

Discours d'ouverture du Président Didier MIGAUD
3^{ème} Rencontre annuelle des référents déontologues
Sénat – 14 octobre 2021

Monsieur le président,
Madame la vice-présidente,
Mesdames et Messieurs les référents déontologues,

C'est un grand plaisir pour moi d'ouvrir aujourd'hui, après vous Monsieur le président, cette 3^{ème} Rencontre annuelle des référents déontologues. Je tiens avant toute chose à remercier le président du Sénat, Monsieur Gérard Larcher, qui a eu la bienveillance de nous accueillir de nouveau dans ces murs, ainsi que Monsieur Arnaud Bazin, président du comité de déontologie parlementaire du Sénat, pour sa présence aujourd'hui, et Madame Michelle Meunier, vice-présidente de ce même comité.

A travers vos questions, je vous remercie, Monsieur le président, d'avoir excellemment introduit un certain nombre de sujets qui feront l'objet de débats entre nous toute cette journée.

S'agissant d'ailleurs de l'extension du répertoire des représentants d'intérêts aux collectivités territoriales, j'aurai l'occasion de rendre public un rapport, après l'avoir remis aux présidents des assemblées et aux présidents des commissions des lois, et de suggérer un certain nombre de propositions pour rendre opérationnelle, faisable, cette extension. Celle-ci suscite un certain nombre d'interrogations, au niveau du législateur, au niveau des élus, mais aussi à notre niveau, sur sa faisabilité pratique. Nous aurons donc l'occasion d'échanger à nouveau. J'espère surtout que le législateur, avant le mois de juillet prochain, aura la possibilité de préciser les modalités de cette extension ; nous risquons sinon de nous trouver dans une situation extrêmement difficile, où la loi sera pratiquement inapplicable, ce qui n'est pas souhaitable.

Vous êtes aujourd'hui plus de quatre-vingt-dix à avoir répondu présent à cet événement, et je me réjouis de l'engouement croissant qu'il suscite.

Après une année 2020 marquée par la crise sanitaire et les difficultés à se rassembler, cette nouvelle Rencontre annuelle nous en rappelle toute l'importance.

Ces rencontres constituent en effet pour nous tous un temps de réflexion collective crucial pour la constitution d'un corpus de positions et de perspectives communes. C'est vrai, vous l'avez dit Monsieur le président, nous sommes un peu dans le droit souple, et celui-ci se précise au fil du temps et de la jurisprudence que construit la Haute Autorité sur ces sujets-là. Du reste,

nous ne l'ignorons pas, les référents déontologues peuvent parfois ressentir un certain isolement dans l'exercice de leurs missions : en vous réunissant, ces Rencontres participent à l'animation d'un véritable réseau, et celui-ci se prolonge d'ailleurs dans des échanges qui dépassent largement le cadre de cette journée.

Nous avons beaucoup regretté l'année dernière de ne pas pouvoir vous proposer une telle opportunité : cette nouvelle édition nous permet donc de renouer avec le fil des Rencontres qui avaient été initiées en 2018, ici-même au Sénat, et que la crise sanitaire a malheureusement interrompu .

Au printemps 2018, la première édition de cette Rencontre, dédiée aux référents déontologues des collectivités et de la fonction publique territoriale, avait été structurante pour le lancement du réseau des référents déontologues, dont la fonction, bien qu'anticipée par certaines collectivités, était institutionnalisée par la loi du 20 avril 2016.

Axée sur les outils au service de la déontologie, la deuxième édition, qui s'adressait aux référents déontologues de l'ensemble de la sphère publique, avait acté l'importance pour ceux-ci d'être dotés des bons instruments et des bons réflexes pour diffuser une culture de l'intégrité au sein de leurs administrations, et y travailler à la prévention des conflits d'intérêts. Il vaut mieux prévenir, évidemment, que d'être contraint ensuite de sanctionner des comportements déviants.

Déjà, le lien entre les référents déontologues et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique était substantiel. Il a depuis été sensiblement renforcé – cela m'amène au thème central de cette journée.

Vous vous en doutez, la thématique de cette 3^{ème} Rencontre s'est imposée d'elle-même : un an et demi après l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique relatives à la déontologie des agents publics, il était naturel de chercher à en esquisser un premier bilan, collectivement.

Car cette loi, qui a constitué un nouveau temps fort de ce « moment déontologique » entamé en 2013 et qu'évoquait fréquemment mon prédécesseur, Jean-Louis Nadal, a réformé en profondeur le cadre de la déontologie des agents publics.

Les mobilités, vous l'avez dit Monsieur le président, entre les secteurs public et privé, communément appelées « pantouflage » et « rétro-pantouflage », sont de plus en plus courantes parmi les responsables et agents publics, et ces mobilités sont le plus souvent encouragées par le législateur lui-même. Mais les risques qui les accompagnent, qu'ils soient d'ordre déontologique ou pénal, peuvent être aussi importants. Face à cette évolution significative de l'action publique, un encadrement juridique renforcé s'imposait. À cet égard,

dès 2013, le législateur avait d'ailleurs créé un mécanisme de contrôle de la reconversion professionnelle, confié à la Haute Autorité, d'un certain nombre de responsables publics occupant des postes particulièrement exposés – des membres du Gouvernement ou des présidents d'autorité administrative indépendante par exemple.

Par ces dispositifs, je le dis une fois de plus, il ne s'agit aucunement d'empêcher les personnes aux parcours professionnels riches dans le secteur privé ou associatif d'assurer des responsabilités publiques, ces mobilités se révélant bénéfiques. Mais la prise de décision publique ne peut être biaisée par des intérêts personnels.

Si la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a pour objectif d'encourager les mobilités et de fluidifier « *le parcours des agents publics entre le secteur public et le secteur privé* », elle a instauré en contrepartie des garde-fous déontologiques renforcés pour prévenir les risques et garantir la neutralité, l'efficacité et la continuité des services publics : transfert des missions de la Commission de déontologie de la fonction publique à la Haute Autorité, création d'un contrôle préalable à la nomination à certains emplois et fonctions.

La suppression de la Commission de déontologie de la fonction publique et le transfert de certaines de ses missions à la Haute Autorité n'étaient pas prévus par le projet de loi du Gouvernement. Mais l'ambition initiale de cette réforme, qui devait conduire à une extension des champs matériel et personnel des contrôles déontologiques, a rapidement semblé inconciliable avec l'architecture institutionnelle qui prévalait jusqu'alors et qui impliquait une saisine systématique de la Commission qui, vous l'avez dit Monsieur le président, était dans les derniers temps totalement encombrée par le nombre des saisines qu'elle recevait.

Le législateur a donc opté pour une rationalisation des moyens existants et créé un dispositif plus pragmatique et efficace, fondé sur le principe de subsidiarité, qui concentre l'action de la Haute Autorité sur les situations les plus à risque et valorise une prise de décision au plus près des situations qui en sont l'objet.

Comme vous le savez, il revient désormais aux autorités hiérarchiques des différentes administrations publiques d'exercer les contrôles déontologiques de la grande majorité des agents publics, préalablement à leur nomination, en cas de cumul d'activités pour création ou reprise d'entreprise, ou lors de leur reconversion professionnelle dans le secteur privé, avec le concours éventuel de leur référent déontologue lorsqu'elles font face à un doute sérieux sur la compatibilité du projet envisagé.

Dès lors, la Haute Autorité n'intervient que dans deux cas de figure clairement circonscrits. D'une part, elle peut être saisie pour avis par l'autorité hiérarchique d'une administration lorsque subsiste un doute sérieux que l'avis de son référent déontologue n'a pas permis de lever. D'autre part, elle intervient en première intention, sur saisine obligatoire des

administrations, pour le contrôle des projets de mobilité des personnes occupant des emplois ou fonctions particulièrement exposés aux risques, qu'ils soient de nature déontologique ou pénale.

Quant au référent déontologue, il était depuis 2016 chargé d'apporter aux fonctionnaires et agents publics « *tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques* ». Ces conseils se doivent d'être concrets, opérationnels et rassurants face aux difficultés qui peuvent se poser dans l'exercice des missions publiques. Le référent déontologue représentait, déjà, un relai de diffusion privilégié des exigences d'impartialité, d'intégrité et de probité qui doivent bien sûr irriguer l'action publique.

La loi du 6 août 2019, en le plaçant au plus près de l'examen des projets de mobilité des agents publics, lui a donné une toute autre ampleur.

Cette évolution est de taille, et je souhaite remercier Mesdames et Messieurs Samuel Dyens, Marie-Caroline Bonnet-Galzy, Lucie Chapus-Berard, Yves Charpenel et Bernard Pêcheur, qui ont accepté d'intervenir tout à l'heure lors de la table-ronde pour l'évoquer. Leurs expériences respectives de ce nouveau rôle donneront lieu à des débats enrichissants et, je n'en doute pas, instructifs pour nous tous.

Permettez-moi pour ma part de m'arrêter un instant sur l'influence qu'a eue cette réforme sur l'activité de la Haute Autorité, et qui a représenté, pour nous, un double-défi.

Un défi interne d'abord : recrutement de nouveaux agents pour absorber le surcroît d'activité, mais aussi extension du collège de la Haute Autorité, renforcé par l'arrivée de quatre nouveaux membres, et intensification de ses réunions de travail, une journée toutes les deux semaines désormais, afin de traiter des ordres du jour de plus en plus importants – il faut reconnaître que, souvent, la moitié de notre ordre du jour porte sur ces nouveaux contrôles des mobilités

Mais un défi externe aussi, puisqu'à travers cette nouvelle compétence, la Haute Autorité est devenue tête de réseau des contrôles déontologiques au sein de la fonction publique. Ceci l'a placée au cœur d'un nouveau réseau de relations, entre les agents publics, les administrations et les référents déontologues, la conduisant à manifester une attention redoublée dans l'exigence de pédagogie et d'accompagnement qui a toujours guidé son action.

Quelques chiffres, ensuite, sur la mise en œuvre de cette réforme. Depuis le 1^{er} février 2020, date d'entrée en vigueur de la loi de 2019, la Haute Autorité a été saisie à 730 reprises.

En 2020, notre activité avait été particulièrement marquée par le nombre de saisines pour pré-nomination, imputable notamment au changement de Gouvernement intervenu à l'été 2020, qui représentait 47% du nombre de saisines reçues par la Haute Autorité. En 2021, et bien que

l'année ne soit pas achevée, la tendance s'est quelque peu inversée, puisque nous avons jusqu'à présent reçu une majorité de saisines pour reconversion professionnelle, soit 56% d'entre elles, la proportion de saisines pour création ou reprise d'entreprise étant relativement stable.

Nous avons donc reçu depuis le 1^{er} février 2020 une part à peu près égale de saisines de pré-nomination et de reconversion professionnelle, soit environ 41 % de chaque, le reste provenant des cumuls d'activités pour création ou reprise d'entreprise.

En un an et demi de mise en œuvre de la réforme, qu'avons-nous observé sur l'ensemble de ces saisines ?

D'abord, la proportion des avis d'incompétence et d'irrecevabilité, élevée sur l'année 2020 puisqu'ils représentaient le tiers des avis rendus, a sensiblement – et c'est heureux – décliné en 2021 (baisse de 33 % à 15 %). Ces difficultés d'adaptation étaient notamment dues à la publication peut-être un peu tardive des textes d'application, peut-être aussi à la complexité du dispositif, et puis aux réflexes antérieurs, dans la mesure où la Commission de déontologie était saisie de davantage de questions.

Les améliorations observées concernent notamment le contrôle des projets de cumul d'activités pour création ou reprise d'entreprise, qui continue de concentrer une partie importante d'avis d'incompétence et d'irrecevabilité, mais dont les administrations semblent avoir mieux saisi les spécificités. Nous recevons encore des saisines subsidiaires pour lesquelles l'autorité hiérarchique n'a pas saisi le référent déontologue, et où il n'y a manifestement pas particulièrement de « doute sérieux » sur la réponse à apporter.

Concernant les contrôles menés au fond, le collège de la Haute Autorité a très largement constaté que le projet poursuivi par l'agent était compatible avec ses anciennes fonctions, mais a assorti ses avis de réserves dans plus de la moitié des cas, d'où le défi dont vous avez parlé, Monsieur le président, du suivi des réserves.

Les avis de la Haute Autorité constituent en réalité des décisions : ils engagent l'agent concerné, naturellement, mais aussi les administrations, qui doivent assurer le suivi des avis – les leurs et ceux de la Haute Autorité, le cas échéant – et plus généralement le suivi de la carrière de leurs agents. Vous le savez, des sanctions sont possibles si les réserves ne sont pas respectées, et des parcours professionnels peuvent être définis en amont pour faciliter la reconversion des agents, vous l'avez évoqué Monsieur le président, et le dialogue avec les référents déontologues doit être systématiquement encouragé.

J'en suis conscient, nous en sommes conscients, au niveau des services comme du collège : ces récentes évolutions ont pu susciter des interrogations, aussi bien parmi celles et ceux qui

font l'objet de ces procédures que parmi les administrations et les référents déontologues. Les nouvelles procédures ainsi que certaines notions, notamment le conflit d'intérêts et la prise illégale d'intérêts, ont pu, et peuvent toujours, être difficiles à appréhender.

À cet égard, il nous est apparu nécessaire de proposer une – légère – inflexion de la rédaction de l'article 432-12 du code pénal, qui traite de la prise illégale d'intérêts en cours de fonction, pour les agents publics et pour les élus.

« L'intérêt quelconque », mentionné par l'article 432-12 du code pénal comme élément matériel constitutif de l'infraction pourrait ainsi être remplacé par un intérêt « *de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité* » de la personne concernée. À travers cette proposition, il ne s'agit pas de restreindre le champ du délit, mais plutôt de réduire l'incertitude qui peut survenir, dans l'exercice des fonctions publiques, sur la poursuite ou non de l'intérêt général. En formulant cette proposition, nous reprenons une formulation qui déjà à l'époque avait été proposée par la commission Sauvé, et par la suite par la commission Jospin. Concrètement, un intérêt personnel distinct dans une opération (lien amical, familial, rémunération, intérêt moral fort...) doit toujours conduire à se déporter de toute décision et de tout acte préalable à cette décision. Mais si l'intérêt pris ou bien souvent seulement conservé apparaît trop vague, d'une intensité trop faible pour générer un doute sur l'exercice des fonctions dans l'intérêt général (par exemple, un fonctionnaire simple adhérent d'une association ou désigné par sa collectivité pour siéger dans un organisme particulier), alors il ne nous paraît pas souhaitable de poser en principe qu'il existe un risque pénal nécessitant un déport absolu allant jusqu'à la participation aux discussions générales.

De même, il nous apparaît utile de prévoir dans ce même article 432-12 du code pénal une dérogation, d'ores et déjà prévue par le code général des collectivités territoriales dans son article L. 1524-5, indiquant que les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein des sociétés d'économie mixte locales ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire.

Nous avons des avocats, des référents déontologues, qui peuvent parfois conseiller à des élus qui représentent leur collectivité dans des établissements du type SPL [société publique locale] ou EPIC [établissement public industriel et commercial] de se déporter de tout afin de se protéger, y compris des débats au sein de la collectivité qui portent sur l'activité de l'entité ou bien sur la politique générale de cette entité. C'est, je crois, oublier que les responsables et agents publics sont soumis à une obligation de rendre compte de leurs activités et de leur gestion, obligation qui participe de la sécurité juridique et de l'efficacité de l'action publique, et tout simplement aussi, du bon fonctionnement démocratique d'une collectivité. Cette obligation de rendre des comptes, pour tout agent public, n'est pas une règle parmi d'autres : elle figure à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle est reprise dans le préambule de la Constitution et a valeur constitutionnelle.

Le collège de la Haute Autorité ne rejoint pas ce type de conseil. De fait, lorsque vous recherchez s'il y a eu des poursuites visant un élu qui s'est contenté de participer au débat sur le rapport d'activité, vous n'en trouvez pas, et vous trouvez encore moins de jurisprudence, puisqu'il n'y a manifestement pas de poursuites ! En revanche, bien évidemment, il est nécessaire que l'élu se déporte du vote de la délibération et qu'il ne participe pas à des délibérations dans lesquelles peuvent être évoqués sa rémunération ou tout autre élément pouvant le concerner.

Nous souhaitons donc que le législateur puisse avoir l'occasion de bien préciser ce point-là, bien qu'il soit au demeurant très clair dans l'esprit du juge pénal – en témoignent les échanges que nous avons eus avec la chambre criminelle de la Cour de cassation, avec le Parquet général, avec le Parquet national financier. Tous les acteurs impliqués se rendent bien compte qu'il faut faire une distinction entre ce qui relève d'un débat sur le rapport d'activité, qui doit nécessairement être présenté par un élu concerné – à moins de créer un problème de fonctionnement démocratique – et les autres sujets pour lesquels la personne doit en revanche ensuite se retirer, y compris physiquement.

Vous le savez, il existe un certain nombre de condamnations d'élus, pour des votes de subventions à des associations, qui, tout en disant se déporter, ne sortaient pas de la salle ; or il faut, lorsqu'on se déporte, aller jusqu'au bout et quitter la salle. On peut sinon considérer que par sa simple présence, l'élu peut influencer le vote qui intervient.

Ce sont des règles de bon sens, mais elles méritent d'être rappelées en permanence pour éviter que des élus ne se mettent en situation particulière de prise illégale d'intérêts.

En tout état de cause, dans l'ensemble, il me faut souligner une appropriation de ce dispositif en progression, de plus en plus satisfaisante, qui s'est manifestée aussi bien dans la baisse du nombre d'avis d'irrecevabilité et d'incompétence que dans la qualité des saisines.

Ces progrès sont dus, je crois, à l'effort conjoint des administrations, des référents déontologues et de la Haute Autorité.

Tout au long de cette période, nous nous sommes attachés à faire preuve, plus encore qu'à l'ordinaire, d'écoute et de pédagogie dans notre action. Cela s'est manifesté dans les relations quotidiennes avec les autorités hiérarchiques des administrations, comme dans les demandes de conseil juridique reçues de la part des référents déontologues. Un dialogue quotidien, intense, s'est développé avec ces derniers en parallèle des saisines formelles. Il a permis en retour d'améliorer la qualité des saisines.

Une fois de plus : n'hésitez pas à échanger avec nous et à nous saisir de vos interrogations. Nous sommes aussi là pour échanger avec vous et pour vous faire part de la doctrine de la Haute Autorité.

La transparence sur notre action et la diffusion de notre doctrine, absolument nécessaires, nous ont conduit à publier, en février dernier, un Guide déontologique sur le contrôle et la prévention des conflits d'intérêts. Toujours dans l'objectif de favoriser une meilleure cohésion dans l'action déontologique administrative, au-delà des spécificités des services et des situations individuelles, la Haute Autorité a entrepris au début de l'année 2021 de rendre publiques un certain nombre de délibérations, dans leur intégralité – quand il s'agit d'anciens ministres, d'anciens élus ou de fonctions particulièrement sensibles ou en tout cas médiatisées, de par la personnalité qui occupait ces fonctions – ou bien sous forme de résumés anonymisés, quand il s'agit de hauts fonctionnaires.

Nous constatons un réel engouement puisqu'en 2020, notre site a fait l'objet de près de 2,5 millions de visites, le nombre de consultation de nos avis déontologiques s'élevant à 4 300. Depuis le début de cette année, ce nombre a cru à 6 700. Une telle progression témoigne d'un intérêt de connaître la doctrine de la Haute Autorité en matière de déontologie publique.

Ces publications ont par ailleurs engendré des échanges fructueux avec les référents déontologiques et ont prouvé leur dynamisme. L'enrichissement en a été réciproque, puisque la Haute Autorité en a aussi tiré de nombreux enseignements – tout comme nous souhaitons tirer des enseignements de nos échanges au cours de cette journée ! Il nous remonte parfois quelques difficultés, avec de vrais sujets, tels que celui du contrôle, du suivi des réserves. Ce suivi, il faut le faire, car cela n'aurait pas de sens, ni pour les administrations, ni pour la Haute Autorité, d'exprimer des réserves sans ensuite s'assurer qu'elles soient respectées.

Cependant, l'action de la Haute Autorité dans l'accompagnement des agents et des responsables publics ne serait rien sans le travail que vous faites, l'ensemble des référents déontologiques et des structures d'éthique implantées dans les administrations et les collectivités, et je tiens à vous saluer pour votre engagement dans la diffusion quotidienne d'une culture de l'intégrité, et à vous manifester tout mon soutien pour votre belle mission quotidienne, indispensable à l'essor d'une action publique plus exemplaire. Cette exigence ne pourra aboutir que par la poursuite de la coopération entre tous les acteurs de l'intégrité, que je souhaite toujours aussi fructueuse dans les années à venir.

Il nous faut convaincre inlassablement que ces règles, que la transparence, contribuent à la confiance entre les citoyens et les responsables publics. La transparence n'est pas une fin en soi : elle est un moyen pour garantir une plus grande confiance, et nous savons qu'il reste quelques marges de progrès, malheureusement, dans notre pays, comme le montrent par

exemple les dernières enquêtes du Cevipof [laboratoire de recherche en sciences politiques, Sciences Po Paris].

Si d'ailleurs, dans l'ensemble, une immense majorité des élus et responsables publics sont tout à fait respectueux des obligations déclaratives et déontologiques qui sont les leurs, il nous faut pouvoir sanctionner ceux qui ne respectent pas ces règles – d'où certaines propositions complémentaires par rapport aux missions de la Haute Autorité. C'est la condition nécessaire pour que cette confiance puisse exister, profondément, parmi nos concitoyens.

Merci pour votre attention et, surtout, très bons échanges.