[redacted]

[redacted],

Vous avez saisi [redacted] le collège de déontologie de la fonction publique territoriale des départements du Doubs, du Jura, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et du Territoire de Belfort d'une question relative à un conflit d'intérêts. Un accusé de réception vous a été adressé [redacted]. Vous trouverez ce jour ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes fonctionnaire et vous occupez à temps complet l'emploi [redacted]

Une agente [redacted] bénéficie d'une décharge d'activité syndicale [redacted] Elle exerçait jusque-là des fonctions au sein du secrétariat de la commission de réforme et du comité médical [redacted]. Dans ce cadre, selon sa fiche de poste, elle avait pour mission d'instruire les dossiers présentés en commission de réforme et en comité médical et d'assurer l'organisation de ces instances. Vous estimez que l'agente a ainsi une connaissance de ces dossiers. Or, par une lettre [redacted], son organisation syndicale [redacted] l'avait désignée en qualité de représentante titulaire du personnel [redacted] à la commission de réforme départementale.

Vous vous demandez si cette désignation ne crée pas une situation de conflit d'intérêts avec les fonctions qu'elle avait [redacted] dans le cadre du secrétariat de la commission de réforme et du comité médical. La question de la neutralité et de l'impartialité de l'agente peut se poser. De plus, les médecins qui la côtoyaient au sein du secrétariat de la commission de réforme et du comité médical pourraient également s'étonner de sa présence en tant, cette fois, que représentante du personnel.

Cadre juridique

Ce sont les textes généraux relatifs à la fonction publique, ceux relatifs à la fonction publique territoriale et ceux relatifs aux commissions de réforme qui constituent le cadre juridique auquel il convient de se référer pour analyser la situation.

La loi de 2013 relative à la transparence de la vie publique, qui impose une obligation de déport pour les membres des collèges des autorités administratives ou des autorités publiques

indépendantes qui s'estiment en situation de conflit d'intérêt ne constitue pas la référence pertinente dans la situation décrite ci-dessus. En effet, elle s'adresse aux élus et aux agents chargés d'une mission de service public. Or le secrétariat de la commission départementale de réforme de la fonction publique territoriale ne constitue pas par lui-même une mission de service public. Et de même, les commissions de réforme ne sont pas des autorités administratives ou publiques indépendantes au sens de la loi précitée.

I/ Sur la compatibilité des fonctions antérieures de l'agente avec des missions au sein de l'organisation syndicale

Une décharge d'activité de service peut être définie comme l'autorisation donnée à un agent d'exercer, pendant ses heures de service, une activité syndicale, en lieu et place de son activité administrative normale. Les décharges d'activité de service sont accordées par les collectivités territoriales et leurs établissements publics aux responsables des organisations syndicales représentatives, sous réserve des nécessités du service.

L'article 20 du décret n° 85-397 du 3 avril 1985 prévoit que les organisations syndicales désignent les bénéficiaires des décharges d'activité de service parmi leurs représentants en activité dans le périmètre du ou des comités techniques pris en compte pour le calcul du contingent concerné.

Si la désignation d'un agent est incompatible avec la bonne marche du service, l'autorité territoriale motive son refus et invite l'organisation syndicale à porter son choix sur un autre agent. La commission administrative paritaire ou la commission consultative paritaire compétente doit être informée de cette décision.

En l'espèce, l'agente bénéficie d'une décharge totale d'activité de service. C'est-à-dire qu'elle n'exerce plus la fonction de secrétariat de la commission de réforme et du comité médical [redacted]. Elle va être remplacée au sein de ce poste par une autre personne. **Il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre sa fonction de secrétaire de la commission de réforme et du comité médical [redacted] et de nouvelles missions qui lui seraient confiées par son organisation syndicale**.

II/ Sur la compatibilité de la désignation de l'agente en tant que représentante du personnel à la commission de réforme avec ses fonctions antérieures

Néanmoins se pose la question de l'incompatibilité entre la mission particulière de l'agente dans le cadre de sa désignation en tant que représentante du personnel à la commission de réforme et son poste au secrétariat de cette commission ainsi que du comité médical qu'elle vient de quitter.

Cette question se pose à la fois sous l'angle du risque de conflit d'intérêts et sous l'angle de l'atteinte au principe d'impartialité.

1. En ce qui concerne un possible conflit d'intérêts

Selon l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 : *« Au sens de la présente loi, constitue [pour un fonctionnaire] un conflit d'intérêt toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ».*

Dans notre cas d'espèce, la représentante du personnel peut être amenée à faire état d'éléments antérieurs qu'elle a eus à connaître en tant que secrétaire de la commission de réforme. Il peut s'agir d'éléments médicaux, ou bien d'une opinion sur le comportement du fonctionnaire dans ses relations avec le secrétariat de la commission de réforme. **Il ne semble pas qu'il puisse y avoir en l'espèce réellement d'interférence entre intérêts publics et privés ou entre deux intérêts publics** (quels seraient les intérêts publics ou privés en cause, s'agissant de l'ancienne secrétaire de la commission de réforme ?)

En fait, cette question se confond avec celle de l'atteinte possible au principe d'impartialité.

2. En ce qui concerne le risque d'atteinte au principe d'impartialité

A) La faute disciplinaire

Tous les agents publics ont des droits et des obligations. Participant à des activités de service public, ils doivent respecter des règles déontologiques. Le secret professionnel et la discrétion professionnelle font partie de leurs obligations.

L'obligation de secret professionnel vise à protéger les particuliers mais aussi les intérêts du service.

Article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : *« Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent. ».*

En ce qui concerne le secret médical, applicable aux médecins, l'article R.4127-4 du code de la santé publique reprend des dispositions similaires :*« Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ».* Toutefois, ce texte n'est pas applicable en tant que tel à la situation de la nouvelle représentante du personnel, puisqu'elle n'est pas médecin, ni n'appartient aux professionnels de santé auxquels s'appliquent des obligations similaires en vertu de l'article L 1110-4 du code de la santé publique.

Quant aux membres des commissions de réforme, d'après l'article 8 de l'arrêté du 4 août 2004 relatif aux commissions de réforme des agents de la fonction publique territoriale et de la

fonction publique hospitalière : « *Les membres de la commission de réforme sont soumis aux obligations de secret et de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont eu connaissance en cette qualité* ».

Il en résulte que tant en sa qualité de fonctionnaire, ancienne secrétaire de la commission de réforme, qu'en tant que membre de cette commission, la représentante du personnel est tenue à une obligation de discrétion et de secret professionnels concernant tant ses anciennes que ses nouvelles fonctions. Un manquement à son devoir de réserve, de confidentialité ou de secret professionnel à propos de faits ou de tout élément qu'elle aurait eus à connaître dans ses anciennes fonctions constituerait **une faute disciplinaire qui pourrait donner lieu à sanction**, ceci indépendamment de la question de l'influence de ce manquement sur la légalité de la décision qui sera prise par l'autorité administrative après avis de la commission de réforme.

B) Les risques contentieux encourus

Les avis des commissions de réforme sont facultatifs. Les vices qui les entachent sont susceptibles de constituer des vices de procédure entachant d'illégalité la décision prise par l'administration **s'il s'agit de vices substantiels.**

Dans son arrêt Danthony (CE- ass – 23 décembre 2011) pris à la suite de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011, le Conseil d'Etat a précisé :"*Considérant que l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 dispose que : Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ;*

Considérant que ces dispositions énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, ***n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie*** *; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte*".

La question qui se pose donc, sur le plan du risque contentieux, est de savoir si l'avis de la commission de réforme à la suite duquel a été prise la décision de l'administration a pu être influencé par la présence et/ou l'attitude de la représentante du personnel anciennement secrétaire de la commission de réforme et si de ce fait la commission a manqué d'indépendance. La possibilité d'une influence qui proviendrait d'éléments étrangers au dossier mais que ladite représentante aurait eu à connaître de par ses fonctions antérieures doit être établie par les pièces du dossier. Le simple fait d'avoir eu à connaître d'un dossier dans des fonctions antérieures ne suffit pas à caractériser un manque d'impartialité. Voir par exemple CAA Douai 22 novembre 2018 Coet : « : *En premier lieu, si Mme Coet se borne à faire valoir à nouveau en cause d'appel que Mme Abbamonte, directrice à l'aide sociale à l'enfance et de la protection maternelle infantile du département de la Seine-Maritime a, d'une part, siégé au sein de la commission consultative paritaire départementale du 14 septembre 2015 et, d'autre part, signé, par délégation du président du conseil départemental, la décision de retrait d'agrément du 28*

septembre 2015 en litige, qui n'est pas une mesure de sanction mais une mesure de police administrative ainsi qu'il a été dit au point 3, cette circonstance n'est pas de nature, à elle seule, à faire naître un doute sur l'impartialité de Mme Abbamonte. Dès lors, le moyen doit, en tout état de cause, être écarté ». Voir également : CAA Bordeaux – Mayeur : « *M. Mayeur fait valoir que la secrétaire de la CAP a manqué d'impartialité en prenant parti pour France Télécom dans l'exposé du dossier. Toutefois il ne ressort pas des pièces du dossier, notamment du procès-verbal de la réunion de la commission que le secrétaire de celle-ci, qui s'est borné à exposer la position de France Télécom, ait fait preuve de partialité à l'égard de M. Mayeur ».* L'absence d'impartialité doit donc bien être établie par les pièces du dossier. Il ressort de la jurisprudence qu'elle doit être caractérisée et ressortir des procès-verbaux, compte rendus, motifs accompagnant l'avis.

Enfin, sur l'étendue du principe d'impartialité, voir ce qu'en dit le Conseil d'Etat : avis du 21 décembre 2018 : « *Le principe d'impartialité, qui est un principe général du droit s'imposant à tous les organismes administratifs, n'impose pas qu'il soit procédé, au sein de l'ANAH, à une séparation des fonctions de poursuite et de sanction. En effet, d'une part, ainsi qu'il résulte des dispositions citées au point 1, l'ANAH n'est pas une autorité administrative ou publique indépendante mais un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle de l'Etat. D'autre part, les organes collégiaux qui interviennent dans la procédure ne peuvent raisonnablement donner à penser à la personne poursuivie qu'ils ont un fonctionnement de type juridictionnel, qu'il s'agisse de la commission des recours, qui n'a qu'un rôle consultatif, ou du conseil d'administration, qui, s'il peut se prononcer directement sur les sanctions, comprend, conformément à l'article R. 321-5 du code de la construction et de l'habitation, des représentants des ministres de tutelle et dont les délibérations, y compris celles portant le cas échéant sur des sanctions, sont susceptibles de faire l'objet d'une opposition de ces ministres, conformément à l'article R. 321-6 du même code. Ainsi, compte tenu de la soumission de l'établissement à la tutelle de l'Etat et de l'absence d'apparence de fonctionnement juridictionnel de ses organes,* ***le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce que le directeur général de l'ANAH puisse à la fois, par délégation du conseil d'administration, prendre l'initiative des poursuites et exercer le pouvoir de sanction, et présider en outre la commission consultative des recours.*** *Ce principe ne s'oppose pas davantage à ce que le directeur général assiste avec voix consultative aux séances du conseil d'administration, comme le prévoit l'article R. 321-4 du code de la construction et de l'habitation, y compris lorsque ce dernier prend une décision de sanction ».*

Autrement dit, dès lors qu'une commission n'est pas une autorité administrative ou publique indépendante, qu'elle n'a pas l'apparence d'un organisme juridictionnel et qu'elle ne donne qu'un avis consultatif, il n'y a pas d'obstacle à ce que, par exemple, une même personne prenne, en matière disciplinaire, l'initiative des poursuites et exerce le pouvoir de sanction, et même préside la commission consultative des recours … ce qui est sans doute un cas limite. En tout cas, il en résulte que, pour ce qui concerne notre cas d'espèce, qui paraît bien moins problématique, **il n'y a pas d'obstacle de principe à ce que la nouvelle représentante du personnel soit l'ancienne secrétaire de la commission de réforme.**

Trois situations sont possibles :

- La décision de l'administration est différente de l'avis de la commission : c'est le cas le plus simple, la possible influence exercée par l'agente en cause n'aura pas eu de conséquence.

- La décision de l'administration est conforme à l'avis de la commission et favorable au fonctionnaire : là encore, il n'y aura a priori pas de conséquence négative d'une possible situation d'influence.
- La décision de l'administration est conforme à l'avis de la commission et rejette la demande. C'est le seul cas qui pourrait poser véritablement problème. Mais il sera dans la plupart des cas difficile d'établir le manque d'impartialité de l'avis de la commission de réforme du fait de la représentante du personnel, voir plus haut.

Solution

L'arrêté du 4 août 2004 relatif aux commissions de réforme des agents de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière prévoit à son article 6 que les représentants du personnel siégeant dans les commissions départementales de réforme sont désignés par les organisations syndicales. Il n'y a pas de pouvoir de l'administration de s'opposer à une désignation.

Il revient cependant [redacted] *(à la collectivité)* ainsi qu'à l'agente et à l'organisation syndicale de prendre toutes les mesures appropriées permettant de prévenir les situations où l'impartialité de la commission de réforme pourrait être remise en cause. Même si le risque de vice de procédure paraît faible, il est souhaitable d'attirer l'attention du syndicat et de l'agente sur les difficultés potentielles qui pourraient surgir. Insister pour la désignation d'une autre personne, pour éviter la multiplication des cas de déport, paraît toutefois une solution disproportionnée par rapport à la réalité du risque encouru. Cette solution pourrait tout au plus être suggérée pour faciliter le fonctionnement de la commission.

Le principe du déport systématique dans tous les cas qu'aurait eu à instruire l'ancienne secrétaire de la commission paraît lui aussi excessif. Par contre, il conviendrait de suggérer à la représentante du personnel qu'elle se déporte lorsqu'il y aura lieu d'examiner des affaires particulièrement délicates ou conflictuelles qu'elle aurait eues à instruire ou à connaître dans le cadre de ses anciennes fonctions, ou se rapportant à un agent avec lequel il y aurait eu des difficultés par le passé, y compris à propos d'un autre motif que celui justifiant la saisine actuelle. Mais il ne pourrait s'agir que d'une décision de déport prise au cas par cas.

Il est également possible que l'intéressée ne se souvienne pas de tous les cas qu'elle aurait instruits. [redacted] *(La collectivité)* devra être vigilante à ce propos et informer l'intéressée et le syndicat de tous les cas difficiles qui pourraient être relevés par ses soins.

Conclusion

En résumé, au regard de ses anciennes fonctions qui viennent de prendre fin, la présence de l'agente comme membre de la commission de réforme n'est pas de nature en tant que telle à porter atteinte à l'impartialité de cette commission. Le comportement de l'agente membre de la commission de réforme pourrait porter atteinte à l'impartialité de cette commission en cas de violation du secret et de la discrétion professionnels. En dehors des conséquences disciplinaires éventuelles d'un tel comportement, il n'aurait d'incidence contentieuse que s'il est établi par des faits ou des pièces. Pour éviter tout vice de procédure, il revient [redacted] *(à la collectivité)*, ainsi qu'à l'agente concernée et à l'organisation syndicale, d'user de précautions rigoureuses, dans le sens du respect des règles déontologiques rappelées ci-dessus s'imposant aux agents publics. Ce préalable étant posé, il n'y a pas d'obstacle déontologique à la

désignation de la personne concernée comme membre de la commission de réforme [redacted]

Nous vous prions d'agréer, [redacted], l'expression de notre meilleure considération et nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Les référents déontologues

Danièle Mazzega Xavier Faessel Cécile Hartmann