

Le point sur...

Le discret régime juridique applicable aux proches du fonctionnaire

Clément Cadinot

DANS **REVUE FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE 2020/4 N° 176** , PAGES 1003 À 1013
ÉDITIONS **INSTITUT NATIONAL DU SERVICE PUBLIC**

ISSN 0152-7401

DOI 10.3917/rfap.176.0161

Date de mise en ligne : 28/01/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2020-4-page-1003?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Institut national du service public.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le point sur...

LE DISCRET RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX PROCHES DU FONCTIONNAIRE

Clément CADINOT

*Docteur en droit public, université de Bordeaux,
Centre d'études de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'État*

Résumé

Les proches du fonctionnaire ne sont pas soumis à un corpus juridique clairement identifiable. Ils font pourtant l'objet de dispositions parfois anciennes dans le statut de la fonction publique. Ces dispositions, qui ont été récemment étoffées avec des lois de 2016 et de 2019, portent sur la protection des proches d'une part, et sur des précautions quant à l'exercice de certaines activités de leur part, d'autre part.

Mots-clefs

Fonctionnaire, déontologie, protection fonctionnelle, conflit d'intérêts

Abstract

— *The discreet legal regime applicable to civil servants' relatives in France – There is no clearly identifiable body of legal provisions governing the relatives of the civil servant. The relative are, however, subject to provisions that sometimes date back a long way in the civil service status. These provisions, which were recently expanded with the laws of 2016 and 2019, concern the protection of relatives on the one hand, and precautions regarding their exercise of certain activities on the other.*

Keywords

Civil servant, Ethic, Functional Protection, Conflict of Interests

Le fonctionnaire, agent public titulaire d'un emploi permanent au sein de l'administration (Fortier, 2014), est soumis à « une situation statutaire et réglementaire »¹. Chaque fonctionnaire est soumis à ce régime *rationae personae*, tout en étant un citoyen dans l'exercice de ses fonctions (Taillefait, 2018, 567). À ce titre, il dispose d'une vie privée dans laquelle il a développé des relations avec des proches, au sein d'un cercle étroit formé, le plus souvent, par son couple (concubinage, mariage, pacte civil de solidarité) et ses ascendants et éventuels descendants. À cela s'ajoute un cercle plus étendu incluant le reste de sa famille et ses amis. Le statut applicable aux fonctionnaires n'a jamais été indifférent à ces proches. Déjà, le premier statut de 1946² prévoyait que « lorsque le conjoint d'un fonctionnaire exerce à titre privé une activité privée lucrative, déclaration doit en être faite à l'administration ou service dont relève le fonctionnaire » (art. 10). Le cas échéant, l'autorité hiérarchique était en charge de prendre « les mesures propres à sauvegarder les intérêts du service » après avis d'une commission administrative paritaire. Cette disposition visait à prévenir tout conflit d'intérêts, notion dont la définition législative fut posée en 2013³. Cette exigence a toujours été maintenue. L'intérêt du législateur s'est même accru à cet égard, au point qu'on a pu parler d'un « tournant déontologique » (Kerléo, 2017, 2246)⁴ durant les années 2010 (Brondel, 2011).

Le renforcement des exigences déontologiques à l'égard des fonctionnaires⁵, notamment avec la loi du 20 avril 2016⁶, puis celle du 6 août 2019⁷, est allé de pair avec le renforcement de la prévention des conflits d'intérêts avec leurs proches⁸. Les débats parlementaires de la loi de 2016 ont montré l'importance des mécanismes de prévention des conflits d'intérêts pouvant concerner les proches d'un fonctionnaire, mais également les mécanismes nécessaires pour assurer la protection de ces derniers⁹. La prévention du conflit d'intérêts ne s'arrête pas à la situation factuelle du fonctionnaire avec ses proches qui est en définitive peu décisive. Importe davantage la situation professionnelle de ces proches comme, par exemple, lorsque le conjoint est impliqué dans une relation avec l'administration dans le cadre d'une passation de contrats ou d'un recrutement contractuel. Un conflit d'intérêts peut alors surgir avec l'administration qui emploie son conjoint, ou avec l' élu qui dispose du pouvoir de nomination ou de passation du contrat. Les proches ne sont cependant pas uniquement perçus comme des risques. Au contraire, le statut les prend également en compte favorablement, notamment en octroyant à l'agent les congés

1. Article 4 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

2. Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.

3. L'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

4. Expression employée en raison des dispositions législatives adoptées en matière de déontologie dans un grand nombre de domaines : la loi du 11 octobre 2013 précitée, la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats.

5. Sont exclus ici les emplois aidés, contrats d'apprentissage ou les collaborateurs de cabinet. Ces emplois non-permanents peuvent toutefois être exercés par un fonctionnaire à la condition de sa mise en disponibilité ou de son détachement.

6. Loi n° 2016-486 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, ci-après loi de 2016 ou loi Déontologie.

7. Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

8. L'exposé des motifs et les documents préparatoires de la loi de 2016 sont mus par un élan similaire à celui de la loi Transparence de 2013, à savoir la volonté de moderniser le statut, de renforcer la confiance envers les fonctionnaires et les usagers. V. le dossier législatif : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027721584&type=general>

9. Sur la protection des proches, les débats soulignent « l'inquiétude » parfois éprouvée par les fonctionnaires (1^{ère} séance, 7 oct. 2015) et le « soutien inconditionnel » qui doit y être apporté (CMP, 5 avril 2016).

parentaux et liés aux charges familiales, les aménagements d'horaires, les autorisations d'absences ou encore le supplément familial de traitement.

Cette prise en compte duale – exigence déontologique à l'égard des proches, d'un côté, et protection de ces mêmes proches, de l'autre – vise un seul et même but : la préservation de l'intérêt général et de la bonne marche du service. Cette finalité apparaît de manière évidente quant aux conflits d'intérêts, qui sont un risque voire un danger pour l'action publique ; elle l'est moins quant à la protection des proches du fonctionnaire. Et pourtant, en offrant à l'agent la protection de ses proches, l'administration lui offre par là même la sérénité nécessaire pour l'exécution de sa mission. Cet article a donc pour objectif de présenter le régime juridique applicable aux proches du fonctionnaire. À l'analyse, c'est un régime juridique en demi-teinte, discret du moins, qui se dessine, entre protection et précautions.

LA PROTECTION DES PROCHES DU FONCTIONNAIRE

La prise en compte des proches du fonctionnaire par le droit public a lieu d'un double point de vue : fonctionnel d'abord, social ensuite.

L'extension de la notion de proches dans le cadre de la protection fonctionnelle

La protection fonctionnelle¹⁰, à savoir l'obligation faite à l'administration de protéger et de porter assistance à ses agents, n'a longtemps concerné que les seuls agents. La loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (dite LOPSI) de 2003¹¹ l'étendit aux proches d'agents relevant de certains corps de l'État exposés à des risques¹² (notamment les policiers et gendarmes)¹³. Il revenait alors au fonctionnaire d'effectuer une demande. En revanche, les « conjoints, enfants et ascendants directs » ne pouvaient solliciter une telle protection qu'en cas de décès de l'agent, et si ce décès était survenu dans l'exercice de ses fonctions ou était survenu du fait de celles-ci. À l'origine applicable uniquement à l'époux(se) d'un fonctionnaire, la protection fonctionnelle fut étendue en 2016 à toutes les situations de couple (concubinage, mariage, pacte civil de solidarité).

Portée dès le projet de loi du gouvernement en 2013, cette mesure ne fit l'objet d'aucun amendement. Lors de l'examen de cette loi, le rapport sénatorial soulignait l'intérêt d'aligner le régime de protection des proches de tous les fonctionnaires sur celui de la loi LOPSI (Vasselle, 2015), ce qui fut effectué. Désormais, la protection peut être demandée par toute

10. Cette protection peut prendre la forme d'une assistance juridique à l'agent lorsqu'il a porté plainte, ou même, dans certains cas, la réparation des préjudices subis.

11. Article 112 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, repris au L. 113-1 du code de la Sécurité intérieure.

12. Pour quelques statistiques, consulter *le Guide de prévention des violences et des situations de harcèlement dans la fonction publique*, DGAFP, 2017, 72 p., p. 7 : « 43 % des agents de la fonction publique vivent des situations de tension dans leurs rapports avec le public ; près de 5 % déclarent avoir été victimes, au cours des douze derniers mois, d'une agression physique ou sexuelle de la part du public ». Les familles les plus exposées sont celles des métiers de la justice et de la sécurité [https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/publications/politiques_emploi_public/guide-prevention-situations-violences.pdf].

13. Outre les fonctionnaires dépositaires de l'autorité publique étaient concernés les « membres du corps préfectoral et du cadre national des préfectures ».

personne relevant d'une catégorie prévue à l'article 11 du statut. La nouvelle version de cette liste ajoute le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ainsi que les enfants ou ascendants directs (Niquège, 2018, 419). La protection peut être accordée à ces proches « pour les instances civiles et pénales qu'ils engagent contre les auteurs d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne » dont ils sont eux-mêmes victimes ¹⁴ (en ce cas les proches cherchent à obtenir leur propre protection) ou dont le fonctionnaire est victime ¹⁵ (en ce cas les proches cherchent à protéger le fonctionnaire au profit duquel ils engagent une action judiciaire).

La loi du 20 avril 2016 recèle deux éléments d'importance. Le premier est la prise en compte, désormais, de toutes les situations de couple possibles. Le second est le changement de logique entre la loi de 2003 et celle de 2016 : alors que la protection était étendue aux proches à la demande de l'agent, désormais, ces derniers peuvent directement en formuler la demande. Les considérations entre les intérêts de l'administration et ceux de l'agent considéré comme individu ayant une vie privée et familiale ont donc été réévaluées. Si la protection fonctionnelle est une obligation de l'administration envers l'agent qui la sollicite, il s'agit également d'un mécanisme par lequel l'administration se protège elle-même (Koubi, 2014). L'administration est tenue de remplir cette obligation sauf existence d'une faute personnelle par laquelle l'agent se désolidarise de son service. L'administration doit procéder à l'examen de la situation durant laquelle la protection de l'agent est appréciable, voire nécessaire (Bédarrides, 2014). Dans la pratique, le refus de l'administration est rare et susceptible d'un recours. Le plus souvent d'ailleurs, les juridictions administratives sanctionnent les refus. Dès lors, l'élargissement du champ de la protection fonctionnelle en 2016 paraît être un avantage pour l'agent plus que pour l'administration. La loi du 20 avril 2016 semble donc consacrer un droit subjectif à la protection. Cependant, on peut envisager que ce nouveau mécanisme est aussi une façon pour l'administration de garantir son bon fonctionnement et d'assurer la sérénité de ses agents. L'extension de la protection fonctionnelle au profit des proches prend alors un tout autre sens : ce n'est pas l'agent qui l'actionne comme un droit individuel, mais ses proches, principaux intéressés, qui le font (bien qu'ils doivent justifier leur démarche).

L'étroitesse de la notion de proches au sens de la législation sur les pensions

Si le champ d'application de la protection fonctionnelle a été étendu par le législateur en 2016, la liste des proches pouvant bénéficier de la pension de réversion n'a, en revanche, pas été retouchée. Les éventuels bénéficiaires, qui doivent la demander auprès de la caisse du fonctionnaire ¹⁶, se limitent au « conjoint » (article L. 38 du code des pensions) et aux enfants issus du mariage. Précisément, le « conjoint » au sens du code s'entend uniquement comme l'époux(se) dans la jurisprudence administrative. Ainsi, la sœur d'un fonctionnaire décédé « ne constitue pas un ayant droit pouvant prétendre au versement du capital décès,

14. Premier alinéa du V de l'article 11.

15. Deuxième alinéa du V du même article.

16. La demande par formulaire doit être adressée au Service des retraites de l'État (SRE) pour la fonction publique d'État ou à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales (CNRACL) pour la fonction. Une demande peut également être envoyée à la Retraite additionnelle de la fonction publique (RAFP) pour la complémentaire retraite obligatoire pour les fonctionnaires y assujettis par la loi n° 2003-775 du 21 août 2003.

d'une pension de réversion » au regard du code de la sécurité sociale ni du L. 38 du code des pensions ¹⁷.

La différence de traitement entre couples mariés ou non a été particulièrement contestée. Elle fut d'abord contestée par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme. La veuve d'un fonctionnaire demanda à l'administration que soit prise en compte « la totalité de la période de vie commune avec son époux » pour le calcul de sa pension de réversion, indépendamment du statut juridique sous lequel ils purent vivre. Pour le Conseil d'État, l'exigence législative d'un mariage n'est pas contraire à Convention européenne des droits de l'homme ¹⁸. La différence de traitement s'appuie en effet sur « [l]es dispositions du code civil » selon lesquelles « les conjoints sont assujettis à une solidarité financière et à un ensemble d'obligations légales » qui ne pèsent pas sur les situations de concubinage. Dès lors, la distinction opérée par la loi ne constitue pas une discrimination prohibée par la Convention.

La contestation fut ensuite portée sur le terrain de la constitutionnalité. Une requérante, concubine puis épouse d'un fonctionnaire, avançait que le bénéfice de la pension de réversion aux seuls couples mariés méconnaissait le principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC ¹⁹, estima que, d'entre les trois possibilités qui s'offrent à un couple (concubinage, mariage et pacte civil de solidarité), seul le mariage grève les époux de droit et d'obligations réciproques, ce qui justifie que la pension de réversion ne concerne que les époux ²⁰. Cependant un mariage putatif, c'est-à-dire déclaré nul, quoique contracté de bonne foi ²¹, ouvre droit au bénéfice de la pension de réversion au « conjoint » survivant du fonctionnaire (De Montecler, 2014, 2505) ²².

S'agissant des descendants bénéficiaires, la pension de réversion est accordée aux enfants orphelins d'un fonctionnaire dès lors qu'ils sont âgés de moins de 21 ans et qu'ils sont « légitimes, légitimés ou naturels », ou encore adoptifs pour autant que leur filiation soit légalement établie (articles L. 40 et L. 41 du code des pensions). Selon le Conseil d'État, une telle pension est « un droit propre de l'enfant » ²³, distincte à ce titre de la part d'autres ayants cause.

En principe, la pension de réversion fait l'objet d'un partage entre tous les « lits représentés », à savoir le conjoint survivant ou divorcé du fonctionnaire ainsi que les orphelins si l'autre parent n'a pas ou n'a plus droit à pension. S'agissant des conjoints, le partage est fonction du mariage, du divorce ou du remariage du fonctionnaire, et s'effectue au *prorata* de la durée des unions (article L. 43). Une QPC arguant de la méconnaissance du principe d'égalité entre les conjoints survivants ou divorcés selon qu'ils étaient concurrents ou solidaires des orphelins du fonctionnaire fut soulevée en 2013 ²⁴. Selon le Conseil constitutionnel, « aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle » n'imposait au législateur que « la part de la pension revenant à un lit qui cesse d'être représenté accroisse celle des autres lits » ²⁵. L'article fut déclaré conforme à la Constitution.

17. Alors même que la sœur en question ne prétend pas directement à cette pension, mais qu'elle demande la reconnaissance de l'imputabilité du service dans le suicide de son frère. CAA de Nantes, 6^e chambre, 30 avril 2019, n° 17NT02078, inédit au recueil Lebon.

18. CÉ, 1^{ère} et 6^e ssr., 18 juin 2010, n° 315076

19. CÉ, 7^e et 2^e ssr., 27 mai 2011, n° 347734, inédit au recueil Lebon.

20. CC, décision n° 2011-155 QPC, 29 juillet 2011.

21. Article 201 du code civil. Un tel statut suppose la bonne foi de l'un au moins des époux ainsi qu'un minimum de célébration.

22. CÉ, 7^e et 2^e ssr., 19 décembre 2014, n° 376642.

23. CÉ, Section du Contentieux, 27 juillet 2015, n° 375042, publié au recueil Lebon, considérant 3.

24. CÉ, 1^{ère} et 6^e, 17 juillet 2013, n° 368256, inédit au recueil Lebon.

25. CC, décision n° 2013-348 QPC du 11 octobre 2013, considérant n° 5.

Le remariage ou la mise en concubinage notoire de l'ancien(ne) époux(se) entraîne la perte du droit à pension (article L. 46, 1^{er} alinéa). Si le droit à pension peut renaître si cette nouvelle union cesse, il importe au bénéficiaire de la pension de déclarer cette nouvelle union au risque de devoir rembourser les sommes perçues. En toute rigueur en effet, l'administration qui verse la pension est en droit de réclamer les sommes versées²⁶ : l'article L. 94 dispose que peuvent être réclamés les arrérages de l'année au cours de laquelle l'indu a été constaté ainsi que des trois années précédentes. Plus encore, en « cas de fraude, omission, déclaration inexacte ou de mauvaise foi de la part du bénéficiaire », c'est l'ensemble des sommes versées qui deviennent exigibles de la part de l'administration. Or, il arrive fréquemment que les bénéficiaires déclarent leur changement de situation tardivement, voire pas du tout. Les sommes portent alors sur plusieurs années. Néanmoins, si le droit à pension de réversion est régi par les dispositions en vigueur à la date du décès de l'ayant cause, « la restitution des sommes payées indûment au titre d'une pension est soumise, en l'absence de disposition contraire, aux dispositions en vigueur à la date à laquelle l'autorité compétente décide de procéder à la répétition des sommes indûment versées »²⁷. Il importe alors au conjoint qui a bénéficié de la pension de déterminer les dispositions relatives à la prescription extinctive qui étaient applicables au moment de l'action²⁸ afin d'éviter le remboursement des sommes en jeu²⁹. L'élément décisif est donc la date à laquelle l'administration agit³⁰.

En définitive, le droit applicable aux proches du fonctionnaire leur offre une protection qui, au fil du temps, reste stable dans certains domaines et s'accroît dans d'autres. Cependant, les activités des proches des fonctionnaires peuvent parfois interférer avec les intérêts et les valeurs de l'administration. Des dispositions ont été prises pour éviter, et le cas échéant sanctionner, ceux qui porteraient atteinte à l'intérêt général ou entraveraient la bonne marche des services.

LA PRÉCAUTION : LES DISPOSITIONS DÉONTOLOGIQUES À L'ÉGARD DES PROCHES DU FONCTIONNAIRE

Depuis 2013, le législateur a essentiellement cherché à éviter les conflits d'intérêts (Kerléo, 2017, 2246), en instaurant des mécanismes de précaution. Les dispositions qui mentionnent les proches demeurent peu nombreuses et surtout, les mécanismes pour prévenir ou remédier aux conflits d'intérêts s'adressent le plus souvent au fonctionnaire qui est seul lié à l'administration. Deux mécanismes déontologiques existent : la déclaration d'intérêts du fonctionnaire et l'encadrement de la nomination de ses proches.

26. Il peut s'agir de la SRE ou de la CNRACL déjà mentionnées, ou encore de la Direction régionale des Finances publiques.

27. Conseil d'État, 7^e et 2^e chambres réunies, 19 avril 2017, n° 398382.

28. Notamment les articles 2244 et 2277 du code civil.

29. Conseil d'État, 7^e et 2^e ssr., 20 septembre 2019, n° 420489 ; 7^e, 13 novembre 2019, n° 422222, inédit au recueil Lebon.

30. Pour une illustration, CÉ, 7^e et 2^e ssr., 20 septembre 2019, n° 420685, inédit au recueil Lebon. V. au considérant 9, le contrôle de l'appréciation par laquelle « le tribunal administratif de Paris a pu estimer [...] que l'action de la CNRACL en répétition des sommes indûment versées à Mme A... [...] n'était pas prescrite à la date des décisions attaquées ». De même, 7^e et 2^e ssr., 20 septembre 2019, n° 420909, inédit au recueil Lebon ; n° 420406.

La déclaration d'intérêts du fonctionnaire

La déclaration d'intérêts créée par la loi de 2016 est une innovation majeure. Elle vise à éviter le conflit d'intérêts qui peut se présenter sous deux formes. La première est celle du conflit d'intérêts direct dans lequel l'agent est seul concerné vis-à-vis de l'administration (que le contrôle du cumul d'activités a pour but de prévenir). La seconde est celle du conflit indirect, dans lequel l'agent se retrouve impliqué dans un conflit entre, d'une part, ses proches – dont son conjoint – et, de l'autre, son administration. Comme évoqué en introduction, l'hypothèse d'un conflit d'intérêts était déjà prévue par l'article 10 du Statut de 1946 précité. L'interdiction faite au fonctionnaire d'avoir des intérêts en propre (par exemple, des titres de capital dans une entreprise) ou « *par personne interposée* »³¹ démontre l'élargissement de la perspective par le législateur : les intérêts dont l'administration est en droit de connaître, voire de préserver, ne sont pas uniquement ceux du fonctionnaire, mais également ceux de ses plus proches. Un pas supplémentaire fut franchi en 2016 lorsque fut inscrit dans le statut le principe selon lequel « [l]e fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver »³². L'objectif étant d'éviter le conflit d'intérêts, la méthode repose donc sur la prévention, sur les précautions, et se concrétise notamment par le dépôt d'une déclaration.

La déclaration d'intérêts de la loi de 2016 concerne un ensemble de fonctionnaires dont « le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient » ainsi que les militaires³³ : ceux-ci doivent fournir une déclaration « exhaustive, exacte et sincère de [leurs] intérêts »³⁴, et ce avant leur nomination. Le législateur a laissé au pouvoir réglementaire le soin d'établir cette liste par décret adopté en Conseil d'État. Le décret du 28 décembre 2016³⁵ (plusieurs fois modifié³⁶) vise pour l'essentiel des emplois à haut niveau de responsabilité, explicitement désignés³⁷, ou concernés à raison d'un pouvoir décisionnel précis³⁸. Une circulaire³⁹ précise ce décret quant aux emplois visés, mais aussi et surtout en définissant les éléments qui doivent être déclarés. Parmi ces derniers, des activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification, des activités de consultant et des mandats électifs. S'agissant des proches, la déclaration d'intérêts des fonctionnaires concernés doit mentionner « les activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint ». Fournie par le fonctionnaire à l'autorité de nomination sous peine de poursuites pénales⁴⁰ et de nullité de la nomination⁴¹, la déclaration est ensuite transmise à l'autorité hiérarchique qui est alors chargée de relever tout éventuel conflit d'intérêts. En pareil cas,

31. Nous soulignons cette interdiction posée dans le Statut dès 1959.

32. I de l'article 25 *bis*.

33. Articles L.4122-5 à L.4122-8 du code de la défense issus de la loi de 2016.

34. Articles 25 *ter* et suivants du Statut.

35. 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. D'autres décrets furent pris, notamment pour les emplois relevant du code de la défense : décret n° 2017-38 du 16 janvier 2017, décret n° 2018-63 du 2 février 2018.

36. Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique ; décret n° 2020-37 du 22 janvier 2020 modifiant le décret n° 2016-1967... Pour une synthèse : Demunck, 2020, 62.

37. Directeur général des services, Secrétaire général de préfecture, par exemple.

38. Délivrance d'agrément, signature de contrats de marchés publics, notamment.

39. Circulaire NOR : CPAF1831466C du 4 décembre 2018 relative à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts dans la fonction publique de l'État.

40. D'après l'article 25 *sexies* du Statut, précisé par la circulaire du 4 décembre 2018 précitée, l'absence de transmission de déclaration ou l'omission d'informations substantielles dans celle-ci est puni par une peine pouvant aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

41. CE, 4^e et 1^{re} ch. réunies, 26/01/2018, n° 408215.

l'autorité hiérarchique prend toute les « mesures nécessaires pour y mettre fin ou enjoint au fonctionnaire de faire cesser cette situation dans un délai qu'elle détermine ».

D'autres fonctionnaires, dont les responsabilités sont plus élevées encore, adressent une déclaration non pas d'intérêts, mais patrimoniale ⁴² auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (ci-après Haute Autorité ou HATVP) (article 25 *quinquies*). Alors que la déclaration d'intérêts porte essentiellement sur les activités du fonctionnaire, la déclaration patrimoniale porte (comme son nom l'indique) sur ses biens et ses titres, notamment les « achats [et] ventes de biens immobiliers, d'entreprises, de fonds de commerce, de clientèles, de charges ou d'offices, emprunts contractés, successions reçues, libéralités reçues ou faites », ainsi que les biens possédés au titre de la communauté matrimoniale, en France ou à l'étranger ⁴³. La transparence a donc guidé le choix du législateur (Villeneuve, 2017, 596).

Par parallèle, le pouvoir réglementaire a accentué la prévention des conflits d'intérêts, notamment par la création d'un « contrôle préalable » effectué sur l'activité lucrative des trois dernières années indiquées dans la déclaration d'intérêts de fonctionnaires désignés et occupant un poste à responsabilités ⁴⁴. L'autorité de nomination doit « examiner [r], préalablement à la nomination, si l'activité qu'exerce ou a exercée l'intéressé risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de le mettre en situation de méconnaître tout principe déontologique ». En cas de difficulté, elle saisit sans délai le référent-déontologue.

Le référent-déontologue de la fonction publique a été instauré par la loi de 2016, complétée par un décret de 2017 ⁴⁵. Un référent-déontologue est désigné dans chaque administration ou service (dans la fonction publique d'État), collectivité, établissement public et établissement hospitalier au sens de la loi de 1986 (Ferstenbert, 2020, 857). Cette désignation revient au chef de service dans la fonction publique d'État ou à l'autorité territoriale dans la fonction territoriale ⁴⁶. Un choix leur est offert entre un unique référent ou un collège déontologique que tout fonctionnaire peut solliciter (Untermaier-Kerléo, 2019). Le plus souvent, ce choix est fonction de l'effectif en personnel ou des missions du service ⁴⁷. Les référents peuvent aider fonctionnaires et autorités de nomination dans l'étude des situations concrètes, y compris s'agissant des situations qui impliquent un proche. Tenu « au secret et à la discrétion professionnels » (article 7 du décret), le référent est en charge de faire cesser tout conflit d'intérêts (article 9), mais également d'apporter une expertise à tout agent qui le sollicite. Sur ce point, ce sont à nouveau le cumul d'activités et les demandes à formuler auprès du supérieur hiérarchique qui sont au centre des discussions (Untermaier-Kerléo, 2019). Sans doute les référents-déontologues forment une

42. V. la circulaire du 27 juillet 2017 relative à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale dans la fonction publique de l'État.

43. Les éléments sont énumérés à l'annexe I du Décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique auquel renvoie celui de 2016 précité.

44. Décret du 30 janvier 2020 précité.

45. Décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

46. Selon un rapport parlementaire, « les fonctions de référent déontologue sont exercées par un agent de la collectivité ou une personnalité extérieure, comme un professeur d'université » (Chalas, 2019).

47. Les données et statistiques existent, mais ne sont pas centralisées. En particulier, chaque centre de gestion est tenu de produire un rapport annuel sur l'activité des référents déontologue. Ces données sont intéressantes, mais demeurent casuistiques. Remerciements sont ici faits à l'Observatoire de l'éthique publique pour les orientations qui nous ont été fournies. Néanmoins, d'après la Fédération nationale des centres de gestion, les centres de gestion qui assurent la désignation des référents dans les collectivités territoriales affiliées, désignent, à hauteur de 50 %, un collège déontologique, formé par 3 personnes dans 64 % de ces cas ; Question écrite n° 14350 du 13 février 2020 : <http://www.senat.fr/questions/base/2020/qSEQ200214350.html>.

aide appréciable dans la gestion des relations entre l'administration et le cercle personnel du fonctionnaire.

Si les dispositions qui mentionnent explicitement le conjoint sont peu nombreuses ⁴⁸, la situation de ce dernier, et plus largement celle des proches du fonctionnaire, est au cœur des préoccupations du législateur et du pouvoir réglementaire. Il serait en effet absurde que la déclaration d'intérêts remise par l'agent, même de bonne foi, omette des informations sur son conjoint – voire ses proches – si elles sont en lien ou contradictoires avec les intérêts de son service. En ce sens, le Guide de la Haute Autorité de 2020 indique que, si l'activité professionnelle du conjoint est principalement visée, « toute question relative » à ce dernier est pertinente si elle concerne l'agent ou l'administration dont il relève (HATVP, 2020, 40). La déclaration d'intérêts vise d'ailleurs à prévenir que la situation ne « dégénère » en une prise illégale d'intérêts (Aubin, 2019), réprimée par l'article L. 432-12 du code pénal et interprétée de manière extensive par les juridictions pénales (Aubin, 2019). Le juge pénal a d'ailleurs posé une présomption de conflit d'intérêts lorsqu'un fonctionnaire ou un élu entretiennent avec le candidat à un marché public dont ils ont la charge une relation d'amitié de longue date et communiquent régulièrement avec lui par téléphone ⁴⁹. Cette situation jette un « soupçon d'impartialité » de nature à annuler la passation du contrat ⁵⁰ (Villeneuve, 2016, 410).

Le cumul d'activités, c'est-à-dire l'exercice d'une activité professionnelle en plus de son emploi public ⁵¹, est un point particulièrement visé par les nouvelles dispositions législatives puisqu'il peut être générateur d'un conflit d'intérêts. Le cumul d'activité demeure interdit par principe (article 25 *septies*) bien que deux exceptions soumises à conditions existent. Tout nouveau fonctionnaire doit donc renoncer à son activité privée. Il arrive parfois que ses proches, notamment le conjoint, soient impliqués dans cette ancienne activité privée, par exemple dans le cas d'une société dans laquelle le couple était associé ⁵². Si le fonctionnaire renonce à son activité, son ou sa conjoint(e) peut néanmoins conserver la sienne, mais cette situation devra être indiquée dans la déclaration. Si un conflit d'intérêts surgit malgré tout, le plus prudent sera de renoncer à l'intérêt ou d'en confier la gestion à une personne mandatée.

En cas de conflit d'intérêts relevé par l'autorité hiérarchique, notamment lorsque le proche d'un fonctionnaire est impliqué, les mesures à prendre sont graduelles. Les « mesures adaptées » qu'elle doit prendre peuvent consister en l'incitation du fonctionnaire à résoudre la situation. Que reste-t-il à faire toutefois ? Étant donné qu'un fonctionnaire dispose du droit d'être nommé dans un emploi vacant de son grade ⁵³, il est délicat et peu

48. Article 25 *quinquies* du Statut et Décret de 2016 précité.

49. C. Cass, ch. crim., 13 janvier 2016, 14-88.382, Inédit.

50. CE 14 oct. 2015, *S^{ie} Applicam*, n° 390968.

51. La circonstance que le fonctionnaire n'ait pas bénéficié d'une rémunération au titre de cette activité privée est indifférente dès lors qu'elle avait une nature privée et un objet lucratif, CE, Section du Contentieux, 16/07/2014, n° 355201, point 5. Dans le même sens, CAA de Paris, 6^e chambre, 9 avril 2019, n° 17PA02404, inédit au recueil Lebon, point 6.

52. Sur une telle possibilité, v. la décision du 31 juillet 2009 du Conseil d'État, 7^e et 2^e srr., n° 299959, inédit au recueil Lebon. Dans cette affaire, un chargé de recherches recruté par l'École polytechnique avait créé avec son épouse une société qui s'était associée à l'École. Or, cet agent en détenait toujours près de la moitié des parts tandis que son épouse, demeurée dans ladite entreprise, en était l'actionnaire majoritaire. Voir également l'affaire dans laquelle un agent public contractuel avait créé avec son épouse une société de *consulting* en aménagement du territoire alors qu'il était chargé de projet pour l'aménagement du tramway dans la Communauté urbaine de Bordeaux. La juridiction a estimé que l'absence de demande de cumul d'activités de la part de l'agent, malgré les demandes de sa hiérarchie en ce sens, a été constitutive d'une faute au regard de l'article 25 de la loi de 1983 et a ainsi fondé son licenciement.

53. Conseil d'État, Assemblée, 11 juillet 1975, n° 95293.

commode d'agir à l'encontre d'une personne nouvellement nommée. La situation est d'autant plus difficile que l'autorité hiérarchique à laquelle revient la charge de prendre des mesures nécessaires n'est pas forcément l'autorité de nomination. On remarque au passage que les dispositions de 2016 ont « conduit [...] à un rôle accru du chef de service » (Villeneuve, 2016, 297), lequel est aussi en charge de la discipline et de l'organisation du service. Déontologie et discipline semblent donc plus sœurs jumelles que sœurs ennemies (Niquège, 2014, 279-290). D'un autre côté, si la situation n'est pas résolue par l'autorité hiérarchique au moment de l'entrée en fonction de l'agent, le conflit d'intérêts risque de se concrétiser. Les mesures que peut prendre l'autorité hiérarchique sont avant tout prudentielles et non disciplinaires. En cas de doute quant à l'existence d'un conflit ou de difficulté avérée à le déceler, elle peut saisir le référent-déontologue, lequel peut saisir la Haute Autorité (la saisine est directe dans certains cas établis par la loi et le règlement) qui peut émettre des recommandations pour faire cesser la situation. Du côté du fonctionnaire, « la prévention des conflits d'intérêts s'analyse comme une obligation d'abstention et de déport » (Villeneuve, 2016, 297), solution qui a été concrétisée dans la loi de 2017 modifiant la loi « Transparence » de 2013 et dans le décret de 2014⁵⁴. Le fonctionnaire devra s'y résoudre chaque fois que nécessaire, de sa propre initiative ou à la demande de sa hiérarchie. Certaines situations témoignent de cette nécessité⁵⁵.

La nomination du proche du fonctionnaire

La loi de 2017 relative à la Confiance dans la vie politique a modifié les règles en matière de nomination. Cette loi, qui visait avant tout le personnel politique de l'État, a également modifié le statut de la fonction publique territoriale⁵⁶, concernant les autorités de nomination. Les liens d'intérêts entre élus, fonctionnaires et proches des uns ou des autres sont possibles de manière directe ou indirecte. Un élu peut être amené à nommer un de ses proches ou le proche d'un fonctionnaire qui relève de son pouvoir de nomination dans sa collectivité. Toutes ces situations sont désormais davantage balisées par le droit. La liberté de recrutement des autorités territoriales est encadrée (Dyens, 2019, 272 ; 2017, 608). Si la liberté reste le principe (alinéa 1^{er} du I.), la loi « organise un système à double détente » en visant deux cercles autour de l'autorité de nomination (Dyens, 2019).

Dans le cas des concours, si la seule circonstance qu'un membre du jury connaisse un candidat ne suffit pas à justifier qu'il s'abstienne de siéger, il en va autrement lorsqu'il entretient avec ce candidat des liens tenant à la vie personnelle, ce qui impose qu'il s'abstienne de siéger en vertu du principe d'impartialité⁵⁷. Il peut en aller de même dans les commissions paritaires amenées à évaluer l'avancement du proche d'un de ses membres. Ce cas concret montre au passage la possible articulation entre les règles déontologiques s'appliquant aux fonctionnaires et d'autres dispositifs, ici le droit de la commande publique. Ces hypothèses montrent encore que les décisions dans un service ou une administration peuvent résulter du manquement d'un de leurs fonctionnaires à ses devoirs déontologiques. La nomination d'un de leur proche à un poste d'agent public fait donc l'objet d'un encadrement.

54. Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

55. CAA Bordeaux, 21 décembre 2017, 15BX02999.

56. Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, en son article 15.

57. CÉ, 7 juin 2017, n° 382986.

Références bibliographiques

- Aubin, Emmanuel (Juillet 2019), Encyclopédie des collectivités locales/Chapitre 11 – Agents publics territoriaux : responsabilité pénale, *Dalloz*.
- Bédarrides, Édouard (2014), « Les contours et enjeux de la protection fonctionnelle », in Fortier dir. (2014), p. 263-270.
- Brondel, Séverine (2011), « Des propositions pour faire émerger une nouvelle culture déontologique dans la vie publique », *Dalloz actualités*.
- Chalas, Emilie (2019), Rapport n° 1924 fait par Mme Émilie Chalas au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi, Assemblée nationale.
- De Montecler, Marie-Christine (2014), « Le mariage putatif ouvre droit à pension de réversion », *AJDA*, p. 2505.
- Demunck, Claire (2020), « Loi TFP : suite des décrets d'application », *AJCT*, p. 62.
- Descamps-Crosnier Françoise (2015), *Rapport n° 3099*, Assemblée nationale.
- Dyens, Samuel (2017), « Interdiction des emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales : une fausse simplicité ? », *AJCT*, p. 608.
- Dyens, Samuel (2019), « Conflits d'intérêts et prise illégale d'intérêts dans la gestion des ressources humaines », *AJCT*, p. 272.
- Fortier, Charles (2014), « La fonction publique française, le bateau ivre ? », in Fortier, Charles, dir. (2014), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?* Paris, Dalloz, p. 1-12.
- Ferstenbert, Jacques (2020), « Le référent déontologue dans les collectivités territoriales », *AJDA*, p. 783.
- Haute Autorité pour la transparence de la vie politique (mai 2020), *Guide pratique*, Paris, 122 p.
- Kerléo, Jean-François (2017), « Les dispositions relatives aux élus et aux membres du gouvernement », *AJDA*, p. 2246.
- Koubi, Geneviève (2014), « Débats », in Fortier dir. (2014), p. 271-278.
- Niquège, Sylvain (2014), « Discipline et déontologie : de l'art et des manières de faire corps », in Fortier dir. (2014), p. 279-290.
- Niquège, Sylvain (2018), « L'approfondissement des droits statutaires depuis la loi "Déontologie" du 20 avril 2016 », *RFDA*, n° 3, p. 419.
- Taillefait, Antony, 2018, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 567 p.
- Tauran, Thierry, « Observations sous Cour de cassation (1^{re} civ.), 12 décembre 2018... », 28 février 2019, *RDSS*, p. 173.
- Untermaier-Kerléo, Élise (2019), « Le référent déontologue au sein de la fonction publique. Premier bilan et perspectives d'évolution », Paris, Observatoire de l'éthique publique.
- Vasselle, Alain (2015), *Rapport n° 274*, Sénat.
- Villeneuve, Pierre (2016), « Loi "Déontologie" : cumul d'activités et prévention des conflits d'intérêts », *AJCT*, p. 297.
- Villeneuve, Pierre (2017), « Autour des mots... moralisation, confiance, transparence, exemplarité... », *AJCT*, p. 596.
- Villeneuve, Pierre (2016), « Un soupçon d'impartialité suffit pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts », *AJCT*, p. 410.