



HAL
open science

Le nouveau cadre déontologique des agents publics : avancées et risques

Christophe Mondou, Christelle Nicq, Johanne Saison, Elise Untermaier-Kerléo

► To cite this version:

Christophe Mondou, Christelle Nicq, Johanne Saison, Elise Untermaier-Kerléo. Le nouveau cadre déontologique des agents publics : avancées et risques : La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique : quelles nouvelles perspectives pour la fonction publique ?. La loi de transformation de la fonction publique : quelles nouvelles perspectives pour la fonction publique ?, Mar 2020, Lille, France. hal-03294758

HAL Id: hal-03294758

<https://hal.science/hal-03294758>

Submitted on 21 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique :
Quelles nouvelles perspectives pour la fonction publique ?**

12 mars 2020, 9h30-17h00, amphithéâtre René Cassin, Campus Moulins (1 place Déliot,
Lille).

Journée d'étude organisée sous la direction scientifique de Georgina Benard-Vincent,
Christophe Mondou, Christelle Nicq, Johanne Saison, Elise Untermaier-Kerléo

Le nouveau cadre déontologique des agents publics : avancées et risques

Après la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique comprend un important volet réformant le cadre déontologique applicable aux agents publics. La loi TFP constitue l'Acte II de la déontologie de la fonction publique.

La loi TFP, et plus précisément **ses articles 34 et 35**, modifie les articles *25 septies* et *25 octies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Elle est complétée par le **décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique** (adopté la veille de l'entrée en vigueur prévue le 1^{er} février 2020 pour les dispositions de la loi TFP relative à la déontologie des agents publics!). Ce décret a abrogé le précédent décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique.

Comme l'énonçait clairement l'exposé des motifs du projet de loi, la réforme poursuit « *un double objectif* ». Il s'agit « *d'abord, d'assurer, dans le respect des règles déontologiques, une plus grande fluidité du parcours des agents publics entre le secteur public et le secteur privé* »¹. Le texte « *vise également à renforcer et rendre plus efficace le contrôle déontologique en le concentrant sur les fonctions et emplois les plus sensibles tout en responsabilisant davantage les administrations sur cette question pour diffuser une culture déontologique au plus près des agents* »². Autrement dit, le but premier de la loi n'est pas de

¹ Nous soulignons.

² Projet de loi AN de transformation de la fonction publique, n° 1802, Assemblée nationale, 27 mars 2019.

renforcer les exigences déontologiques pesant sur les fonctionnaires. La réforme du cadre déontologique apparaît comme une forme de compensation, une contrepartie des nombreuses mesures favorisant la circulation entre le secteur public et le secteur privé. Discours de légitimation, la déontologie est là pour faire mieux accepter les apports majeurs de la loi TFP, à savoir l'ouverture plus grande de la fonction publique aux agents contractuels et surtout, la volonté, quasi-obsessionnelle, de réduire le nombre de fonctionnaires en les poussant vers le secteur privé, à travers des dispositifs leur permettant de quitter plus facilement le secteur public, tels que la rupture conventionnelle, le détachement d'office en cas d'externalisation ou le congé de transition professionnelle³.

Ceci étant, considérablement enrichie par les députés, la loi apporte des améliorations notables au cadre déontologique des agents publics. Le législateur a repris un certain nombre de propositions figurant dans le rapport d'information sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts présenté par les députés Olivier Marleix et Fabien Matras le 31 janvier 2018. La déontologie des fonctionnaires constitue un sujet consensuel au sein de l'Assemblée nationale : les députés de la majorité et de l'opposition ont uni leurs forces pour pousser le gouvernement, représenté par Olivier Dussopt, secrétaire d'État auprès du Ministre de l'Action et des Comptes publics, à revoir sa copie et à renforcer les contrôles déontologiques.

Les choix opérés par le législateur ne sont cependant pas sans danger. Certains universitaires dénoncent un allègement des contrôles déontologiques opéré pour favoriser les départs vers le secteur privé⁴. Le journaliste Laurent Mauduit n'a pas hésité à titrer sur Médiapart : « *Fonction publique: c'en est fini de la déontologie!* »⁵. En confiant à l'autorité hiérarchique la responsabilité d'apprécier le risque déontologique avant de saisir les organes déontologiques, la loi augmenterait les chances, pour les agents qui souhaitent quitter le secteur public, ou au contraire l'intégrer, d'échapper à tout contrôle déontologique préalable. Il convient donc d'apprécier avec rigueur les avancées et les risques résultant de cette réforme du cadre déontologique des agents publics.

Le texte rénove en profondeur le cadre institutionnel des contrôles déontologiques (I) et vise à renforcer leur portée effective (II).

³ V. not. Ludivine Clouzot, « La loi de transformation de la fonction publique : une rénovation technique du statut », *Droit Administratif* n° 2, févr.. 2020, étude 3

⁴ V. not. Didier Jean-Pierre, « Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

⁵ Laurent Mauduit, « Fonction publique: c'en est fini de la déontologie! », Médiapart, 27 sept. 2019 : <https://www.mediapart.fr/journal/france/270919/fonction-publique-c-en-est-fini-de-la-deontologie?onglet=full>

I. Un cadre institutionnel de contrôle profondément rénové

La loi TFP a supprimé la Commission de déontologie de la fonction publique, dont les compétences sont transférées à la HATVP (A) et délocalisé les contrôles déontologiques (B).

A. La suppression de la Commission de déontologie de la fonction publique, remplacée par la HATVP

Les députés de la majorité et de l'opposition, ensemble, ont obligé le gouvernement à aller beaucoup plus loin qu'il ne le voulait initialement, en décidant de supprimer la Commission de déontologie de la fonction publique, créée en 1991⁶ et en transférant ses compétences à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), née avec les lois d'octobre 2013 pour la transparence de la vie publique. Depuis le 1^{er} février 2020, la Commission de déontologie, organisme composé de quatorze membres appartenant aux grands corps de l'État, placée auprès du Premier ministre mais rattachée administrativement à la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), a donc passé le relais à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, autorité administrative indépendante. Cette dernière est désormais compétente dans les cas prévus par la loi pour contrôler les départs vers le secteur privé et les cumuls d'activités en cas de création ou de reprise d'entreprise. Elle examinera, comme son prédécesseur, si l'entreprise que l'agent public envisage de créer ou l'activité privée qu'il souhaite exercer risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ; de méconnaître tout principe déontologique ; de placer l'intéressé en situation de commettre les infractions prévues aux articles 432-12 ou 432-13 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

La Haute Autorité, est composée d'un collège unique, à rebours de la volonté du gouvernement de créer des formations spécialisées, l'une pour la fonction publique, l'autre pour les élus être autres responsables publics. La loi n'a donc pas opéré de fusion-absorption entre la Commission et la Haute autorité comme on l'entend souvent : elle a plutôt fait disparaître la Commission et transféré les compétences qu'elle exerçait à la HATVP. La Haute Autorité, dont le nom reste finalement inchangé⁷, n'est donc pas une nouvelle autorité

⁶ Initialement créée par le décret n° 91-109 du 17 janvier 1991, la Commission de déontologie de la fonction publique (CDFP) a été consacrée par le législateur par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin ».

⁷ Il a été envisagé d'introduire le terme déontologie dans le nom de la Haute Autorité qui serait devenue « *la Haute Autorité pour la transparence et la déontologie de la vie publique* ». Mais ce changement de dénomination nécessitait d'adopter une loi organique.

née de la fusion avec la Commission. Le collège de la Haute Autorité est constitué de treize membres dont le nombre de personnalités qualifiées est porté de deux à six, nommées par l'Assemblée nationale, le Sénat et le Gouvernement⁸. Ce dernier a dû lutter âprement avec les parlementaires pour obtenir la possibilité de nommer deux personnalités qualifiées dans ce collège.

Il s'agissait de **faire disparaître une commission décriée** et d'éteindre ainsi le sentiment de suspicion qu'elle entretenait dans l'opinion publique à l'égard des fonctionnaires accusés de pantoufler sans limites. Certains scandales impliquant des hauts fonctionnaires ont mis en lumière l'impuissance de la Commission de déontologie de la fonction publique. On pense par exemple à l'affaire François Pérol, qui éclate début 2009 : poursuivi pour prise illégale d'intérêts et relaxé par la Cour d'appel de Paris en 2017, l'ancien secrétaire général adjoint de l'Elysée sous la présidence de Nicolas Sarkozy, avait pris la tête du groupe des Banques populaires et les Caisses d'épargne (BPCE), sans que la Commission de déontologie ne soit saisie. On pense encore à l'affaire mettant en cause l'ancien secrétaire général de l'Elysée sous la présidence d'Emmanuel Macron, Alexis Kohler, parti pantoufler en tant que directeur financier chez l'armateur MSC, gros client des chantiers navals STX (Saint-Nazaire), au sein desquels il représentait l'État actionnaire. Après avoir siégé au conseil d'administration de STX France entre 2010 et 2012 en tant que représentant de l'Etat, M. Kohler a voulu, à deux reprises, rejoindre MSC. La première fois, en avril 2014, la Commission de déontologie, s'était opposée à sa demande. Mais la seconde fois, en 2016, la Commission émet un avis favorable, considérant que le délai de carence de 3 ans est écoulé. Alexis Kohler devient alors directeur financier de MSC. Fin mars 2017, avant qu'il soit nommé secrétaire général de l'Elysée en mai 2017, il se rend à Bercy en tant que directeur financier de MSC pour contester le rachat de STX par son concurrent italien Fincantieri, en dépit de la réserve formulée par la Commission de déontologie qui lui avait interdit de rencontrer ses anciens collègues à titre professionnel pendant trois ans. Entendu par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, le président de la Commission de déontologie, Roland Peylet, était contraint de reconnaître que l'institution n'avait pas les moyens de vérifier le respect des nombreuses réserves qu'elle peut émettre, ajoutant qu'il appartient à l'administration de le faire et de prononcer des sanctions disciplinaires si nécessaire.

⁸ Art. 19 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (modifié par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 - art. 35).

L'enquête visant le secrétaire général de l'Elysée, Alexis Kohler, pour « prise illégale d'intérêt » a été classée sans suite par le Parquet national financier (PNF) en août 2019.

Outre la volonté de faire peau neuve en tournant la page de la Commission de déontologie de la fonction publique, le transfert de ses compétences à la HATVP est également justifié par le souci **de centraliser entre les mains d'une seule instance nationale l'ensemble des contrôles déontologiques pesant tant sur les élus et membres du gouvernement que sur les agents publics**. Créée par les lois d'octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, la HATVP contrôle les déclarations d'intérêts et les déclarations de situation patrimoniale que doivent lui transmettre les responsables publics et certains agents publics. Depuis la loi Déontologie du 20 avril 2016, elle s'est également vu confier le soin d'émettre un avis sur le départ vers le secteur privé d'un membre du Gouvernement ou d'un président d'exécutif local, y compris lorsque ces fonctions sont exercées par un agent public. Ces agents étaient ainsi déjà soumis, par dérogation, au contrôle préalable de la HATVP. Le projet de loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin 2) avait souhaité élargir la compétence de la Haute autorité aux agents publics assujettis à des obligations déclaratives auprès de la HATVP, à savoir les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République et, d'autre part, les personnes exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elles ont été nommées en conseil des ministres. Mais ces dispositions avaient été censurées par le Conseil constitutionnel, au motif qu'en introduisant « *deux procédures, supposées alternatives, devant deux autorités distinctes pour contrôler l'exercice de fonctions dans le secteur privé par différentes catégories d'agents publics* », la loi avait porté atteinte à « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* »⁹. **La loi TFP met ainsi un terme à un enchevêtrement complexe de compétences entre les deux institutions.**

B. La déconcentration des contrôles déontologiques

La loi a établi un double système de contrôle : les agents les plus exposés au risque déontologique, qui souhaitent quitter le secteur public, restent soumis à un contrôle préalable systématique de la Haute Autorité. En revanche, pour tous les autres, soit l'immense majorité,

⁹ Cons. const., décision n° 2016-741 DC du 8 déc. 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, § 145.

le contrôle est déconcentré et sera exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le cas échéant, le référent déontologue.

1. Un contrôle systématique de la Haute autorité pour les agents les plus exposés au risque pénal et déontologique

Depuis la loi Déontologie du 20 avril 2016, la Commission de déontologie était systématiquement saisie de tous les projets des agents publics de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé. Avec la loi TFP, la HATVP voit le champ de son contrôle resserré sur les fonctionnaires présentant un risque déontologique élevé, à savoir ceux qui occupent « *un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* ».

L'article 2 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique soumet au contrôle préalable systématique de la HATVP tous les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts. Il convient donc de se référer au décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ce texte vise, par exemple : au sein de la fonction publique d'État, les chefs de service et les agents compétents pour prendre les décisions de signer des marchés publics ou des concessions ou attribuer des aides financières ou de subventions ; dans la fonction publique territoriale : le directeur général des services et le directeur général adjoint des services des régions et des départements, directeur général des services, le directeur général adjoint des services et le directeur général des services techniques des communes de plus de 40 000 habitants ; le directeur général, le directeur général adjoint et le directeur général des services techniques des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants ; le directeur de centre hospitalier universitaire et le directeur de centre hospitalier régional, etc.

L'article 2 du décret du 30 janvier 2020 mentionne aussi les emplois soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale et d'une déclaration d'intérêts au titre du 4°, du 6°, à l'exception des membres des collèges et des membres des commissions investies de pouvoirs de sanction, et des 7° et 8° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 : les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République ; les membres des collèges ainsi que les directeurs généraux et

secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités administratives ou publiques indépendantes ; toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres ; les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales.

2. Un système de contrôle déconcentré pour la grande majorité des agents

Pour la grande majorité des agents, la loi a mis en place un système déconcentré : **le contrôle déontologique sera exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue.**

L'appréciation de la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise ou de départ vers le secteur privé avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation reposera en tout premier lieu sur l'administration qui emploie l'agent. En cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet de l'agent, l'autorité hiérarchique pourra saisir le référent déontologue. Si l'avis émis par le référent déontologue « *ne permet pas de lever ce doute* », l'autorité hiérarchique saisira la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

Le référent déontologue, qui a vu le jour avec la loi Déontologie du 20 avril 2016, voit ainsi son rôle considérablement renforcé et transformé. La loi prévoit que le référent déontologue de l'administration dont relève l'intéressé pourra assister aux séances de la Haute Autorité sans voix délibérative. Alors qu'il pouvait jusqu'ici n'être saisi que par les agents publics, le référent peut désormais être sollicité par l'autorité hiérarchique. Cette évolution est tout à fait judicieuse, à condition que des mesures soient prises pour ne pas détruire le lien de confiance entre le référent et les agents. Les agents doivent être certains que lorsqu'ils s'adressent à leur référent, ce dernier n'ira pas « rapporter » leurs questions à l'autorité hiérarchique. L'idéal serait que le RD soit extérieur à l'administration de l'agent qui le saisit, comme c'est déjà en pratique souvent le cas au sein de la fonction publique territoriale, le RD étant nommé par le Centre de gestion. Ce nouveau système nécessite également d'avoir des référents compétents : apprécier l'existence d'un risque déontologique, et notamment d'un risque de prise illégale d'intérêts, n'est pas évident. C'est d'autant plus difficile qu'il n'y a pratiquement pas de jurisprudence pénale et qu'il faut se référer aux seuls rapports d'activité publiés chaque année par la Commission de déontologie de la fonction publique. Il faut donc espérer que la Haute Autorité saura, comme elle a déjà commencé de le faire sous la

présidence de Jean-Louis Nadal, et alors même que la loi ne lui confère pas expressément ce rôle, piloter le réseau des référents déontologues. Il s'agit de les accompagner dans l'exercice de leurs missions, en veillant à ce qu'ils disposent des informations et la formation nécessaires et en leur donnant la possibilité d'échanger entre eux, avec eux.

Ce système de contrôle déconcentré présente incontestablement un risque important, à savoir que des autorités hiérarchiques complaisantes décident de ne saisir ni le référent déontologue, ni la HATVP. Certains y voient « *un contrôle allégé* » et « *promettent « un retour au pénal (...) douloureux* »¹⁰. Nous sommes un peu plus optimistes. La possibilité d'échapper, de fait, à tout contrôle déontologique, existait déjà dans l'ancien système : complètement débordée par le nombre de saisines concernant des départs vers le secteur privé et des créations d'entreprises, la Commission de déontologie de la fonction publique rendait bien souvent un avis de compatibilité tacite : en 2018, sur 7695 saisines, la Commission a rendu 3196 avis exprès, et donc 4499 avis tacites¹¹. Le double filtrage opéré par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue permet une analyse plus systématique et approfondie des situations individuelles. Il est vrai que le système reste tributaire de la bonne volonté de l'autorité hiérarchique, qui pourrait par paresse, ignorance, ou par complaisance avec l'agent, ne pas transmettre au référent déontologue un dossier individuel présentant un risque déontologique sérieux. La loi a toutefois institué quelques garde-fous afin de renforcer la portée des contrôles déontologiques.

II. La portée des contrôles déontologiques renforcée

La loi TFP innove en instituant un contrôle déontologique préalable au retour d'un agent public après avoir effectué une mobilité (le « rétro-pantouflage »), ou le recrutement d'un agent issu du secteur privé (A). Par ailleurs, la loi TFP renforce les prérogatives dont disposent la Haute autorité pour mener à bien ses contrôles (B).

A. Une innovation essentielle : le contrôle du rétro-pantouflage

En matière de création ou reprise d'entreprise par un agent public, la loi TFP réitère la règle selon laquelle le fonctionnaire qui occupe un emploi à temps complet peut, à sa

¹⁰ Didier Jean-Pierre, « Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

¹¹ Rapport d'activité 2018 de la Commission de déontologie de la fonction publique, p. 7.
https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/publications/coll_outils_de_la_GRH/deontologie/rapport-deontologie-2018.pdf

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. Toutefois, l'encouragement du législateur adressé aux agents publics à faire valoir leur esprit d'entreprise apparaît dans une petite modification apportée à l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983. **La durée de cette autorisation est portée de deux à trois ans, avec la possibilité d'une année supplémentaire.** Comme le relève le professeur Didier Jean-Pierre, « *ce maximum de quatre années est la durée la plus longue jusqu'à présent accordée aux fonctionnaires pour créer ou reprendre une entreprise. L'idée non exprimée explicitement est bien celle de permettre aux agents publics d'avoir le maximum de chances et de recul pour pouvoir apprécier la viabilité et la réussite de leur entreprise et de faire ensuite le choix de quitter définitivement la fonction publique avec les effets attendus sur la réduction des effectifs et de la masse salariale.* »¹²

En matière de départ vers le secteur privé et le cumul d'un emploi public avec une activité accessoire, pas de changement !! La liste des activités accessoires dont l'exercice, en cumul avec un emploi public, est susceptible d'être directement autorisé par l'autorité hiérarchique, n'a pas été modifiée par le décret du 30 janvier 2020, qui remplace celui du 27 janvier 2017¹³.

L'une des innovations les plus intéressantes de la loi du 6 août 2019 en matière de déontologie réside dans le contrôle préventif instauré en cas de retour d'un agent dans la fonction publique après avoir effectué une mobilité, ou d'un recrutement d'une personne venant du secteur privé (article 25 *octies* V). Le contrôle du rétro-pantouflage concerne donc tant les fonctionnaires de retour de détachement ou de disponibilité que les contractuels recrutés venant du secteur privé. La proposition figurait déjà dans le rapport d'information sur la déontologie des fonctionnaires des députés Fabien Matras et Olivier Marleix¹⁴.

Là encore, la loi TFP a mis en place un contrôle systématique par la HATVP pour les nominations sur des emplois à fort risque déontologique. Aux termes de l'article 25 *octies* V de la loi du 13 juil. 1983 modifié par la loi TFP, la Haute autorité est systématiquement saisie par l'autorité hiérarchique ou, à défaut, par la personne concernée, lorsqu'il est envisagé de

¹² Didier Jean-Pierre, « Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

¹³ Décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique.

¹⁴ F. Matras et O. Marleix, Rapport d'information AN n° 611 du 31 janvier 2018 sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts.

nommer une personne qui exerce ou a exercé au cours des trois dernières années une activité privée lucrative à un emploi relevant de l'une des catégories suivantes :

1° Les emplois de directeur d'administration centrale ou de dirigeant d'un établissement public de l'Etat dont la nomination relève d'un décret en Conseil des ministres ;

2° Les emplois de directeur général des services des régions, des départements, des communes de plus de 40 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants ;

3° Les emplois de directeur d'établissements publics hospitaliers dotés d'un budget de plus de 200 millions d'euros.

Pour les emplois « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* », lorsque l'autorité hiérarchique dont relève l'un des emplois aura un doute sérieux sur la compatibilité avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant l'entrée en fonction par la personne dont la nomination sera envisagée, elle saisira pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis de ce dernier ne permettra pas de lever ce doute, l'autorité hiérarchique saisira la Haute Autorité qui rendra un avis. La saisine de la Haute Autorité n'est pas permise cependant dans ce cas à la personne concernée. Le contrôle déontologique opéré par l'autorité hiérarchique, et le cas échéant, le référent déontologue puis la Haute autorité, ne porte donc pas sur la nomination préalable à n'importe quel emploi public mais uniquement ceux pour lesquels l'agent soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts. Il y a donc une asymétrie – que l'on a un peu de mal à justifier – entre le contrôle des départs vers le secteur privé, qui concerne tous les agents, et le contrôle préalable à la nomination, qui ne concerne que certains emplois considérés comme exposés à un risque déontologique élevé.

Le délai prévu par le décret du 30 janvier 2020 pour l'exercice du contrôle préalable à la nomination est bref : la Haute Autorité rend son avis **dans un délai de quinze jours** à compter de l'enregistrement de la saisine par l'autorité hiérarchique dont relève l'emploi

B. Les nouvelles prérogatives de la HATVP

Les prérogatives de la Haute Autorité sont, *grosso modo*, celles dont la Commission de déontologie avait été investie par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016. La loi TFP renforce tout de même certaines prérogatives de la HATVP afin de renforcer l'efficacité de ses contrôles.

Autosaisine.- Le pouvoir d'autosaisine avait été accordé à la Commission de déontologie en 2009 suite aux cas de collaborateurs de cabinet ministériels partis pantoufler et pour lesquels les ministères concernés n'avaient procédé à aucune saisine. Encore faut-il que la commission soit informée à temps d'une telle situation. La suite a montré que tel n'était évidemment pas le cas. Désormais, la Haute Autorité pourra se saisir, à l'initiative de son président, dans un délai de trois mois, soit à compter de la création ou de la reprise par un fonctionnaire d'une entreprise ou du début de l'activité de l'intéressé dans le secteur public ou privé, comme pouvait déjà le faire la Commission de déontologie, **soit à compter du jour où le président a eu connaissance d'un défaut de saisine préalable de la Haute Autorité, ce que ne pouvait faire dans cette dernière hypothèse la Commission de déontologie.** Cette mesure renforce ainsi considérablement l'intérêt de l'auto-saisine : la Haute Autorité pourra y avoir recours quand elle prend connaissance dans les médias d'une nouvelle affaire de pantouflage ou de rétro-pantouflage impliquant un haut fonctionnaire.

Pouvoirs d'investigation.- La Haute Autorité peut demander au fonctionnaire ou à l'autorité dont il relève ou dans lesquels il a été précédemment détaché ou a exercé des fonctions toute information ou tout document nécessaire à l'exercice des missions de la Haute Autorité. Elle pourra également recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Pour renforcer les pouvoirs d'investigation de la HATVP, la loi TFP prévoit que *« La Haute Autorité peut rendre un avis d'incompatibilité lorsqu'elle estime ne pas avoir obtenu de la personne concernée les informations nécessaires »*.

Publicité des avis.- Au terme de la procédure, la Haute Autorité rend, à l'instar de la Commission de déontologie, soit un avis de compatibilité, soit de compatibilité avec réserves, ou bien encore d'incompatibilité. L'amendement adopté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, imposant la publicité des avis rendus par la Haute Autorité au titre de ses fonctions de contrôle déontologique des agents publics, à condition que les agents aient effectivement pris le poste ayant fait l'objet du contrôle de compatibilité, n'a finalement pas vu le jour. La Haute Autorité pourra rendre publics les avis rendus, après avoir recueilli les observations de l'agent concerné. La Commission de déontologie avait déjà cette possibilité, qu'elle n'a utilisé qu'avec parcimonie puis qu'elle n'a publié qu'un seul avis relatif à un ancien collaborateur du président de la République ayant rejoint une société de sécurité¹⁵. Il faut espérer que la Haute Autorité aura le courage de rompre avec la culture du secret qui

¹⁵ Commission de déontologie, avis, 14 mars 2019, n° 19E1178, M. Alexandre B. : avis de compatibilité sous réserve.

entoure la pratique du pantouflage dans la haute fonction publique et qui n'est finalement révélée que par la presse.

Sanctions du non respect des avis.- Les sanctions attachées au non respect des avis de compatibilité avec réserves ou des avis d'incompatibilité sont les mêmes. Des sanctions disciplinaires peuvent être prises ; elles peuvent être accompagnées d'une retenue sur pension de 20 % lorsque le fonctionnaire concerné est retraité. Si l'agent est parti dans le secteur privé, la loi prévoit que le contrat prend fin sans préavis ni indemnité, ce qui pose problème, soulevé en séance publique par le député Olivier Marleix¹⁶, lorsque l'agent part travailler à l'étranger. S'agissant du contrôle préalable au recrutement dans la fonction publique, la loi TFP a prévu que « *l'administration ne peut procéder au recrutement de l'agent contractuel intéressé au cours des trois années suivant la date de notification de l'avis rendu par la Haute Autorité* » (art. 25 *octies* X de la loi du 13 juil. 1983). Petite nouveauté résultant de la loi TFP : l'article 25 *octies* X prévoit expressément que les avis de la Haute autorité « ***sont notifiés à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent*** ». Les députés n'ont pas obtenu la création de sanctions pénales supplémentaires, alors que les intéressés qui ne transmettent pas leurs déclarations d'intérêts et – ou – de patrimoine à la HATVP s'exposent à des peines de trois ans de prison et 45 000 euros d'amende dans le premier cas, et d'un an de prison et 15 000 euros d'amende dans le second, comme le prévoit l'article 25 *sexies* de la loi de 1983. Évidemment, si l'intéressé se trouve, du fait du non-respect de l'avis de la HATVP, en situation de prise illégale d'intérêt, il s'expose aux sanctions pénales prévues par l'article 432-13 du code pénal, soit trois ans de prison et 200 000 euros d'amende. Jusqu'ici, le risque pénal était largement virtuel : très peu de poursuites (une dizaine) ont été engagées sur le fondement de ces dispositions et elles concernaient essentiellement des élus locaux. On peut espérer que le nouveau système, visant à rendre le contrôle de la Haute autorité plus effectif, conduira à multiplier les poursuites pénales pour prise illégale d'intérêts.

Suivi des réserves.- La loi TFP a introduit à l'article 25 *octies* XII, de nouvelles dispositions visant à assurer le suivi des réserves émises par la Haute Autorité, qui peut, par exemple, interdire à un agent parti dans le privé, de prendre contact à titre professionnel avec ses anciens collègues ou les entreprises avec lesquelles il était en lien dans le cadre de ses fonctions administratives. Aux termes de ces dispositions, « *Durant les trois années qui suivent le début de l'activité privée lucrative ou la nomination à un emploi public, l'agent qui*

¹⁶ V. le compte-rendu intégral de la deuxième séance du vendredi 17 mai 2019. <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2018-2019/20190238.asp#P1723472>

a fait l'objet d'un avis rendu en application des 3° à 5° du II fournit, à la demande de la Haute Autorité, toute explication ou tout document pour justifier qu'il respecte cet avis. /En l'absence de réponse, la Haute Autorité met en demeure l'agent de répondre dans un délai de deux mois. /Lorsqu'elle n'a pas obtenu les informations nécessaires ou qu'elle constate que son avis n'a pas été respecté, la Haute Autorité informe l'autorité dont relève l'agent dans son corps ou cadre d'emplois d'origine pour permettre la mise en œuvre de poursuites disciplinaires. Elle peut publier le résultat de ses contrôles et, le cas échéant, les observations écrites de l'agent concerné ». Potentiellement, ces dispositions peuvent permettre à la Haute Autorité d'asseoir son autorité et sa légitimité, en s'assurant que les réserves qu'elle émet ne restent pas lettre morte. Pour ce faire, l'institution aura besoin de moyens humains et financiers conséquents, dont il n'est pas état dans la loi TFP.

Conclusion

Le système mis en place par la loi TFP doit permettre à la Haute Autorité de contrôler uniquement les cas présentant un risque déontologique élevé. Le double filtrage opéré par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue permet une analyse plus systématique et approfondie des situations individuelles. Il est vrai que le système reste tributaire de la bonne volonté de l'autorité hiérarchique, qui pourrait par paresse, ignorance, ou par complaisance avec l'agent, ne pas transmettre au référent déontologue un dossier individuel présentant un risque déontologique sérieux. L'efficacité du système dépendra en grande partie du dynamisme de la Haute autorité, et de sa capacité, avec l'aide du réseau des référents déontologues, à diffuser la culture déontologique au sein de la fonction publique.