



VINCENT CADOUX,
avocat,
cabinet Seban et associés

Contrôle

La loi du 6 août 2019 a instauré un contrôle déontologique préalable au recrutement d'un agent qui a exercé, dans les trois dernières années, une activité privée lucrative.

Champ d'application

Ne sont donc concernés par ce contrôle que les emplois de direction ou impliquant d'importantes responsabilités au sein des administrations. Les autres en sont exonérés.

Prévention

La prudence devrait conduire l'administration à procéder systématiquement à un contrôle déontologique lorsqu'elle recrute un agent venant du secteur privé.

Déontologie

La prévention des conflits d'intérêts lors du recrutement d'un agent venant du privé



La loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 se donnait notamment pour objectif de développer les échanges de personnels entre les secteurs publics et privés. Pour répondre aux risques de conflit d'intérêts que ces échanges sont susceptibles de générer, la même loi a fait évoluer les contrôles déontologiques en supprimant la commission de déontologie et confié aux administrations l'essentiel de ses missions.

Elle a instauré un nouveau contrôle déontologique préalable au recrutement d'un agent qui a exercé, dans les trois dernières années, une activité privée lucrative (1). Encore récent, ce contrôle est peu maîtrisé et son objet est mal compris, alors qu'il présente un enjeu majeur pour les administrations.

L'OBJET DU CONTRÔLE DÉONTOLOGIQUE PRÉALABLE À LA NOMINATION

Le contrôle a pour objet d'examiner « si l'activité qu'exerce ou a exercé 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 mentionné [aux articles L.121-1 à L.121-11 du code général de la fonction publique, CGFP] ou de commettre les infractions prévues à l'article 432-12 du code pénal » (2).

On peut résumer l'objet de ce contrôle ainsi: il s'agit d'examiner si l'activité privée de l'agent risque de le placer, ou de placer l'administration qui le recrute, en situation de conflit d'intérêts, c'est-à-dire dans une « 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 des fonctions de l'agent public ». On pourrait penser que

la fin de l'activité suffit à faire disparaître l'intérêt, et donc le risque de conflit. Ce n'est toutefois pas la position du Conseil d'Etat.

M. Gilles Pellissier, rapporteur public sur l'arrêt « Société Applicam » (3), exposait qu'un intérêt de nature à faire naître un conflit peut résider dans un lien financier, économique ou personnel, y compris lorsque ce lien est passé. Selon lui, ces rapports « peuvent perdurer au-delà des liens matériels qui les ont fait naître, de sorte que la seule circonstance que le lien soit rompu ne suffit pas à écarter tout risque d'intéressement ». En 2021, le Conseil d'Etat confirmait ainsi l'annulation d'un marché public, en considération du fait que le technicien chargé d'instruire les candidatures était un ancien employé de la société attributaire (4).

Selon le Conseil d'Etat, le conflit d'intérêts disparaît lorsque le lien devient « suffisamment ancien pour ne plus alimenter d'intérêts ». En pratique, il considère que plusieurs années sont nécessaires pour qu'il s'estompe suffisamment afin d'écarter le risque (5).

Le constat d'un risque de conflit d'intérêts n'implique pas nécessairement que l'administration renonce au recrutement: souvent, la mise en place de mesures de déport suffira à écarter le risque. C'est d'ailleurs le sens des délibérations de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) relatives aux contrôles de

prénomination: elle émet un avis de « compatibilité avec réserve » validant le recrutement de l'agent, sous la condition qu'il se déporte de toute intervention ou prise de décision relatives aux organismes ou entreprises à l'égard desquels il détient un intérêt, et notamment l'ancien employeur de l'agent (6).

Il ne sera nécessaire de renoncer au recrutement que lorsqu'il apparaîtra que l'agent ne pourra pas respec-

ter un tel déport, par exemple, lorsque ses futures fonctions impliqueraient nécessairement un lien avec son ancien employeur.

Ce contrôle permet donc de détecter les risques de conflit d'intérêts auxquels



Selon le Conseil d'Etat, le conflit d'intérêts disparaît lorsque le lien devient « suffisamment ancien pour ne plus alimenter d'intérêts ». En pratique, il considère que plusieurs années sont nécessaires pour qu'il s'estompe suffisamment afin d'écarter le risque.

s'expose l'administration qui recrute un agent venant du secteur privé. Il permet de protéger l'administration de l'annulation des actes qu'il aura instruits, et l'agent lui-même des risques disciplinaires et pénaux susceptibles de résulter du lien d'intérêt qu'il continue de détenir à l'égard de son ancien employeur (7).

Or, ce contrôle apparaît si crucial qu'il faut s'interroger sur la raison pour laquelle la loi a restreint son champ d'application à un nombre très limité d'emplois, laissant tous les autres – pourtant tout autant exposés par ces risques – échapper à cette vérification.

LE CHAMP D'APPLICATION TROP LIMITÉ DU CONTRÔLE DE PRÉNOMINATION

Le CGFP ne prévoit un contrôle déontologique préalable à la nomination que pour deux catégories d'emplois. La HATVP assure celui des emplois les plus exposés aux risques de conflit d'intérêts compte tenu de leur position hiérarchique (8). Hors de ces emplois, l'autorité hiérarchique assure le contrôle déontologique des recrutements soumis à une obligation de transmission préalable de déclaration d'intérêts (9).

Ne sont donc concernés que les emplois de direction ou impliquant d'importantes responsabilités au sein des administrations. Les autres, y compris ceux qui peuvent impliquer d'importantes responsabilités en pratique, en sont exonérés.

Or, la jurisprudence du Conseil d'Etat montre que les risques auxquels l'agent et l'administration s'exposent du fait d'une situation potentielle de conflit d'intérêts générée par l'activité privée antérieure ne se limitent pas à ces seuls emplois. Le conflit d'intérêts de l'ingénieur chargé d'instruire les candidatures d'un marché provoquera aussi aisément son annulation que celui du directeur qui validera le choix du candidat ou signera le contrat.

Limiter ce contrôle déontologique de pré-nomination à ces seuls emplois constitue donc, selon nous, une carence regrettable des textes, alors que, paradoxalement, le contrôle inverse, exercé lors du départ d'un agent vers le secteur privé, s'applique à tout agent, quelles que soient les fonctions qu'il exerce. Elle limite la vigilance de l'administration face à ces situations,

RÉFÉRENCE

Code général de la fonction publique (CGFP), art. L.121-1 à L.121-11.

en faisant entièrement reposer la responsabilité de la prévention du risque de conflit d'intérêts sur l'agent, à qui il incombe alors seul de s'en prémunir (10). Elle la prive également de la possibilité d'une saisine de la HATVP en cas de doute, celle-ci ne s'estimant compétente que pour connaître la situation que si l'agent entre dans le champ d'application du contrôle prévu par les textes.

Comme souvent en la matière, c'est donc à l'administration de compenser le caractère parcellaire des textes régissant la prévention des conflits d'intérêts.

LA NÉCESSITÉ DE RÉALISER UN CONTRÔLE DÉONTOLOGIQUE AU-DELÀ DES CAS PRÉVUS PAR LES TEXTES

Non seulement la prudence devrait conduire l'administration à procéder systématiquement à un contrôle déontologique lorsqu'elle recrute un agent venant du secteur privé, mais surtout une analyse des textes démontre qu'ils l'impliquent indirectement et qu'un manquement sur ce point pourrait lui être reproché.

D'une part, l'article L.121-4 du CGFP prescrit à tout agent public l'obligation de prévenir ou de faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver. Le fait, pour l'agent, de se trouver dans une telle situation le place donc en position irrégulière, et c'est le devoir de l'administration qui l'emploi d'y remédier.

D'autre part, l'article L.124-1 dispose qu'« il appartient à tout chef de service de veiller au respect des principes énoncés aux articles L.121-1 et L.121-2 dans les services placés sous son autorité », ce qui inclut notamment le devoir de probité qui constitue le fondement de l'ensemble des dispositions relatives aux conflits d'intérêts (11). De même, l'article L.122-1 met à la charge de l'autorité hiérarchique le soin de confier le traitement du dossier ou l'élaboration de la décision à une autre personne lorsqu'il a connaissance de la situation de

conflit d'intérêts dans laquelle se trouve son subordonné.

Le statut prescrit donc à l'administration de prévenir les situations de conflits d'intérêts et de ne pas mettre un agent en situation de commettre une infraction pénale. Même en dehors des cas de contrôle obligatoire, cette analyse s'impose juridiquement si l'administration souhaite se conformer à ses obligations.

D'une façon ou d'une autre, le contrôle déontologique devra donc être réalisé. Cela ne veut certes pas dire que cette analyse sera toujours complexe, approfondie et formalisée: lorsqu'il apparaît manifeste que les responsabilités confiées à l'agent ne le mettront pas en rapport avec son ancien employeur, le « contrôle déontologique » pourra débiter et se conclure dans l'esprit du recruteur.

Pour autant, il sera préférable que la question soit posée systématiquement, a fortiori dans les situations les plus à risque, comme les services « achat » d'une collectivité ou les administrations qui recrutent régulièrement des personnels extérieurs à la fonction publique. Et, lorsqu'il apparaît que la réponse n'est pas évidente, de saisir un interlocuteur compétent pour l'examiner: service juridique de la collectivité, référent déontologue, etc. ●

(1) CGFP, art. L.124-7 et L.124-8.

(2) Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020, art. 5.

(3) CE, 14 octobre 2015, req. n° 390968, concl. G. Pellissier.

(4) CE, 25 novembre 2021, req. n° 454466.

(5) Cf. CE, 27 juillet 2001, n° 232820.

(6) Cf., délibérations de la HATVP n° 2023-71 du 2 mai 2023; n° 2020-75 du 12 mai 2020; n° 2002-147 du 28 juillet 2020.

(7) Cour de cassation, 13 janvier 2016, aff. n° 14-88382.

(8) CGFP, art. L.124-8.

(9) Art. 5 renvoyant aux emplois désignés à l'art. 2 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 dans la fonction publique territoriale.

(10) CGFP, L.121-4.

(11) La probité impose qu'un « fonctionnaire ne doit pas se trouver dans une situation dans laquelle son intérêt personnel puisse être en contradiction avec celui de la collectivité qu'il sert ». A. Plantey et M.-C. Plantey, « La Fonction publique », 3^e éd., LexisNexis, 2012, p. 768.