ de conflit d'intérêts, puisque cela entraîne potentiellement l'irrégularité de la décision. En conformité avec le code de déontologie dont ils se sont dotés, j'ai donc sollicité l'établissement des déclarations d'intérêts, j'ai aidé ceux qui le souhaitaient à les remplir, je les ai alertés sur un certain nombre d'imprécisions, car ils

ne se rendaient pas compte que cela pouvait effectivement avoir une incidence. Par exemple, quand il était indiqué que le conjoint était retraité, je faisais obligatoirement compléter en indiquant l'activité précédemment exercée, le tout sous le contrôle de la commission de déontologie.

LD : Même si ce conjoint est retraité depuis de longues années ?

CHT : Cinq ans pour l'élu et c'est bien aussi d'appliquer la même règle pour le conjoint.

Le terme « salarié » est également imprécis ; il faut le développer. Les salariés ou les agents de collectivités territoriales peuvent être par ailleurs des élus régionaux, et le risque est grand au niveau du traitement des dossiers qui concernent alors les communes dont ils sont les salariés ou des agents par exemple. De tels éléments constituent des alertes, que je retransmets aux élus qui me sollicitent ou dont la déclaration fait état. Un courrier sera prochainement adressé aux élus dont les situations ont été examinées récemment par la commission de déontologie.

LD : Le référent déontologue qui accompagne l'élu pour la déclaration d'intérêts, par exemple, constitue donc un dispositif utile, car remplir seul le document peut générer certaines difficultés.

Monsieur Deschênes, pouvez-vous nous signaler quels agents des collectivités doivent établir une déclaration d'intérêts ?

JD : Le projet de décret qui a été soumis dernièrement au Conseil commun de la fonction publique fait apparaître deux axes : les emplois fonctionnels de direction, et les emplois exposés à des risques de conflit d'intérêts.

En ce qui concerne les emplois fonctionnels de direction, le gouvernement a retenu les emplois de DGS, et de DGA dans les collectivités supérieures à 80 000 habitants. Il faut mettre cela en lumière avec le texte pour les directeurs de cabinet, où le seuil est à 20 000 habitants.

Nous avons par ailleurs le deuxième critère qui est l'emploi exposé à un risque. Les trois critères donnés par le décret sont les suivants : exercice direct, délégation de compétence, délégation de signature. Dans les collectivités, le DGS est le collaborateur direct des élus, même si aucun texte ne définit les missions de ces personnels. Le Code général des collectivités territoriales indique que le DGS peut bénéficier d'une délégation de signature, en particulier pour la signature des marchés publics, et la délivrance d'autorisations accordées au titre du droit des sols. Aussi, quel que soit le seuil, même si on est DGS d'une commune de 2 000 habitants, on est susceptible de rentrer dans la notion de conflit d'intérêts. D'où l'importance d'avoir un référent déontologue, et d'avoir une vision stratégique des risques de conflits d'intérêts et des risques déontologiques dans la collectivité, pour évaluer ces risques et ensuite prendre les dispositions en fonction de ceux-ci. La déclaration d'intérêts est obligatoire, selon le texte, pour un certain nombre d'agents, mais ce n'est pas parce qu'elle n'est pas obligatoire que l'on ne peut pas juger utile d'en faire une.

LD : À qui remettent-ils la déclaration d'intérêts ?

JD : Ils la remettent à l'autorité hiérarchique. Munie de cette déclaration, cette autorité évalue les risques et peut la transmettre à l'autorité de nomination, si elle estime qu'il y a un risque de conflit.

C'est une véritable nouveauté, qui n'est pas encore bien appréhendée au même niveau selon la taille des collectivités. Nous avons parlé ce matin de collectivités de taille importante. Il faut aussi regarder toutes les autres. Le droit s'applique à toutes les collectivités, pas seulement aux grandes.

C'est une sorte de révolution culturelle qu'il va falloir mettre en œuvre. La prise de conscience n'est pas encore réelle. Cela nécessite une cartographie des risques, la mise en place d'une véritable culture déontologique, d'une procédure d'alerte interne, de contrôle interne, de formation des agents, les obligations déclaratives, le référent déontologue. Qu'il soit en interne ou en externe, par

exemple au niveau du centre de gestion, ce référent déontologue doit être impartial, et indépendant. Nous avons entendu ce matin que cela pouvait être un bénévole. Je me posais ce matin la question de savoir si le bénévolat garantissait nécessairement l'indépendance.

Le référent déontologue est le conseil de la collectivité, le conseil auprès des élus, auprès des agents, l'interlocuteur par rapport à l'alerte éthique. Entre autres prérogatives, il élabore la charte de déontologie en relation avec les chefs de service, et organise la formation et la sensibilisation des agents.

LD : Madame Goutard-Chamoux, l'article 1^{er} de la loi Sapin 2 transforme le Service central de prévention de la corruption, dans lequel vous exercez, en Agence française anticorruption (V. *JCP A* 2017, act. 204). Quelles seront vos nouvelles missions ? Quelle approche avez-vous de la nature des relations que nouera la structure avec les collectivités locales ?

LGC : La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 crée une Agence anticorruption dont les missions vont être fort différentes de celles du Service central de prévention de la corruption. Le SCPC était placé auprès du ministère de la Justice. Il avait une fonction de synthèse des informations relatives à la détection des faits de corruption, ainsi qu'une mission de conseil auprès des autorités administratives et judiciaires. Avec le temps, il a élargi son champ d'activités dans des directions complémentaires, dont la sensibilisation et la formation à la prévention de la corruption, à des actions internationales et à des actions de partenariat avec les entreprises. Il est surtout à noter que le SCPC ne disposait pas de fonctions opérationnelles de contrôle, et c'est bien la différence avec la future Agence française anticorruption.

L'Agence française anticorruption est un service à compétence nationale. Ce n'est pas une autorité administrative indépendante. Elle aura un rôle international, comme l'avait jusqu'alors le SCPC, pour représenter le gouvernement à l'étranger. L'indépendance de l'agence est garantie par l'inamovibilité de la fonction du directeur, qui est nommé pour une durée de six ans non renouvelable, et par l'impossibilité pour le directeur de recevoir ou de solliciter des instructions de l'autorité politique dans l'exercice de ses missions de contrôle, et de siéger à la commission des sanctions.

L'agence a pour mission d'aider les autorités compétentes, et les personnes qui sont confrontées à cette situation, à prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Elle est chargée d'émettre des recommandations aux administrations publiques et aux sociétés sur la mise en œuvre des procédures de prévention de la corruption, et de contrôler la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre. L'agence devra plus spécifiquement veiller au respect par les entreprises françaises de 500 salariés et de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires de l'obligation de mettre en place un plan de conformité anticorruption.

S'agissant particulièrement des collectivités territoriales, l'agence aura trois missions, exposées à l'article 3 de la loi :

- Recommandations à l'égard des collectivités territoriales. L'agence élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Ces recommandations sont adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés. Elles sont régulièrement mises à jour pour prendre en compte l'évolution des pratiques et font l'objet d'un avis publié au *Journal officiel*. S'agissant de la portée de ces recommandations, on se trouve ici dans l'application d'un droit souple, pour reprendre l'expression de tout à l'heure, conformément au principe de libre administration des

collectivités locales. Comme indiqué, ces recommandations seront rendues publiques par la voie du *Journal officiel*. Ce vecteur de diffusion officiel légitime sur un plan formel les recommandations et institutionnalise leur portée informative et pédagogique vis-à-vis de l'ensemble des acteurs concernés. S'agissant de leur contenu, elles sont destinées à apporter un appui aux collectivités pour la mise en œuvre des mesures internes de prévention et de détection des faits de corruption. L'agence semble disposer d'une grande latitude dans l'élaboration des recommandations, « sous réserve de leur adaptation à la taille des collectivités et à la nature des risques identifiés ».

Sur le périmètre, contrairement aux sociétés, pour lesquelles l'obligation de prendre des mesures destinées à prévenir et à détecter des faits de corruption cible celles employant au moins 500 salariés et disposant d'un chiffre d'affaires d'au moins 100 millions d'euros, aucun seuil n'est proposé s'agissant du bloc des collectivités publiques. En conséquence, l'ensemble des organismes est concerné. En revanche, la notion de proportionnalité doit prévaloir, c'est-à-dire que les recommandations, comme je le disais, devront être adaptées aux différentes entités, et à la nature des risques identifiés.

- L'Agence française anticorruption a également un rôle de conseil auprès des collectivités territoriales. À côté de la rédaction de ces recommandations, elle apporte son appui aux collectivités territoriales pour les aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Il n'y a aucun seuil porté sur ce point dans la loi (article 3.1° de la loi : « elle apporte son appui aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique et morale »). Par ailleurs, dans le périmètre, figurent aussi des organismes comme les SEM, les associations, les fondations. L'agence peut donc être sollicitée par l'ensemble de ces acteurs.

- L'Agence assure également une fonction de contrôle, de sa propre initiative, de la qualité et de l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Ces contrôles peuvent également être effectués à la demande du représentant de l'État. Ceux-ci donnent lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de l'entité contrôlée. Ils contiennent les observations de l'agence concernant la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein des entités contrôlées ainsi que des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes. Contrairement aux entreprises, aucune sanction n'est prévue pour les collectivités publiques en cas de manquement constaté. L'agence avisera le procureur de la République des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit.

Voilà les termes de la loi concernant l'activité de l'agence. Nous nous inscrivons ici dans la notion de droit souple.

LD : Je vous propose de passer à quelques cas pratiques, de manière à mettre le doigt sur certaines difficultés liées aux conflits d'intérêts, et prises illégales d'intérêts.

Je vais donner quatre situations, que nous commenterons ensemble.

Je suis placier. Mon cousin est forain. Dois-je :

- changer de fonctions,
- changer de collectivité,
- changer de famille ?
- Je ne fais pas partie des métiers à risques ».

LS : Il aurait été utile de rajouter une case complémentaire. En effet, depuis le décret de janvier 2014, on aurait pu rajouter les mentions suivantes :

- *J'informe mon supérieur hiérarchique ;*

Et nous aurions pu aussi proposer le choix entre ces deux propositions :

- *Je ne m'occupe pas de mon cousin,*

- *Une autre personne que moi s'occupe de cette situation.*

JD : Dans les collectivités, deux cas se présentent. Dans le cas d'un emplacement permanent, il revient au maire de prononcer cette autorisation permanente, après avis de la commission des foires et marchés.

Dans le cas d'un emplacement ponctuel, il y a lieu de se référer au règlement de la commission des foires et marchés. Or, souvent dans ce règlement, il est indiqué que, pour les passagers, il y a tirage au sort. Selon moi, dans les deux cas, nous ne sommes pas en présence, pour le placier, d'un métier à risques, car dans ces deux types de situations, il peut gérer l'opération en respectant les règles qui s'appliquent à ce domaine.

LD : Dans les collectivités, que peut recouvrir la notion de métier à risques ?

JD : Outre les emplois fonctionnels précédemment évoqués tout à l'heure, les emplois qui exercent leurs activités dans le domaine des marchés publics et du droit de l'urbanisme sont particulièrement sensibles. Le texte n'évoque pas de seuil. La responsabilité est renvoyée par le législateur clairement à l'employeur, et c'est donc à lui de gérer ces risques. Par conséquent, les DGS se doivent de sensibiliser tous les collègues. Un important travail de prévention doit être accompli.

LD : La question du cumul d'activités avec une activité publique (autoentrepreneur, etc.) entre-t-elle en considération, comme source d'interférence possible ?

JD : Sur le cumul d'activités, la commission de déontologie est appelée à examiner si le cumul, pour l'exercice d'activités accessoires, est compatible ou non avec l'emploi. Là aussi, il revient à l'employeur de se placer comme acteur majeur de la prévention dans la collectivité. Il lui revient donc de solliciter l'agent pour qu'il fasse sa déclaration de cumul d'emplois ou de cumul d'activités accessoires, et de saisir la commission de déontologie. Il s'agit donc de s'assurer que les déclarations d'intérêts soient réalisées, ceci de manière à permettre l'identification de zones à risques et d'organiser aussi l'information des personnels sur ces questions.

LS : La situation d'interférence est à développer, pour ce qui touche au conflit d'intérêts. Nous sommes ici sur un éclairage important de notre débat. Ne pas exercer un métier à risques n'emporte pas l'absence d'action pénale de prise illégale d'intérêts ou de conflit d'intérêts. Ce principe est en effet déconnecté de la notion de métier à risques. Vous pouvez respecter parfaitement en droit public une procédure de marché public, de recrutement RH, d'attribution d'un logement, d'attribution d'une place, et commettre cependant le délit de prise illégale d'intérêts.

Pour le placier que nous évoquions précédemment pourrait ne pas être considéré comme relevant d'un métier à risques ; pour autant, il est celui qui, sur place, assure la surveillance, observe si les emplacements sont respectés. Je reviens à la définition du conflit d'intérêts. On parle d'interférence, et on trouve dans le texte aussi l'expression « paraître influencer aux yeux des tiers ». Or, sur ce plan, le seul fait qu'il y ait un lien de famille peut paraître susceptible « aux yeux des tiers » d'exercer une influence. Peu importe que cela n'influence pas, et que ce placier puisse accomplir parfaitement son travail, mais « aux yeux des tiers », cela est susceptible de paraître influencer. Quand on est donc sur la réflexion liée à la prise illégale d'intérêts, il faut déconnecter cela d'une notion d'« avantage particulier accordé », car cela se rapporte à un autre délit, qui est le trafic

d'influence. Nous sommes sur une autre dimension qu'un avantage particulier accordé à un tiers, ce qui fait d'ailleurs l'originalité de ce délit. On est sur un curseur qui est beaucoup plus bas. On est sur le « paraître » ; c'est donc un bon exemple, et donc peu importe le niveau de responsabilité exercée.

Je donne un autre exemple. Lorsque l'on vote une subvention à une association, souvent les élus ne voient pas d'intérêt quelconque, au sens du délit pénal, au fait qu'un membre de leur famille peut être membre de cette association et occuper les fonctions d'administrateur, salarié, secrétaire depuis vingt ans par exemple, et ceci bien avant qu'eux-mêmes soient élus. On est cependant dans la notion « d'intérêt quelconque », et là aussi on n'a pas à prendre en compte la qualité de décisionnaire de cette personne membre de notre famille. Cela pourrait être aussi une personne membre d'une entreprise à qui on va accorder un marché. Pourrait-on y voir une prise illégale d'intérêt? Malheureusement, la réponse est oui. Il faut que cet élu se déporte.

LD : Nous allons passer à un cas suivant, et justement nous allons parler « famille » :

Je suis maire d'Ormes-les-Ruisseaux. Je suis également père de famille. Lorsque je détermine les tarifs de la restauration scolaire :

- *Je suis condamné pour prise illégale d'intérêts ;*
- *Mon fils est condamné à déjeuner tous les jours ailleurs qu'à la cantine scolaire ;*
- *Je suis condamné à me déporter, tout comme lors du vote des subventions aux associations culturelles qu'il fréquente et des débats engageant les travaux du stade où il joue au football tous les dimanches ;*
- *Les enfants ne participent pas aux conflits d'intérêts.*

JD : Pour moi, dès lors que les tarifs ont vocation à s'appliquer à l'ensemble de la population, il n'y a pas de conflit d'intérêts pour le maire.

CHT : On est dans le cadre d'une décision générale qui s'applique à un ensemble d'usagers, et par conséquent, peu importe que dans cet ensemble se trouve le fils du maire.

LGC : Il s'agit selon moi également d'une décision qui s'applique à l'ensemble des enfants, sans référence à des cas individuels. Je ne vois pas de prise illégale d'intérêts dans cette situation.

LS : Je vais être le mauvais élève, encore une fois. Bien sûr que nous sommes sur l'intérêt général. Bien sûr que cela n'a pas de lien. Mais aujourd'hui, dans cette notion d'« intérêt quelconque », dans la définition posée par la situation de conflit d'intérêts, nous pouvons arriver à une situation où un magistrat va considérer que le fils du maire est usager du service en question, et que cela est donc susceptible de constituer une prise illégale d'intérêts. Les procureurs pourront certes indiquer qu'ils ne poursuivront pas ces situations, mais pour ma part je dis qu'il ne faut pas laisser subsister le flou, et qu'il est donc normal de préciser ces aspects dans la loi. Il ne faut pas laisser l'appréciation de l'opportunité des poursuites se faire sans que la définition évolue.

En juillet 2010, une proposition de loi avait tenté de faire sortir du champ de la répression pénale toutes ces situations de bonne foi. Si au lieu d'« intérêt quelconque » on écrivait « intérêt personnel distinct de l'intérêt général », cela ne mettrait pas dans le champ du délit cette situation de tarification scolaire par exemple. Les situations relevant d'un intérêt personnel seraient par contre dans le champ du délit. Cela clarifierait la situation. Le juge administratif a depuis plus de vingt ans cette conception du conflit d'intérêts ; on aurait aimé l'avoir du côté du juge pénal. Toutes ces notions d'interférences, que sont par exemple les cadeaux, les invitations, la boîte de chocolats en fin d'année, seraient ainsi renvoyées à un champ disciplinaire pour l'agent, à un champ indemnitaire pour le comportement des élus à l'encontre de la commune. Il s'agirait donc d'extraire des situations du champ pénal, et réduire ainsi le champ

pénal aux élus « malhonnêtes ». Puisque le titre de la section du texte est « manquement au devoir de probité », laissons ce champ aux élus « malhonnêtes », et on a les moyens de les détecter, notamment à travers tous ces outils de prévention. Vidons tout cela, et cela nous évitera toute cette énergie dépensée à essayer de déterminer le périmètre du conflit d'intérêts. Depuis octobre 2013, on a donné un coup de projecteur à ces débats, mais dès 1994, nous aurions pu les avoir.

Intervenant dans la salle : Pour l'exemple relatif à la cantine scolaire, très souvent les barèmes sont faits en fonction des tranches de revenus. Il se pourrait qu'une tranche ne soit appliquée que par un seul élu, et cet élu se retrouverait dans cette situation.

LS : Sur le vote des indemnités des élus, n'est-on pas dans le conflit d'intérêts? Évidemment, et pourtant ils les votent. Certes, c'est prévu par la loi, et il n'y a pas d'exonération pour les élus les amenant à ne pas voter leur propre indemnité. Nous sommes parfois dans des situations « absurdes », mais c'est une réalité. On aurait pu prévoir quelques dérogations dans le conflit d'intérêts, car il y a des zones d'interférence, qu'il y ait ou non plafond dans le cas des indemnités des élus.

LD : Troisième cas, autour de la déclaration d'intérêts avant l'embauche :

Je suis directeur général des services de Jolicoins (85 000 habitants). Je recrute la nouvelle DGA culture. La déclaration d'intérêts de celle-ci révèle que son conjoint dirige une compagnie en résidence au théâtre municipal.

- *Je suis obligé de recruter quelqu'un d'autre pour le spectacle vivant ;*
- *Je la recrute quand même. L'agent est seul responsable de sa déontologie, je suis donc couvert ;*
- *Pas de souci. À Jolicoins, toutes les décisions à risques sont prises de manière collégiale ;*
- *Ce sera trop difficile à gérer. Tant pis pour elle. Qu'elle aille se faire recruter ailleurs. »*

Jérôme Deschênes, que cochez-vous ?

JD : J'aurais répondu : « Pas de souci. À Jolicoins, toutes les décisions à risques sont prises de manière collégiale ». Mais ce n'est pas forcément la proposition qui me convient.

LS : Je réponds que je la recrute quand même. Il faut la recruter. Il ne faut jamais que cela soit un obstacle. Il n'y a pas d'incompatibilité *ab initio*. Il ne faut pas imaginer des incompatibilités. Il faut régler le problème de conflit d'intérêts. Si vous voulez recruter cette personne, parce que son profil vous intéresse, il faut, avant la décision, régler le problème de conflit d'intérêts. Donc, je cocherai « Je la recrute quand même », mais j'enlève la suite « l'agent est responsable de sa déontologie », car c'est à nuancer.

LD : Madame Goutard-Chamoux.

LGC : Je ne coche rien. Je pense qu'il faut trouver un juste équilibre entre la prévention du conflit d'intérêts et tout risque de discrimination. Effectivement, la loi du 20 avril 2016, dont les décrets d'application vont sans doute être applicables au 1^{er} février 2017, prévoit le principe de transmission d'une déclaration avant toute nomination. Le fonctionnaire sera tenu de transmettre une déclaration d'intérêts à l'autorité investie du pouvoir de nomination. Le cas échéant, si cette autorité rencontre une difficulté, elle aura la possibilité de saisir la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique qui formulera un avis sous un délai de deux mois.

Dans le cas que vous avez donné, on est dans la situation des collectivités de plus de 80 000 habitants. J'ai envie d'ajouter que l'on n'a pas attendu ces dispositions pour avoir de bonnes pratiques en la matière, et lorsque l'on recrute un collaborateur ou une collaboratrice, on s'interroge sur son profil, ses relations, et on pourra, dans l'entretien de recrutement, poser la question d'un éventuel conflit

d'intérêts. Je pense que ce sont des questions que l'on doit se poser, quel que soit le seuil de la collectivité aujourd'hui.

Ensuite, comme vous le disiez, maître Saban, il faut produire une analyse des risques que présente cette situation. Le risque va vraisemblablement se poser au moment du renouvellement de la convention de résidence du théâtre municipal ou lors de l'attribution de subventions. Des précautions sont à envisager alors. Faut-il envisager le déport du DGA ?

Si la personne est extrêmement compétente, et peut apporter beaucoup à la commune, il ne faut pas se censurer. Il faut juste essayer de trouver des solutions pour se prémunir contre le risque de prise illégale d'intérêts qui peut survenir.

Effectivement, la décision collégiale est une solution. On peut faire remonter la décision qui a trait au théâtre au niveau du DGS. Des solutions peuvent être trouvées.

LD : M. Deschênes voulait compléter.

JD : Je voulais compléter la réponse qui a été formulée, à laquelle je souscris. On responsabilise l'employeur, mais la déclaration d'intérêts est faite antérieurement à l'embauche. Par rapport à cela, l'employeur pourra avoir deux attitudes. Ayant conscience de prendre des risques, il décidera soit de les assumer en interne en prenant ensuite l'attache du référent déontologue (qui pourra assister la personne en question et pourra donc l'aider dans sa mission), soit il ne voudra pas prendre de risques, et il privilégiera le candidat qui ne présentera pas de conflit d'intérêts.

Nous avons souligné cette difficulté et avons proposé que cette déclaration d'intérêts ne soit pas transmise à l'employeur, mais plutôt à la Haute Autorité, et que celle-ci formule soit un avis de compatibilité soit un avis d'incompatibilité. Dans certaines collectivités, cela peut constituer un facteur discriminant à l'embauche. Cela vient s'ajouter à un certain nombre de critères qui peuvent être pris en compte.

LD : Nous allons passer à la quatrième situation : « Je suis élu à Belleregion, conseiller régional ; par ailleurs, conseiller municipal de Bellecité, où un nouveau lycée est projeté. Lors des débats relatifs au plan prévisionnel d'investissement et de rénovation des établissements scolaires du second degré,

– Je participe, car il est de mon rôle même d'élu municipal de porter le développement de Bellecité dans la région, de toute façon, s'il y avait un problème, l'administration me l'aurait dit ;

– Je participe, car le plan prévisionnel d'investissement touche plusieurs communes hormis la mienne, et il est de mon rôle d'élu régional de porter le développement du territoire ;

– Je m'abstiens, c'est plus sûr ;

– Tous les conseillers concernés par le programme s'abstiennent, et le programme prévisionnel d'investissement est rejeté, faute de voix. »

CHT : Je répondrai : « Je m'abstiens, c'est plus sûr ». Je vais apporter quelques précisions à cette réponse. On se situe ici dans le cas d'un conflit d'intérêts public/public, dans le cadre d'un cumul de mandats. Il y a un autre conflit d'intérêts public/public lorsqu'il s'agit de la désignation des représentants dans les organismes extérieurs (lycées, universités, conseils d'administration). Or, il y a des multitudes de conflits d'intérêts qui viennent se greffer à la situation personnelle de l'élu. C'est pour cela qu'il faut une très grande prudence et qu'il est nécessaire d'examiner ces éléments au cas par cas. La Haute Autorité se penche sur ces questions, par ailleurs.

Si nous revenons à cette situation, nous rappelons ce qui a été dit tout à l'heure, à savoir que le conseiller régional, en la circonstance, ne doit être porteur que des intérêts de la région. Il va vraisemblablement souhaiter que le lycée de sa commune puisse être soutenu par la région. On est donc en conflit public/public entre sa qualité d'élu municipal et son mandat de conseiller régional. Si le cas m'avait été posé par écrit, j'aurais répondu par écrit à l'élu de

s'abstenir quant aux actes préparatoires au dossier concerné, de ne pas participer aux débats, de ne pas participer au vote, et de faire savoir tout ceci en demandant à ce que cela soit mentionné au procès-verbal.

LD : Une des propositions présentées indique que l'administration doit prévenir l'élu. C'est à elle que revient cette tâche ?

CHT : J'ai un principe, à savoir que la désignation des élus dans les organismes extérieurs fait courir un risque supplémentaire à l'élu. Pour moi, il appartient donc à l'administration de déterminer la cartographie des risques, au vu des structures en question. Je préconise également la construction d'un dossier unique de l'élu, qui viendrait regrouper toutes ses activités d'élu susceptible de le mettre dans une situation de conflit d'intérêts public/public. Cela ne l'empêche pas de prendre part à toutes les décisions qui ne concerneront pas sa commune.

Au sein de la commission de déontologie, nous avons commencé ce type de réflexion dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur sur les conflits d'intérêts tant privé/public que public/public, de manière à informer ou alerter les élus des risques qu'ils courent et qu'il faut éviter.

De la même manière, concernant les agents, il appartient à l'administration de commencer par les informer, de les former, et de leur permettre d'exercer dans de bonnes conditions, sans risques, leurs missions.

LD : Si tous les élus municipaux des communes concernées par le vote s'abstiennent, y a-t-il un risque que le projet ne recueille pas le nombre de voix suffisant ?

CHT : Tous les conseillers régionaux qui sont par ailleurs maires et qui ont sont porteurs du projet dans les municipalités doivent alors se retirer, comme le fait celui de Bellecité.

Échanges avec la salle

Vincent Decoux (*adjoint au maire de Sèvres*) : Je reviens sur ce que vous avez expliqué concernant le conseiller régional également conseiller municipal. Cela me semble très difficile à mettre en œuvre, car personne ne défend plus les intérêts de sa commune. Je comprends ce que vous dites d'un point de vue strictement juridique, mais j'aimerais avoir les éclairages des autres participants à cette table ronde.

LS : Je vais m'engouffrer dans la brèche. Reprenons la règle et posons-nous la question : est-elle praticable ? Ma réponse est clairement *non*. Dans une agglomération où le maire de la ville-centre est le président de l'agglomération, vous faites sortir tous les délégués communautaires de la ville-centre, et alors le président n'a plus sa majorité, et peut-être même plus son quorum ; mais on respecte à la lettre le texte, effectivement.

On a aussi le maire de la commune qui est le président du conseil de surveillance de l'hôpital. La problématique est similaire.

On a le maire qui est le président du CCAS. Même chose. Comment faites-vous pour voter les financements au CCAS ?

Cette règle est impraticable.

Mes observations ne reposent pas sur des cas déconnectés. Nous avons au cabinet des questions de cette nature. Les collectivités sont bien ennuyées lorsqu'elles s'interrogent sur la notion de conflits entre deux intérêts publics. Nous ne sommes pas en train de parler de déontologie. Nous parlons de délit pénal. C'est le même sujet. Aujourd'hui, depuis la loi de 2013, c'est devenu le même sujet. « Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts, etc. ». Néanmoins, depuis l'arrêt de la Cour de cassation de janvier 2016, nous savons que la notion d'« intérêt quelconque » concerne notamment, mais pas seulement, la définition du conflit d'intérêts telle qu'elle est posée par la loi d'octobre 2013 et la loi d'avril 2016. Mais aujourd'hui, quant à la praticabilité de cette loi, nous sommes dans une impasse.

Je reviens à cette proposition de loi dont je parlais tout à l'heure. Elle a été déposée en 2015 pour remplacer cette expression « intérêt quelconque » par la notion d'« intérêt distinct d'intérêt général poursuivi. » Elle a été retirée, car considérée comme cavalier budgétaire. Mais la solution pourrait être de la redéposer, avec la proposition d'« intérêt distinct de l'intérêt général ». Les cas de comportements punissables dans le conflit d'intérêts le seront donc uniquement dans ce périmètre plus restreint, à savoir pas entre deux intérêts publics.

Les cas signalés précédemment nous montrent en effet que l'on peut en arriver à une logique complètement inverse de celle de l'intercommunalité, si les élus votent finalement seulement pour les communes autres que la leur.

Laurence Chevallier (directrice juridique du conseil régional d'Île-de-France) : Je souhaitais demander à M^{me} Husson-Trochain ce qui a été mis en place en matière de publication des déclarations d'intérêts des élus, car dès lors que l'on n'est pas dans le cadre de la loi, elles n'ont pas vocation à être transmises à la Haute Autorité. Dans ce cas, qu'avez-vous mis en place pour rassurer les conseillers régionaux ?

Nous avons mis cela en place en région Île-de-France, mais nous avons beaucoup de mal à convaincre les élus. Avez-vous une adhésion en masse ou pas ?

CHT : Sur la première question, je peux y répondre de manière tout à fait directe, puisque durant cinq ans j'ai été correspondante pour le ministère de la Justice auprès de la CNIL. Ce sont des opérations et des obligations que je connais bien. Dès lors qu'un fichier est constitué, une déclaration à la CNIL de l'utilisation de données personnelles est à faire, car cela entre dans la loi de 1978. J'ai donc effectué cette démarche. Par précaution, j'ai également fait prendre un arrêté signalant à l'ensemble des élus et aux membres de la commission que ce fichier a été constitué. J'ai préféré procéder ainsi dans un souci de transparence. Vous trouverez l'ensemble des documents que nous avons élaborés sur le site du conseil régional de Provence-Alpes-Côte d'Azur.

C'est un travail de longue haleine. Très rapidement après ma désignation, j'ai ouvert une boîte de dialogue, et je me suis rapidement adressée à l'ensemble des élus pour présenter la mission qui m'avait été confiée. J'ai indiqué que j'étais indépendante, non liée au Président. J'ai tenu des permanences régulièrement. Je les ai vus venir petit à petit et prendre contact. Deux mois plus tard, je leur ai envoyé le formulaire de déclaration d'intérêts assortie d'une note explicative, leur rappelant qu'ils pouvaient me joindre par ailleurs. Un très grand nombre a rempli cette déclaration. J'ai réalisé une fiche « Cadeaux », une fiche « Voyages ». Au nom de la transparence, je les ai invités, conformément au code de déontologie, à déclarer l'ensemble des cadeaux et de voyages payés par des tiers. Il faut rappeler que le travail de transparence et la prévention visent à réinstaurer la confiance des citoyens à l'égard des élus locaux.

Luc Brunet (responsable de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale) : Je souhaiterais apporter quelques chiffres sur la prise illégale d'intérêts issus de notre rapport annuel rendu public hier. Nous avons recensé, entre 1995 et 2016, 525 élus locaux poursuivis pour prise illégale d'intérêts, contre 168 élus locaux poursuivis pour corruption et trafic d'influence sur la même période. Les poursuites contre les élus locaux pour prise illégale d'intérêts représentent 40% des motifs de poursuites pour les manquements au devoir de probité. Lorsque nous comparons les évolutions des poursuites pour prise illégale d'intérêts sur les différentes mandatures, nous constatons une tendance à la hausse : 113 élus locaux étaient poursuivis pour prise illégale d'intérêts entre 1995 et 2001, 108 entre 2001 et 2008, 246 entre 2008 et 2014 soit une hausse, en moyenne annuelle, de 166 % !

Les conflits d'intérêts occupent donc une place centrale dans le risque pénal des élus locaux. Comme l'a signalé maître Saban, cela s'explique par le fait que le texte d'incrimination vise l'intérêt « quelconque », et non pas un intérêt personnel distinct de l'intérêt général.



Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales

TROISIÈME TABLE RONDE AVEC :

Isabelle BÉGUIN
Florence CAYLA
Samuel DYENS
Stéphane PINTRE



Les lanceurs d'alerte : s'agit-il d'une nouvelle tendance, ou d'un véritable renouveau de la morale individuelle et collective ? Le lanceur d'alerte est-il le héros des temps modernes, ou le semeur de zizanie ? Quels en sont les contours ? Les pratiques ? Les protections ?

Laurence Denès : Madame Cayla, au titre de vos attributions à la DGAPP, pouvez-vous nous indiquer la définition du lanceur d'alerte ? Cette définition n'a pas toujours fait l'unanimité.

Florence Cayla (FC) : Je vous remercie. Effectivement, cette définition n'a pas fait l'unanimité jusqu'à sa publication il y a quelques jours.

La loi relative à la transparence et à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2, fixe une définition légale du lanceur d'alerte, et met en place un dispositif général des lanceurs d'alerte. Cette définition est la suivante. Elle permet aux lanceurs d'alerte de s'identifier comme tels et de bénéficier de la protection mise en place par cette loi.

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

Les faits, informations ou documents, quels que soient leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ».

Cette définition, comme vous avez pu le constater, est complète, et dépasse les dispositions sectorielles existantes protégeant déjà les lanceurs d'alerte dans certains domaines précis. Par quels processus y est-on parvenu ? À l'origine de cette disposition nouvelle de la loi Sapin, on trouve divers éléments. D'abord, des amendements déposés dans divers projets de loi ont tendu à renforcer la protection des lanceurs d'alerte. Le député Yann Galut, en fin d'année 2015, avait également déposé une proposition de loi visant à mettre en place un

vrai dispositif général de protection des lanceurs d'alerte. Un rapport du Conseil d'État avait également été remis au Premier ministre, à sa demande, sur le bilan que l'on pouvait tirer des dispositions existantes et sur diverses propositions pouvant permettre d'avancer sur la protection des lanceurs d'alerte. Il abordait aussi des points relatifs aux personnes pouvant être victimes d'alertes malveillantes, et la situation de personnes dénonçant des faits, mais qui ne seraient pas de bonne foi.

Le Conseil d'État a formulé une quinzaine de propositions, dont celle consistant à définir par la loi un socle de dispositions communes destinées à mettre en cohérence les dispositions sectorielles existantes ; ce socle de dispositions communes devant comprendre pour le Conseil d'État la définition du lanceur d'alerte, des canaux gradués de signalement, des modalités de traitement des alertes, et des dispositions de protection des lanceurs d'alerte de bonne foi.

La définition qui a été finalement adoptée a fait l'objet de nombreux débats au Parlement, donnant lieu à un renforcement et à des précisions dans la définition au fur et à mesure des navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat, du passage en commission mixte paritaire, et de l'adoption définitive par l'Assemblée nationale.

Sur quels éléments ces débats ont-ils reposé ? Comme je vous l'ai expliqué tout à l'heure, certains objectifs n'ont pas fait débat. Le fait qu'un lanceur d'alerte puisse révéler un crime ou un délit n'a pas vraiment fait débat, car cette notion existait déjà. Le fait qu'il puisse révéler un risque grave pour la santé publique, pour l'environnement, voire pour la sécurité publique n'a pas vraiment fait débat, car ce principe existait déjà dans les dispositions sectorielles.

En revanche, le principe de l'élargissement des manquements qui peuvent être signalés par un lanceur d'alerte, au-delà du crime ou du délit, a fait l'objet de débats. Un lanceur d'alerte peut-il signaler un manquement à la loi, au règlement ? Peut-il dénoncer une violation d'un engagement international, d'une directive, d'un règlement communautaire ? Ces aspects n'étaient pas protégés par les disposi-

tifs existants jusqu'à présent. C'est vraiment une nouveauté de la loi, un élargissement assez considérable des lanceurs d'alerte, qui, sous certaines conditions, pourront signaler ou révéler une violation grave et manifeste de la loi, d'un règlement, ou d'un engagement international.

Le deuxième point sur lequel les débats ont été nombreux concerne la possibilité ouverte aux lanceurs d'alerte de révéler une menace ou un préjudice à l'intérêt général. C'est une formule que l'on trouve dans la loi, mais qui a été quelque peu précisée et circonscrite. Elle résulte de la recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe de 2014, reprise par Yann Galut dans sa proposition de loi. Hier, la protection visait les lanceurs d'alertes qui lançaient des alertes révélant un problème de sécurité sanitaire ou un risque pour la santé publique ou pour l'environnement. Cependant, les autres domaines dans lesquels des risques graves peuvent exister pour l'intérêt général n'étaient pas inclus dans les dispositifs sectoriels. En adoptant une notion générale de menace et de préjudice grave pour l'intérêt général, le législateur a fait le choix d'englober les dispositifs sectoriels qui existent, mais d'aller en réalité bien au-delà.

LD : C'est ce que l'on appelle « l'alerte éthique » ?

FC : C'est ce que l'on appelle l'alerte éthique. Elle poursuit un but d'intérêt général, et c'est, je crois, l'élément déterminant de la définition d'alerte éthique.

LD : Cela peut donc porter sur un conflit d'intérêts ?

FC : Cela peut porter sur un conflit d'intérêts. Il entre dans la nouvelle définition.

LD : Dans le cadre des collectivités, c'est sans doute le cas qui sera le plus fréquemment rencontré ?

FC : Oui, on peut l'imaginer, mais là encore, le dispositif général et la définition générale vont en réalité bien au-delà des conflits d'intérêts. Je pense notamment au risque grave à l'environnement ou pour la santé publique. Dans le fonctionnement des collectivités publiques, des éléments d'information sont susceptibles de parvenir à la connaissance des fonctionnaires, qui peuvent révéler l'existence d'un risque grave, par exemple en matière d'environnement.

LD : Peut-on dire que l'éthique est introduite par la loi de déontologie, et que la loi Sapin 2 en précise la mise en œuvre et la procédure ?

FC : L'alerte éthique préexistait déjà pour les fonctionnaires. Par une loi du 6 décembre 2013, le statut général des fonctionnaires a été complété par un article nouveau, un article 6 ter A, qui protège les agents publics révélant ou signalant des crimes et délits. On est déjà dans le champ éthique, car on est bien dans la poursuite de l'intérêt général. Ce dispositif de l'article 6 ter A a été complété par la loi du 20 avril 2016 qui prévoit la possibilité de lancer une alerte en matière de conflit d'intérêts. Cette possibilité de lancer une alerte en matière de conflits d'intérêts préexistait déjà pour ce qui concerne les conflits d'intérêts dans la vie publique, les membres du gouvernement, les élus locaux, par le biais de la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique. On avait donc déjà plusieurs dispositifs de lancement d'alerte éthique.

Ainsi, la loi sur la déontologie des fonctionnaires d'avril 2016, dans un premier temps, a complété l'article 6 ter A du statut des fonctionnaires sur plusieurs plans. Elle a d'abord introduit la possibilité de lancer une alerte en matière de conflits d'intérêts et a introduit l'idée de canaux identifiés d'alerte. À l'origine, l'article 6 ter A dans sa rédaction issue de la loi du 6 décembre 2013 ne précisait absolument pas qui étaient les destinataires de l'alerte. On savait que le procureur de la République était un destinataire potentiel, puisque c'est inscrit dans le Code de procédure pénale, à l'article 40. Mais en revanche, il n'était pas précisé s'il on pouvait alerter une autorité administrative extérieure à son administration, et donc ce n'était pas possible. La loi Déontologie apporte des

précisions en indiquant que l'alerte peut être signalée à l'employeur, à l'autorité judiciaire ou à une autorité administrative. Avec une petite précision en matière de conflit d'intérêts : la loi Déontologie impose à l'agent public de s'adresser, en matière de conflits d'intérêts, en premier lieu à son employeur, à son supérieur hiérarchique ou au référent déontologue, mis en place par cette même loi.

Ce dispositif est celui existant avant la loi Sapin. La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 ajoute un deuxième étage à la fusée, si j'ose dire, puisqu'elle introduit, à l'article 6 ter A, un nouveau paragraphe protégeant le fonctionnaire qui lance une alerte en mettant en œuvre le nouveau dispositif général dont nous allons parler ensuite.

LD : Justement, Samuel Dyens, vous aviez exposé certaines critiques à l'égard de la loi Déontologie. J'ai relevé dans La Gazette des communes un sondage qui faisait apparaître que 63% des fonctionnaires interrogés jugeaient le statut de lanceur d'alerte insuffisamment protecteur. Vous n'étiez donc pas le seul. Mais la loi Sapin 2 est intervenue depuis. Avec les dispositions de la loi Sapin 2, vos craintes sont-elles totalement apaisées ?

Samuel Dyens (SD) : Par principe, jamais. Le diable se niche toujours dans les détails. La loi Sapin 2 me semble être une grande avancée dans le sens où elle donne une définition de ce qu'est une alerte éthique. La loi du 16 avril 2013 avait la volonté de protéger celui qui lance l'alerte, dans des secteurs comme la sécurité, le sanitaire, l'environnement, le médicament ; elle donnait une première définition, et elle donnait la possibilité d'avoir un référentiel.

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 me semble constituer une avancée considérable, même si on a sur la notion de gravité du préjudice un renvoi extrêmement fort à l'interprétation de chacun. Cette interprétation pourra être en contradiction avec l'interprétation qu'en fera l'employeur et qu'en fera le juge. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est assez révélatrice de cette recherche d'équilibre entre les intérêts des uns et des autres. Mais ne boudons pas notre plaisir : nous avons une définition formelle, globale de ce qu'est le lanceur d'alerte.

La loi Lebranchu du 20 avril 2016 suscitait quelques questions. Elle avait introduit une situation nouvelle du lanceur d'alerte autour du signalement des conflits d'intérêts. Le signalement d'un crime ou d'un délit, pour moi, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une alerte éthique, qui est une disposition préventive, mais de l'article 40 du Code de procédure pénale. On se situe en amont. Le fait de concevoir l'alerte éthique comme un moyen d'assurer le contrôle interne, de réparer des irrégularités déjà commises risquerait de faire glisser l'alerte éthique vers une forme de substitut à ce que doit être le fonctionnement normal et régulier d'une institution administrative.

Au-delà, l'ajout apporté par la loi du 20 avril 2016 a ceci d'intéressant qu'il conditionne un ordre de saisine différent. Nous observerons comment cela aboutira dans les procédures de la loi Sapin 2, car j'y vois pour ma part un problème d'articulation. La loi du 6 décembre 2013 prévoit que le crime ou le délit peut être signalé directement devant une autorité administrative ou judiciaire. L'autorité judiciaire, c'est le procureur. L'autorité administrative, c'est pour moi un élément d'incertitude. Pour signaler des faits constitutifs d'un conflit d'intérêts, vous devez d'abord prioritairement saisir votre supérieur hiérarchique et/ou votre référent déontologue désigné par votre collectivité ou de votre collectivité. Ce n'est que dans l'hypothèse où le signalement lancé en interne est vain que vous pouvez ensuite aller saisir soit une autorité judiciaire soit sur une autorité administrative. Ce qui pose problème aux élus et aux fonctionnaires, et que je reprends volontiers à mon compte, c'est ce que l'on met derrière la mention d'« alerte vaine ». À quel moment va-t-on considérer, en tant que lanceur d'alerte, que l'alerte est vaine ? Mettons-nous dans la situation. Je suis dans la collectivité, je prends la responsabilité de signaler des faits à ma hiérarchie en disant que la situation est constitutive d'un conflit d'intérêts et on

me donne la responsabilité de déterminer à quel moment cette alerte interne aura été vaine pour ensuite passer à un cap supérieur. Qu'est-ce qu'une alerte vaine ? Je n'ai pas de retour ? On me bat froid ? Ou au contraire je vois qu'autour de moi on commence à demander des éléments d'information, on commence à s'exciter pour essayer de trouver des éléments qui permettraient de justifier, dans un sens ou dans un autre, ce que j'ai pu signaler ? Va-t-on me faire un accusé de réception ? D'ailleurs, la loi du 16 avril 2013 sur l'alerte en matière environnementale avait prévu l'obligation d'un accusé de réception pour celui qui avait lancé l'alerte pour savoir quelle suite serait à donner. Donc, nous avons de la difficulté à déterminer cela. C'est l'individu qui a la charge de déterminer ce qu'est une alerte vaine ou pas. Beaucoup de fonctionnaires que j'ai pu rencontrer se demandaient à quel moment on détermine qu'une alerte est vaine.

La loi Sapin 2 a introduit des améliorations, mais j'insiste sur cette dimension d'articulation qu'il va falloir trouver entre la procédure issue de la loi du 20 avril 2016 modifiant ainsi le statut général du 13 juillet 1983 et la procédure plus générale prévue par la loi Sapin 2, de manière à savoir si on se trouve dans un dispositif qui s'avère complémentaire ou qui s'avère concurrent.

LD : Madame Cayla, la parole est à vous pour répondre à cette question de Monsieur Dyens.

FC : L'article 6 ter A du statut, issu de la rédaction de la loi Sapin 2, comprend effectivement deux dispositifs. Le premier est celui résultant de la loi de Déontologie du 20 avril 2016, dite loi Lebranchu, et le deuxième est celui de la loi Sapin 2, du 9 décembre 2016. La coexistence de ces deux dispositifs évidemment est source de questionnements, et fera l'objet de précisions et de clarifications, notamment par le biais de guides ou de circulaires qui viendront préciser pour les lanceurs d'alerte et pour les employeurs comment s'articulent ces deux dispositifs.

La difficulté à laquelle ont été confrontés le législateur et les fonctionnaires est que les fonctionnaires sont tenus de signaler sans délai au procureur de la République les crimes et délits dont ils ont connaissance. Ils peuvent passer par leur autorité hiérarchique, mais ils ne sont pas obligés de le faire, et on ne peut pas leur tenir rigueur d'avoir alerté directement le procureur de la République.

Or, le dispositif de la loi Sapin 2, dans cette généralité, impose aux lanceurs d'alerte de s'adresser, pour alerter, d'abord à leur supérieur hiérarchique, y compris en matière de crimes et délits. La difficulté est donc d'arriver à concilier les obligations prévues par le Code de procédure pénale, les obligations déontologiques prévues par la loi Déontologie et la mise en place de ce dispositif général voulu par le gouvernement et le législateur qui doit s'appliquer dans tous les cas de figure. Si vous lisez le Code du travail, vous trouvez exactement la même formulation et le même dispositif général de protection. Telle est la difficulté à laquelle a été confronté le législateur, et qui conduit à la coexistence de ces dispositifs.

LD : Si c'est le supérieur hiérarchique qui est en cause ou potentiellement en cause, a-t-on le droit de passer au niveau n+1 ?

FC : La loi Sapin emploie « *supérieur hiérarchique* », donc ce n'est pas forcément le n+1, voire plus. L'employeur, dans une collectivité, peut aussi être le maire, un élu, ou le référent désigné à cet effet par la collectivité. Si l'alerte vise directement le supérieur hiérarchique, le n+1 ou le n+2 de l'agent, ce dernier pourra donc se rapprocher du référent désigné. Il pourra aussi saisir le Défenseur des Droits, dont la saisine est prévue dans la loi Sapin, et dont l'objet est de conseiller les lanceurs d'alerte sur l'organisme approprié pour recevoir leur alerte.

LD : Après avoir saisi cette autorité hiérarchique, il doit s'écouler combien de temps ?

SD : Cette difficulté sera sans doute traitée par des circulaires d'application et des guides pour accompagner les élus et les fonctionnaires dans la mise en œuvre des dispositifs. Cependant, très clairement, il y a bien là une difficulté d'articulation. Si je me situe dans la loi Déontologie, en tant que lanceur d'alerte sur un conflit d'intérêts, il m'appartient de déterminer si l'alerte a été vaine. Je devrai alors signifier que la réaction de l'autorité saisie a semblé insuffisante pour envisager de passer à une étape supérieure.

La loi Sapin 2 stipule qu'il faudra attendre, avant de passer à l'étape supérieure – qu'il s'agisse de l'autorité judiciaire, de l'autorité administrative ou d'un ordre professionnel –, de constater qu'il n'y a pas eu les diligences de la personne qui a été saisie, ou un délai raisonnable.

LD : En dernier recours, il est possible de contacter la presse ?

SD : Dans certaines affaires, seule l'intervention de la presse est susceptible de déclencher une action. Un important travail d'information et de formation doit être accompli sur ce sujet. La loi Sapin est très claire : il s'agit d'une simple faculté au troisième niveau. La presse doit demeurer l'ultime recours.

Le juge administratif a déjà indiqué que le fait pour un agent de saisir directement soit la presse, soit d'écrire un ouvrage, sans avoir épuisé les voies de recours préalables (le supérieur, une autorité administrative ou judiciaire) mettait cet agent lanceur d'alerte dans une situation de responsabilité personnelle.

LD : Stéphane Pintre, le président du SNDGCT reçoit-il cette procédure de façon aussi mitigée que le président de l'Association des juristes territoriaux ?

Stéphane Pintre (SP) : Oui, et sans doute plus que lui.

Il faut saluer le travail réalisé depuis quelques années par le gouvernement et le parlement sur ces questions. Il y avait nécessité d'intervenir dans ces domaines.

Néanmoins, nous évoluons dans un dispositif légal extrêmement complexe et théorique, qui fait peu de cas de la réalité dans les territoires, et notamment dans les administrations publiques. Cet écueil risque de faire de ce dispositif un mort-né sur le plan de son application.

En effet, je ne vois pas comment arriver à sensibiliser l'ensemble des agents à des notions aussi complexes, dans un environnement qui est toujours aussi contraint, et avec des chaînes hiérarchiques qui demeurent pesantes.

Je suis très inquiet de ce qui va sortir. En dehors des cas les plus graves, qui nécessairement sortiront dans la presse ou même bien avant qu'ils soient portés à la connaissance de la juridiction ou de l'administration concernée, je crains que dans le quotidien, on soit dans le refus de procéder à ces alertes, ou alors qu'au contraire on se trouve avec des agents qui abuseront de l'alerte éthique.

LD : Des référents déontologues seront tout de même prévus.

SP : Effectivement, c'est un progrès. Tout dépendra de la manière dont ils vont être mis en place. Dans les grandes collectivités, on aura le moyen de les mettre en place, mais ce ne sera pas forcément le cas partout. Nous avons entendu dire que les centres de gestion pourraient mener ces missions. Il n'empêche que c'est une culture à acquérir, et qu'il faudra du temps pour acquérir cette culture. Non seulement cette culture, mais la connaissance même des procédures.

Dans les collectivités, la chaîne hiérarchique est très proche, et aller dénoncer son supérieur hiérarchique ou son élu, ce n'est pas simple. Avec ce que nous avons vu ce matin sur la conception étendue du conflit d'intérêts, on peut penser qu'il y aura beaucoup d'affaires. Je pense que l'on est passé d'une situation où il n'y avait rien à une situation de « chevalier blanc ».

LD : Samuel Dyens, pensez-vous que le référent déontologue est un élément majeur du dispositif ?

SD : J'ai beaucoup d'espoir dans cette disposition du référent déontologue. C'est un appui. Il faut que les collectivités et les

dirigeants territoriaux se saisissent de ce référent déontologue. J'entends trop souvent encore l'idée selon laquelle c'est un gadget, et que l'on aurait voulu faire plaisir aux agents en leur disant qu'ils auraient droit à un conseil utile, donc utilisable. C'est une personne en capacité non seulement de connaître la règle et d'indiquer à celui qui vient le consulter les champs de possible qui se présentent devant lui. Cela conditionne le choix du référent déontologue.

La première condition est qu'il existe un référent déontologue. La deuxième condition est de faire connaître l'existence de ce référent à l'ensemble de ses collaborateurs. La ministre Lebranchu évoquait, dans les débats parlementaires, un échelon déontologique de proximité. Cette proximité est pour moi extrêmement importante pour que le déontologue intègre le paysage institutionnel et l'environnement professionnel des collaborateurs.

Le troisième élément porte sur le fait de ne pas limiter le déontologue à une position un peu attentiste. Le déontologue doit être, dans sa structure, le premier vecteur en termes de culture déontologique. Il doit être proactif pour initier, instiller cette culture déontologique, faire en sorte que les agents intègrent cette dimension de l'action déontologique au quotidien. J'insiste sur le fait que cela s'adresse à tous les collaborateurs et non pas seulement aux dirigeants et à ceux qui seraient concernés par la zone de risques vue tout à l'heure à propos des conflits d'intérêts, car je considère que tout agent public évolue dans une zone de risques au titre du conflit d'intérêts.

LD : Maître Béguin, en quoi la loi Sapin 2 apporte-t-elle au lanceur d'alerte une protection bien plus importante qu'auparavant ?

Isabelle Béguin (IB) : La loi Sapin 2 a introduit dans le statut de la fonction publique le principe de l'interdiction des représailles envers un lanceur d'alerte. L'article 6 ter A du statut général indique désormais : « *Aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ».

Auparavant, quand des fonctionnaires lançaient des alertes, le juge disposait d'outils pour protéger ces agents. Je citerai à cet égard un jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 15 juillet 2014 dans lequel le juge administratif a dégagé un principe général du droit à propos d'un fonctionnaire qui avait fait un signalement sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale. Depuis, ce principe de non-représailles contre les fonctionnaires qui procèdent à des signalements a été inscrit dans le statut général. Mais au moment où il n'était pas inscrit, le juge administratif a dégagé un principe général du droit.

Un autre cas a été jugé en juin dernier par le tribunal administratif de Strasbourg. Il s'agissait d'un agent qui avait alerté le maire sur les rejets dans la rivière des eaux usées de l'hôpital. L'agent avait été par la suite licencié pour motif disciplinaire et il avait contesté cette sanction devant le tribunal administratif. Celui-ci lui a donné gain de cause. Le tribunal a estimé que l'agent n'avait pas commis de faute professionnelle et qu'il n'avait pas manqué à son obligation de discrétion et à son obligation de réserve, puisqu'il avait auparavant averti sa hiérarchie en vain, et qu'il avait ensuite saisi le maire, qui, au titre de ses pouvoirs de police, était susceptible d'agir. Ensuite, une enquête de la direction de l'environnement avait été menée et elle avait effectivement relevé des difficultés, auxquelles l'hôpital avait remédié. Le préfet avait d'ailleurs remercié cet agent d'avoir fait preuve de civisme. Le tribunal administratif a considéré que l'agent n'avait pas commis de faute.

Nous avons aussi un autre exemple où le juge administratif avait pu se situer sur le fondement du harcèlement. Il s'agissait d'un directeur général des services qui avait alerté sur les pratiques d'un

adjoint au maire, qui étaient anormales, en matière de marchés publics. L'adjoint avait d'ailleurs été condamné *in fine* par le tribunal correctionnel. Néanmoins, le DGS avait été dans un premier temps écarté, avant d'être formellement déchargé officiellement, pour perte de confiance, parce que précisément il avait fait cette alerte. Il avait été écarté de tous les dossiers, et il avait même vu son avancement passer du minimum au maximum, et il avait été invité à plusieurs reprises à quitter la collectivité et à demander sa mutation. Une fois muté, il a fait un recours indemnitaire en s'appuyant sur la notion de harcèlement moral. Il a fait valoir qu'il était victime de harcèlement moral en représailles, et cela a été reconnu par la cour administrative d'appel de Marseille. L'agent avait porté plainte également au pénal, mais le harcèlement moral n'avait pas été reconnu. Il y a une indépendance des notions. Le droit pénal comporte cet élément intentionnel, qui ne se retrouve pas dans la qualification de harcèlement moral devant le tribunal administratif.

Avant que le principe ne soit inscrit dans la loi, le juge était déjà vigilant à l'égard des lanceurs d'alerte, même s'ils n'étaient pas qualifiés sous ce vocable.

La preuve aussi en est que le Conseil d'État a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à propos de l'article 26 du statut général de la fonction publique relatif à l'obligation de discrétion professionnelle des fonctionnaires. Pour refuser de transmettre cette question, le Conseil d'État a estimé qu'il y avait quand même une protection des agents via le contrôle du juge en cas de sanction administrative, ou via la possibilité offerte par le Code pénal de saisir le procureur de la République en cas de crime ou de délit, et de la possibilité pour le supérieur hiérarchique de délier le fonctionnaire de son obligation de discrétion professionnelle.

Cette protection existait donc déjà avant la modification du statut. Néanmoins, ce n'est pas parce que c'est inscrit qu'il n'y aura pas des mesures de représailles.

La loi Sapin 2 prévoit que, s'il y a des représailles, l'agent peut être protégé de deux manières. S'il entend faire un contentieux contre la mesure illégale prise à son encontre, les règles de la preuve sont aménagées, comme en matière de harcèlement moral, ou de conflit d'intérêts. L'agent doit apporter des éléments de faits qui laissent présumer l'existence de représailles suite à une alerte, à charge pour l'administration de démontrer que la mesure a été prise pour un motif étranger à cette alerte.

C'est la première protection au niveau du contentieux administratif.

La seconde, c'est une nouveauté qui a été introduite dans le Code de justice administrative. Cela concerne le pouvoir d'injonction du juge administratif. Cette mesure avait été préconisée par le Conseil d'État dans son rapport sur les lanceurs d'alerte, lorsque des mesures de révocation, de licenciement ou de non-renouvellement de contrat sont prises à l'encontre d'un lanceur d'alerte. La loi Sapin 2 introduit dans le Code de justice administrative un nouveau article qui permettra au juge administratif d'enjoindre la réintégration de l'agent y compris lorsqu'il était en CDD. L'article L. 911-1-1 du Code de justice administrative stipule : « *Lorsqu'il est fait application de l'article L. 911-1, la juridiction peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation en méconnaissance du deuxième alinéa de l'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, y compris lorsque cette personne était liée par une relation à durée déterminée avec la personne morale de droit public* ».

C'est ici que réside la nouveauté, car jusqu'à présent, lorsqu'il s'agissait d'une personne en CDD, et que son contrat n'était pas renouvelé, le juge des référés par exemple ne pouvait enjoindre que de réexaminer la situation de l'agent ; il ne pouvait pas enjoindre à

l'administration de reconduire le contrat de l'agent. Cela ne faisait pas partie de son pouvoir. Il en était de même pour le juge du fond ; il ne pouvait qu'enjoindre à l'administration de réexaminer le non-renouvellement du contrat. En matière de licenciement, tout dépendait de la date à laquelle allait intervenir le jugement au fond. En effet, si nous prenons le cas d'un contrat de trois ans, et que la personne lance une alerte au bout de six mois, et qu'elle saisisse ensuite le tribunal administratif, celui-ci rendant son jugement au bout d'un an, il restera un an et six mois de contrat. L'agent peut être réintégré pour un an et six mois. Mais imaginons qu'il n'ait eu qu'un contrat d'un an, son contrat aurait été terminé. Jusqu'à présent le juge ne pouvait pas enjoindre à l'administration de le réintégrer.

La nouveauté est que désormais le juge va pouvoir enjoindre à l'administration de réintégrer l'agent. Des précisions devront être apportées par la jurisprudence. En effet, quelle sera la durée de ce nouveau contrat ? Quand la fera-t-on partir ? À compter du jugement ? De la date du licenciement ? De la fin normale du contrat ? Des questions vont se poser. Il est vrai qu'il est toujours difficile de retourner dans une collectivité après ce type d'événement, mais on peut imaginer qu'un agent ne souhaite pas faire de référé pour ne pas y retourner, car c'est problématique, mais cet agent peut aussi penser qu'avec un changement, de municipalité par exemple, il pourrait réintégrer les services. Il peut être donc être intéressant pour lui d'actionner ce levier.

C'est donc vraiment un pouvoir nouveau qui est donné au juge administratif, aussi bien en référé qu'au fond.

LD : La loi Sapin 2 dans son article 7 indique que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016* ». L'expression par ailleurs « *dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* » n'est pas d'une clarté absolue.

IB : Effectivement, c'est toute la difficulté de l'interprétation des termes. On regarde si la divulgation est nécessaire et proportionnée, c'est-à-dire s'il n'y avait pas d'autres possibilités que de divulguer au public. Or, c'est cela qui pose la difficulté.

LD : Monsieur Pintre, souhaitez-vous réagir aux propos d'Isabelle Béguin ?

SP : Je remercie Isabelle Béguin d'avoir pris l'exemple portant sur l'alerte du DGS au sujet du comportement de l'adjoint à la commande publique.

Je voudrais vous faire toucher du doigt la difficulté que cela représente pour les cadres et plus particulièrement ceux qui sont sur des emplois fonctionnels.

Dans une collectivité, le lanceur d'alerte naturel est bien sûr le DGS. Les directeurs généraux des services préviennent de toute difficulté ou de toute dérive.

Avant d'être le président du SNDGCT, j'en ai été le pendant plus de dix ans le responsable du contentieux national, et à ce titre, j'ai connu des collègues qui, pour avoir lancé des alertes de ce type, ont brisé leur carrière, et n'ont pas retrouvé de poste ; et cela a duré des dizaines d'années. On n'est pas sur l'article de loi permettant leur réintégration après licenciement, car ils n'ont pas été licenciés ; il a été mis fin à leur emploi fonctionnel. Je vois mal un juge enjoindre à un maire de reprendre un DGS en qui il n'aurait plus confiance.

Les DGS sont souvent les premiers informés des dérives ou des risques de dérives qui peuvent se produire dans une collectivité. Derrière ces jugements, que l'on cite d'une manière abrupte, il y a des mois et des années de douleurs. Il faut savoir ce que représente le fait pour un fonctionnaire, et *a fortiori* pour un cadre supérieur, de

dénoncer un fait délictueux, même si ce dernier est condamné par les tribunaux par la suite. Non seulement il sera stigmatisé et placardisé dans sa collectivité, qu'il devra quitter, mais il y a de fortes chances qu'il ne retrouve pas de poste. S'il est intervenu une fois que le fait a été commis, l'agent aura souvent agi sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale. Mais si c'est en amont, dans le cadre de la prévention du conflit lui-même, le risque est grand. Le risque est grand aussi compte tenu de ce qu'est le fonctionnement d'une collectivité, sa ligne hiérarchique, la proximité des agents entre eux, et aussi le côté un peu « clanique » d'une organisation de ce type.

Je pourrais donner de nombreux exemples de collègues qui ont perdu leur carrière, à 40 ans ou à 45 ans, parce qu'à un moment donné, ils ont dénoncé des situations réelles, et qui, pour la plupart, ont été condamnées.

LD : Monsieur Dyens, malgré les réserves de Stéphane Pintre, le devoir d'alerte, le devoir de prévenir le conflit par exemple, est-il devenu le premier devoir des fonctionnaires ? Est-ce une obligation ? Est-on légalement tenu, si on est témoin d'un fait, de le signaler ?

SD : J'espère que ce n'est pas le premier devoir des fonctionnaires ; le cas échéant, cela signifierait que la situation est bien plus grave que ce que l'on pouvait imaginer au départ.

Au-delà de ce sourire, il faut avoir conscience que l'alerte éthique est une faculté. C'est-à-dire que l'on n'impose pas à un fonctionnaire de signaler ces faits. Il lui appartient d'apprécier la situation en conscience. Dès lors que l'on est dans le registre de l'alerte éthique, on est dans le registre de la faculté. On est bien dans une appréciation fondamentalement personnelle ; et donc fondamentalement subjective.

Par contre, dès lors que l'on se trouve dans des situations de crime ou de délit, on est toujours sous le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, qui emporte le régime de l'obligation, et même si cet article 40 n'est sanctionné d'aucune répression pénale. Si vous n'allez pas signaler au procureur le crime ou le délit même si vous en aviez l'obligation, il n'y a pas de sanction directe pénalement de ce non-respect d'obligation de signalement au titre de l'article 40 du Code de procédure pénale.

LD : La loi prévoit la procédure du recueil interne dans les communes de plus de 10 000 habitants. Madame Cayla, pourriez-vous nous en parler ?

FC : L'article 8 de la loi Sapin 2 oblige les communes de plus de 10 000 habitants, les départements, les régions, les EPCI, de même que les administrations de l'État et les autres personnes morales de droit public et de droit privé de plus de 50 salariés à mettre en place une procédure de recueil des signalements.

Ces procédures seront l'outil mis à la disposition des agents publics pour mettre en œuvre leur droit d'alerte. Il s'agira donc de recueillir les signalements des agents dès la première étape de la procédure graduée. Lorsque l'agent saisit son supérieur hiérarchique ou un déontologue, on suppose que ce sera *via* cette procédure de recueil de signalements. Compte tenu des outils modernes à la disposition des administrations, on peut imaginer qu'il s'agira d'outils dématérialisés, qui auront les fonctionnalités nécessaires pour accuser réception des alertes, pour indiquer un délai dans lequel l'alerte sera traitée, et qui permettront au lanceur d'alerte d'établir le fait qu'il a respecté la procédure. Cela contraindra les administrations à traiter les alertes.

La loi du 9 décembre 2016 prévoit en son article 8 qu'un décret en Conseil d'État fixera les modalités des procédures de recueil des signalements. La procédure devra garantir la confidentialité à la fois de l'identité du lanceur d'alerte, des informations recueillies par le biais de l'alerte, mais également l'identité de la personne visée par

l'alerte. Cette dernière ne sera pas avisée de l'alerte, jusqu'à ce que le bien-fondé de l'alerte soit traité.

Les précisions seront donc apportées ultérieurement sur cette procédure, qui soulèvera peut-être certaines difficultés d'interprétation, mais toujours est-il que les administrations et les collectivités de plus de 10 000 habitants devront s'y soumettre.

LD : Cela pourra poser, dites-vous, quelques difficultés d'interprétation.

Samuel Dyens, ce dispositif de recueil suscite-t-il des interrogations en ce qui vous concerne ?

SD : Finalement, pas tant que cela. Il faut insister sur un aspect qui est celui lié à l'enjeu que représente la confidentialité. Sans trahir de secret, l'association des juristes territoriaux avait été sollicitée par quelques parlementaires, à l'occasion de la loi Lebranchu. Et d'ailleurs, pour démontrer que cette association n'est pas politique, il s'agissait de parlementaires de la majorité et de l'opposition. Ils se sont retrouvés pour présenter des amendements que l'association leur avait proposés. Un de ces amendements portait sur l'harmonisation des sanctions disciplinaires dans les trois versants de la fonction publique, et il n'a pas été repris. Le deuxième portait sur l'obligation de prévoir, dès la loi Lebranchu, l'obligation de confidentialité. Dans notre amendement, cette obligation de confidentialité était à trois niveaux : l'émetteur, celui qui est visé, et l'institution elle-même. En effet, quelle serait la capacité d'une collectivité, si tout le monde sait qu'une alerte a été lancée, et qu'un tel est dans le viseur, de traiter sereinement, objectivement, cette situation ? Non pas pour étouffer l'affaire, mais pour faire la lumière de manière transparente et objective, sans passion ? Cette obligation de confidentialité, prévue à l'article 9 de la loi Sapin 2, pour moi, est une vraie plus-value dans le dispositif. C'est le premier aspect.

Deuxième aspect. Sur la procédure, je pense que l'autorité réglementaire gagnerait à s'inspirer de ce que la CNIL a proposé comme « autorisation unique de traitement autorisé de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre du dispositif d'alerte professionnel ». La CNIL s'était déjà prononcée en 2005. Elle était à l'époque assez réservée sur l'alerte éthique. Elle avait parlé d'un « système institutionnalisé de délation professionnelle ». Finalement, la CNIL a fait évoluer son discours sur le sujet, en 2010 et en 2014. Je vous ai donné la version de 2014. Dans cette version de 2014, il faut s'inspirer de ces termes pour instaurer une totale confidentialité. Un nombre très faible de personnes devra pouvoir accéder au traitement. Un nombre très faible de personnes devra avoir accès aux messages déposés sur une messagerie dédiée, pour que l'alerte soit connue par le seul véritable destinataire de la structure. Et il devra y avoir, au terme de cette autorisation unique, obligation d'en informer aussi celui qui, de près ou de loin, serait mis en cause par l'alerte. C'est sur ce dernier point qu'il faudrait s'interroger. Dans le respect de la présomption d'innocence et de la garantie des droits, il faudrait faire attention aussi que ce ne soit pas l'occasion de faire disparaître des éléments d'information, en prévenant la personne mise en cause, qui souhaiterait, de bonne foi ou de mauvaise foi, s'éviter quelque trouble par la suite.

On a donc déjà un germe de procédure, dans un schéma de procédure dématérialisée qui me semble extrêmement bien fait, venant de la CNIL, dont c'est le rôle de faire respecter les libertés fondamentales par rapport aux outils numériques.

LD : Stéphane Pintre, un outil de ce type vous paraît-il être de nature à éviter les débordements dont vous parliez tout à l'heure ?

SP : Oui, tout à fait.

LD : Le seuil de 10 000 habitants vous paraît-il un seuil raisonnable ? Les problèmes ne se poseraient qu'au-dessus de 10 000 ?

SP : Les problèmes existent partout. Je n'arrive pas à comprendre pourquoi on met des seuils d'application dans ce type de règles. Il n'empêche que le dispositif est intéressant.

LD : Les risques de conflits d'intérêts existent et peuvent être fréquents, et dans ce cadre ne peut-on voir le lanceur d'alerte comme quelqu'un qui aide, plutôt que comme quelqu'un qui serait à craindre, et dont les débordements sont à craindre ? Vous aviez indiqué que la formation est importante.

SP : Je pense que cela nécessite beaucoup de formation et de pédagogie. On ne passe pas d'une situation de l'inexistant à un dispositif extrêmement élaboré. La sanction de ce dispositif ne devrait pas attendre que la culture arrive ; elle devrait se faire tout de suite. C'est là que peuvent se trouver les abus, les excès de ce genre de dispositif. Il faudra absolument développer cette culture, avec l'aide des référents déontologues, mais cela prendra du temps, car je ne suis pas certain que tout le monde soit convaincu dans les collectivités. Il y a un certain nombre de lois qui ont été prises et qui n'ont pas été appliquées.

Ce dispositif constitue une épée de Damoclès. C'est aussi une question fondamentale pour notre démocratie. La lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts, c'est ce qui fait la grandeur d'une République, comme nous l'avons vu ce matin.

On voit cependant que notre administration française n'est pas si mauvaise que cela. On a un peu trop tendance à s'auto-flageller, en mettant en place des dispositifs, qui sont pertinents, mais qui sont très difficiles à appréhender dans nos administrations, et particulièrement dans nos administrations locales. Il faut bien le dire, il y a beaucoup de gens qui agissent au quotidien, et qui n'ont pas l'impression de mal faire, même si parfois ils peuvent être dans le conflit d'intérêts, effectivement.

LD : Isabelle Béguin, la complexité et le flou du système nécessiteront-ils un recours à des professionnels du conseil juridique ?

IB : Ce sera important pour l'agent de savoir où se situer.

Si on est dans le cadre du lanceur d'alerte tel qu'il est défini par la loi Sapin 2, l'agent sera protégé. Il sera protégé pénalement, puisque la loi insère dans le Code pénal un nouvel article 122-9 qui prévoit l'irresponsabilité, mais sous certaines conditions. Nous l'avons dit, la divulgation doit être nécessaire et proportionnée. Il faut avoir respecté les procédures, et il faut répondre à la définition du lanceur d'alerte. La question du respect des procédures est essentielle également. À quel moment passer à l'étage supérieur ?

De la même manière, si l'agent répond aux critères du lanceur d'alerte, il sera protégé sur le plan administratif, avec le nouvel alinéa dans l'article 6 ter du statut général qui protège les agents, mais encore faut-il qu'ils aient bien respecté la procédure, là aussi.

En revanche, si on n'est pas dans le cadre du lanceur d'alerte, ou que l'on n'a pas respecté la procédure, des sanctions disciplinaires pourraient être prises, ainsi que des sanctions pénales, au titre par exemple de la dénonciation calomnieuse, délit qui existe depuis longtemps. On trouve un nouveau délit concernant spécifiquement les agents publics puisque le fonctionnaire qui relate et témoigne de tout fait susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires avec l'intention de nuire ou avec la connaissance tout au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est puni des peines prévues pour la dénonciation calomnieuse. Pour un élu, on sera sur la dénonciation calomnieuse « classique ».

On voit bien que toutes ces notions sont relativement difficiles à manier. Nous avons étudié tout à l'heure la difficulté concernant le choix de la procédure à adopter, puisqu'il faut savoir quand on a recours à l'article 40 (lorsque l'on considère que les faits constituent une infraction) et quand peut se présenter la possibilité offerte par l'alerte prévue par la loi Sapin 2. Les conséquences et les protections ne sont pas les mêmes.

LD : Madame Cayla, aux termes de ces échanges, avez-vous le sentiment que nous avons gagné en matière de lisibilité, de transparence, par rapport à la jurisprudence antérieure ?

FC : Oui, je pense que nous avons gagné en lisibilité pour les agents publics, même s'il y a évidemment des questions d'interprétation et d'application qui vont se poser. Nous avons gagné en simplicité et en lisibilité, car au lieu d'avoir plusieurs dispositifs sectoriels, nous avons maintenant l'article 6 ter A du statut, qui comprend deux dispositifs. Il y aura nécessairement une articulation entre ces deux dispositifs.

Je crois beaucoup à la mise en œuvre des procédures de signalement, qui, à mon avis, vont être aussi un moyen d'articuler ces dispositifs de signalement. Dès le moment où sera mise en œuvre une procédure de signalement des alertes au sein d'une administration ou d'une collectivité, cette procédure constituera vraisemblablement le canal utilisé à la fois pour le dispositif Déontologie et pour le dispositif Sapin. Il n'y a pas trop de craintes à avoir sur la coexistence de ces deux dispositifs.

Je pense que, dans la pratique, les choses vont se régler par la mise en place de cette procédure, par la mise en place de la culture déontologique et de la culture du droit d'alerte. Il est certain qu'il faudra des efforts de formation, des textes complémentaires à prendre, des explications à donner, mais, une fois que cela sera fait, et que ces procédures seront en place, je pense que nous irons dans le sens d'une simplification, d'une meilleure information des lanceurs d'alerte, et d'une meilleure protection.

Pour revenir sur les propos de maître Béguin, en réalité, lorsqu'une sanction disciplinaire était prononcée à l'égard d'une personne remplissant les critères d'un lanceur d'alerte, la jurisprudence administrative était déjà relativement bienveillante. Les difficultés étaient liées à la coexistence de signalement et de divulgations publiques dans un ouvrage. Je repense à l'affaire de M^{me} Souid, qui avait publié un ouvrage, alors qu'elle avait parallèlement fait des signalements article 40, saisi sa hiérarchie, saisi la HALDE à l'époque. Elle avait été sanctionnée, et le juge avait validé la sanction, parce qu'elle avait utilisé un ton très polémique, et que certains faits étaient presque de la dénonciation calomnieuse, et n'avaient pas fait l'objet d'une dénonciation auprès du procureur de la République. On évoluait dans un ensemble dans lequel il y avait de l'alerte, sans doute, mais où, outre les points précédemment évoqués, il n'y avait pas non plus nécessairement nécessité et proportionnalité de la divulgation des faits par rapport à la protection de l'intérêt général poursuivi.

Nous progressons, sans conteste, mais il y a effectivement un effort de formation et d'information à mener.

LD : Le message que vous pourriez donner, Monsieur Pintre, à vos homologues, serait de former, d'informer, de mettre en place le recueil dans les communes de moins de 10 000 habitants ?

SP : Au premier niveau, il faut pouvoir former et informer les agents et les élus. Le DGS doit continuer sa veille permanente aux côtés des élus et des agents.

J'ai dit tout à l'heure que c'était une réforme mort-née. Comme toutes les réformes, elle apportera des points positifs, mais elle n'aura certainement pas le succès que l'on attend d'elle.

Je pense que beaucoup s'abstiendront. L'objet est de faire remonter les problématiques, et éviter les conflits d'intérêts, les distorsions de concurrence dans les collectivités. J'ai peur que le dispositif soit tellement complexe, qu'en dehors des cas les plus graves, ou de

personnes mal intentionnées qui utiliseront ces dispositifs, on aura beaucoup de personnes qui s'abstiendront.

LD : Nous pourrions faire un bilan dans deux ans.

Vos questions, vos éclairages, vos témoignages sont maintenant les bienvenus. Monsieur de Boissieu voudrait poser une question.

Jean-Luc de Boissieu : Dans l'assurance, nous avons l'obligation de mettre en place des contrôles très étendus. Le conseil d'administration dispose de l'audit interne. Le président ou le conseil d'administration peut à sa guise demander à l'audit interne d'effectuer tous les contrôles qu'il veut sur tous les services et toutes les opérations de la société. Les problèmes, s'ils existent, remontent donc par le biais du contrôle interne, du contrôle de gestion, etc. L'administration, pour ce que j'en connais, n'a pas l'habitude de contrôles et d'audits qui font remonter les problèmes. Comme cela n'existe pas, on est obligé de se rabattre sur un système où un collègue dénonce les manquements.

SP : Je suis d'accord avec vous sur ce point. Je parlerais moins des administrations, que je connais moins, mais pour les collectivités territoriales, l'article 72 de la Constitution énonce le principe d'autonomie des collectivités locales. Si elles ne veulent pas de contrôle de gestion, si elles ne veulent pas d'audit interne, d'inspection générale, elles n'en ont pas. Les grandes collectivités les ont mis en place, et on peut constater de très nettes améliorations. Ce n'est donc pas une obligation, et cette culture n'est pas diffuse partout.

Par ailleurs, il n'y a pas de véritable contrepoids aux pouvoirs du maire. Le contrôle qui existe sur le maire est *a posteriori*, avec le contrôle de légalité et celui de la chambre régionale des comptes. Sinon aussi, le directeur général dans la relation de confiance et de conviction qu'il peut avoir avec le maire. Pour moi, cela a fonctionné ainsi ; un équilibre qui repose sur des personnalités, où chacun accepte les contraintes de l'autre.

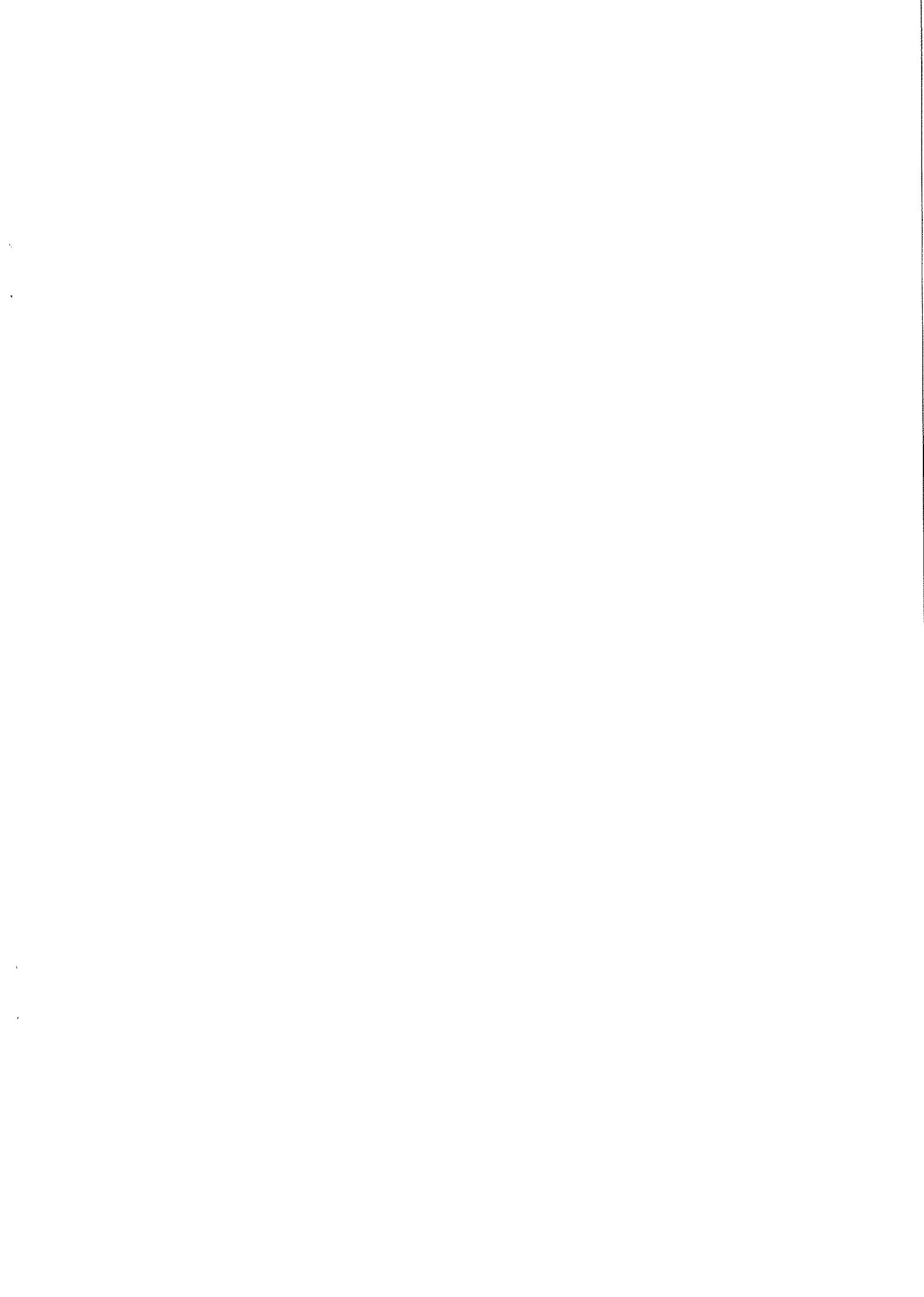
LD : Nous avons une autre intervention de la salle.

Guy-Francis Parmentier (mandataire mutualiste à la SMACL) : Je comprends très bien les difficultés que M. Pintre nous a exposées. Comme toute procédure nouvelle, des difficultés sont observées au départ. Je pense quand même que l'existence de la procédure peut finalement éviter un certain nombre d'actes délictueux. En matière de prévention, elle devrait s'avérer utile.

FC : Je pense qu'effectivement la mise en place de ces procédures peut avoir deux effets. Aboutir à un effet dissuasif sans doute, et faire remonter des dysfonctionnements. Il faut pour cela mettre en place ce canal de signalement interne. Les collectivités devront s'interroger sur la façon de mettre en place ce canal, l'expliquer, former les agents.

Cela aura pour effet de développer la culture déontologique au sein de chaque administration. On peut aussi concevoir des procédures qui viseraient à signaler en interne des dysfonctionnements permettant d'améliorer le fonctionnement de l'administration. Je pense que de nombreuses leçons sont à tirer de ces procédures de signalement.

La culture de la déontologie doit devenir un outil supplémentaire de l'action administrative. C'est avec de tels outils que nous parviendrons à faire acquiescer à l'ensemble des agents publics les réflexes sur le plan déontologique.



ÉPREUVE N° 5