



PRÉFET DES BOUCHES-DU-RHÔNE

Préfecture

Direction des Collectivités Locales,
de l'Utilité Publique
et de l'Environnement

Bureau du contrôle de légalité

Marseille, le **16 NOV. 2017**

Le Préfet des Bouches-du-Rhône

à

pref-control-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr

Mesdames et Messieurs les Maires du
département,
Mesdames et Messieurs les Présidents des
Établissements Publics de Coopération
Intercommunale
Monsieur le Président du Centre de Gestion des
Bouches-du-Rhône
Monsieur le Président du Service Départemental
d'Incendie et de Secours
Messieurs les Président des Offices Publics de
l'Habitat
Madame la Présidente du Conseil Départemental
des Bouches-du-Rhône,
Monsieur le Président du Conseil Régional de
Provence-Alpes-Côte d'Azur

En communication à Messieurs les Sous-Préfets
d'arrondissement

OBJET : Dispositions relatives aux emplois de collaborateurs de cabinet des collectivités territoriales issues des lois du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique

REF : - Loi n°2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique (articles 15 et 18) ;
-

PJ : Réponse ministérielle à la question écrite n°75550, Assemblée nationale, XIII^{ème} législature, publiée au JO du 17 août 2010.

La loi n°2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique interdit l'emploi par les autorités territoriales, de certaines catégories de membres de leur famille en qualité de collaborateur de cabinet. Elle crée, pour l'emploi d'autres catégories de membres de la famille, une obligation d'information de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Le législateur a prévu un régime juridique similaire pour les collaborateurs parlementaires et les membres des cabinets ministériels.

La présente circulaire a pour objet de présenter le contenu et les modalités de mise en œuvre de ces dispositions pour les collectivités territoriales, qui sont entrées en vigueur au lendemain de la publication de la loi, soit le 17 septembre 2017.

1/ Champ d'application de l'interdiction d'emploi de membres de la famille et de l'obligation d'information de la HATVP

Rappel de la réglementation des emplois de cabinet : Les emplois de cabinet des autorités territoriales sont régis par l'article 110 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et le décret n°87-1004 du 16 décembre 1987.

Les autorités territoriales peuvent ainsi employer des collaborateurs de cabinet, dans la limite d'un plafond fixé par le décret du 16 décembre 1987. Par autorité territoriale, on entend, comme habituellement dans les textes régissant la fonction publique territoriale, le chef de l'exécutif de la collectivité territoriale (maire, président de conseil départemental, président de conseil régional, président du conseil communautaire, etc.).

Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales bénéficient, quel que soit leur statut d'origine (fonctionnaire, contractuel de droit public ou autre) d'un contrat de droit public régi par le décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale.

a) Les collectivités et le type de contrats concernés

Est soumis aux dispositions de la loi l'ensemble des collectivités territoriales et établissements publics pouvant légalement recruter des collaborateurs de cabinet en application de l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984 précitée. Ne sont pas concernés les collaborateurs de groupes d'élus prévus à l'article 110-1 de la même loi.

b) Les membres de la famille visés par l'interdiction d'emploi

L'interdiction d'emploi est définie par rapport à l'autorité qui emploie les collaborateurs de cabinet, c'est-à-dire le chef de l'exécutif.

La loi interdit ainsi l'emploi, par l'autorité territoriale, en qualité de collaborateur de cabinet :

- de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;
- de ses parents ou des parents de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;
- de ses enfants ou des enfants de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin.

L'interdiction vise l'emploi et pas seulement le recrutement. Un changement dans la situation personnelle du collaborateur de cabinet peut en effet le conduire à entrer dans le champ d'application de l'interdiction.

c) Pour certaines catégories de collectivités, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est informée sans délai par l'autorité territoriale de l'emploi d'autres membres de la famille

La loi dispose que l'autorité territoriale doit informer sans délai la HATVP de l'emploi en qualité de collaborateur de cabinet de :

- son frère ou sa sœur, ou le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin de celui-ci ou celle-ci ;
- l'enfant de son frère ou de sa sœur ou le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin de cet enfant ;
- son ancien conjoint, la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité ou son ancien concubin ;
- l'enfant, le frère ou la sœur de son ancien conjoint, de la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité ou de son ancien concubin ;
- le frère ou la sœur de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin.

Parmi les autorités qui peuvent disposer de collaborateurs de cabinet en application de l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984, seules sont soumises à cette obligation d'information celles citées à l'article 11 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, à savoir :

- chef de l'exécutif d'un département, d'une région ou d'une collectivité à statut particulier ;
- maire d'une commune de plus de 20 000 habitants ;
- président élu d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ;
- président des autres établissements publics de coopération intercommunale dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros.

De même que pour l'interdiction d'emploi, l'obligation d'information vise l'emploi et non seulement le recrutement. Un changement dans la situation personnelle du collaborateur de cabinet peut, en effet, le conduire à entrer dans le champ d'application de l'obligation d'information de la HATVP.

L'information de la HATVP n'est pas nécessairement antérieure au recrutement ou au changement de situation personnelle créant l'obligation, mais elle doit intervenir « *sans délai* ».

Les dispositions qui précèdent s'appliquent « *sans préjudice* » des articles 432-10 à 432-13 et 432-15 du code pénal qui répriment la concussion, la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, la soustraction ou le détournement de biens. L'emploi des personnes dont il s'agit peut donc, en fonction des caractéristiques propres à la situation, relever de ces délits.

2/ Cessation de contrat, sanction pénale du non-respect de l'interdiction d'emploi et remboursement par l'autorité territoriale des sommes perçues

L'article 15 de la loi prévoit que la violation de l'interdiction d'emploi entraîne la cessation de plein droit du contrat et n'implique donc pas la mise en œuvre d'une procédure de licenciement.

La violation de l'interdiction d'emploi est punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

La loi précise expressément que cette disposition pénale s'applique sans préjudice des articles 432-10 à 432-13 et 432-15 du code pénal, y compris le délit de prise illégale d'intérêts.

A cet égard, si la présente loi ne régit que les collaborateurs de cabinet, elle n'a évidemment pas pour effet de modifier les implications éventuelles de l'emploi de membres de la famille à d'autres titres. Peuvent ainsi être rappelés les termes de la réponse ministérielle à la question écrite n°75550 publiée au JO du 17 août 2010, jointe en annexe.

L'autorité territoriale est, enfin, tenue de rembourser à la collectivité territoriale les sommes versées au collaborateur de cabinet en violation de l'interdiction d'emploi. Les conditions de remboursement de ces sommes seront précisées par décret en Conseil d'Etat. Aucune restitution des sommes perçues ne peut, en revanche, être exigée du collaborateur de cabinet concerné.

3/ Application aux situations en cours

a) Procédure de licenciement des collaborateurs entrant dans le champ de l'interdiction d'emploi

Les collaborateurs de cabinet employés à la date de publication de la loi qui entrent dans le champ de l'interdiction d'emploi doivent être licenciés par l'autorité territoriale. S'applique alors le droit commun du licenciement des contractuels de cabinet en cours de mandat, sous réserve des dispositions spécifiques prévues par le II de l'article 18 de la loi.

Le licenciement est précédé d'un entretien préalable au cours duquel l'autorité territoriale précise le motif du licenciement dans les conditions de l'article 42 du décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale. La convocation à l'entretien est effectuée par lettre recommandée avec avis de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge ; elle doit préciser l'objet de l'entretien. L'entretien ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de cette lettre de convocation.

L'autorité territoriale notifie le licenciement à son collaborateur par lettre recommandée avec accusé de réception dans les trois mois suivant la publication de la loi, soit au plus tard le 16 décembre 2017.

Le collaborateur bénéficie du délai de préavis prévu par les dispositions de l'article 40 du décret du 15 février 1988 précité, qui est fonction de l'ancienneté de services soit :

- huit jours pour l'agent qui justifie auprès de l'autorité qui l'a recruté d'une ancienneté de services inférieure à six mois ;
- un mois pour l'agent qui justifie auprès de l'autorité qui l'a recruté d'une ancienneté de services égale ou supérieure à six mois et inférieure à deux ans ;
- deux mois pour l'agent qui justifie auprès de l'autorité qui l'a recruté d'une ancienneté de services égale ou supérieure à deux ans.

Ces durées sont doublées pour les personnes en situation de handicap dans les conditions prévues à l'article 40 du même décret. La date de présentation de la lettre recommandée fixe le point de départ du préavis. L'ancienneté servant à calculer la durée du préavis est décomptée jusqu'à la date d'envoi de la lettre de notification du licenciement.

A noter que les commissions consultatives paritaires, qui seront mises en place à l'issue des prochaines élections professionnelles prévues fin 2018, ne sont pas compétentes pour émettre un avis sur le licenciement des collaborateurs de cabinet en application de l'article 20 du décret n°2016-1858 du 23 décembre 2016 relatif aux commissions consultatives paritaires et aux conseils de discipline de recours des agents contractuels de la fonction publique territoriale.

L'agent licencié bénéficie des indemnités de licenciement dans les conditions prévues au chapitre II du titre X du décret précité du 15 février 1988. On doit à cet égard noter les cas d'exemption prévus à l'article 44. Le licenciement ouvre également droit au versement d'allocations chômage dans les conditions de droit commun des agents contractuels de droit public.

Enfin, les dispositions spécifiques à la protection de la grossesse et de la maternité prévues à l'article L.1225-4 du code du travail sont applicables au licenciement.

L'autorité territoriale n'est pas pénalement responsable de la nouvelle infraction au titre de la période de notification du licenciement et du délai de préavis précités.

b) Information de la HATVP par l'autorité territoriale sur les collaborateurs de cabinet employés à la date d'entrée en vigueur de la loi

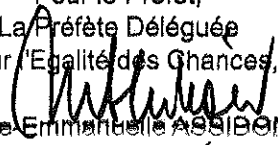
L'obligation d'information de la HATVP pour l'emploi de certaines catégories de membres de la famille concerne les contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi. Les autorités territoriales doivent donc informer la HATVP sans délai de ces situations.

*

* *

Je vous saurais gré de bien vouloir me faire savoir, à l'adresse suivante **pref-control-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr**, si des emplois sont concernés par l'application de ces dispositions dans votre collectivité et, le cas échéant, me faire part des mesures prises pour vous conformer à cette nouvelle réglementation. Cette information devra me parvenir **le 8 décembre 2017 au plus tard** pour les contrats en cours à la date de réception de cette circulaire.

Pour les recrutements à venir, cette information accompagnera la transmission de l'acte de recrutement au titre du contrôle de légalité.

Pour le Préfet,
La Préfète Déléguée
pour l'Égalité des Chances,

Marie-Emmanuelle ASSIBON

ANNEXE

Question N° : 75550	de M. Grosdidier François (Union pour un Mouvement Populaire - Moselle)	QE
Ministère interrogé :	Intérieur, outre-mer et collectivités territoriales	
Ministère attributaire :	Intérieur, outre-mer et collectivités territoriales	
	Question publiée au JO le : 06/04/2010 page : 3849	
	Réponse publiée au JO le : 17/08/2010 page : 9159	
<u>Texte de la QUESTION :</u>	M. François Grosdidier appelle l'attention de M. le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales sur les conditions d'embauche par un maire d'un parent au sein du personnel municipal. Plus précisément, il souhaiterait savoir si une telle embauche ne peut faire l'objet de recours devant le juge administratif ou le juge pénal et s'il convient de distinguer entre une embauche approuvée par le conseil municipal et une embauche effectuée directement par le maire en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par le conseil municipal. Enfin, il souhaiterait savoir quel est l'état de la jurisprudence en la matière.	
<u>Texte de la REPONSE :</u>	Les conditions de recrutement au sein de la fonction publique territoriale sont en premier lieu, comme pour les autres fonctions publiques, présidées par le principe d'égal accès aux emplois publics. Ensuite, elles sont encadrées par la loi n 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, laquelle prévoit que les emplois publics territoriaux sont prioritairement pourvus par la voie du concours. Ce n'est que dans des cas limitativement énumérés que les collectivités peuvent avoir recours au recrutement d'un agent non titulaire. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, c'est l'exécutif qui détient le pouvoir de nomination et à qui il revient de choisir la candidature retenue pour pourvoir l'emploi vacant. S'agissant du cas où un maire souhaiterait recruter un parent, la voie contractuelle et celle du recrutement direct sans concours sont indissociables d'un risque pénal résultant de l'intérêt moral qu'aurait ce maire à recruter un membre de sa famille. En effet, il convient de faire une lecture combinée des dispositions statutaires applicables à la fonction publique territoriale et celles résultant, d'une part, de l'article 432-12 du code pénal définissant la prise illégale d'intérêt et, d'autre part, de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales, lesquelles tendent à écarter ce type de recrutement. En ce qui concerne l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, le « délit est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, et se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel » (Cass. Crim. 21 juin 2000, n 99-86871). C'est ainsi que le juge pénal sanctionne l'élu qui a recruté ses deux enfants comme agents non titulaires de la collectivité. En privilégiant les intéressés au mépris des prescriptions légales, il a pris un intérêt moral dans	

l'attribution de ces deux postes, alors qu'il avait la surveillance de ces opérations et en assurait le paiement. La circonstance que de tels recrutements auraient constitué une pratique courante dans les collectivités territoriales n'exonère pas l'élu du respect de la loi (Cass. Crim. 8 mars 2006 confirmant CA de Douai du 14 juin 2005, pourvoi n° 05-85276 au bulletin). Par ailleurs, si la qualification pénale du délit de prise illégale d'intérêt relève, au cas par cas, de la seule appréciation du juge pénal, les juges administratifs censurent l'acte administratif qui expose l'élu à l'application de la sanction pénale. Ainsi, le juge administratif peut être amené à prendre en compte le droit pénal, non pour dire si une infraction a été commise ni pour prononcer une condamnation, mais pour déterminer si un acte administratif a respecté les prescriptions établies par ce droit (CE Ass. 6 décembre 1996, n° 67502). À titre d'illustration, dans un jugement rendu le 20 décembre 1995 par le tribunal administratif de Besançon (instance n° 951390), les juges ont considéré « qu'un conseil municipal ne peut légalement prendre une délibération qui, ayant pour objet d'autoriser un acte tel que le recrutement d'un agent conjoint du maire, exposerait celui-ci, en cas de réalisation effective de cet acte, à l'application de l'article 432-12 du code pénal ; que par suite, Mlle... et M... sont fondés à soutenir que la délibération attaquée décidant du recrutement de la propre épouse du maire est illégale ». L'arrêt du Conseil d'État, statuant au contentieux, en date du 27 juillet 2005 (n° 263714) a ainsi confirmé un jugement initial pris par le tribunal administratif de Papeete du 12 octobre 1999 qui se fondait sur le motif de la filiation des personnes recrutées avec les maire et adjoints de la commune et jugeait qu'il résultait des dispositions de l'article 432-12 du code pénal que l'autorité de tutelle pouvait légalement prononcer l'annulation des actes de recrutement litigieux. Il convient enfin de souligner que le 5° de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales impose, dans le cadre du contrôle de légalité, la transmission obligatoire au représentant de l'État dans le département, de toutes les décisions individuelles relatives au recrutement de titulaires ou non-titulaires, à l'exception de celles prises dans le cadre d'un besoin saisonnier ou occasionnel. Par ailleurs, en vertu des 1 et 3 de ce même article, demeurent également soumises à l'obligation de transmission au préfet certaines délibérations, dont celles créant un emploi et prévoyant qu'il peut être occupé par un agent non titulaire ou celles autorisant le maire à signer le contrat d'engagement d'un agent non titulaire. Le préfet peut donc, s'il estime que les actes ainsi transmis sont contraires à la légalité, saisir le tribunal administratif dans le cadre d'un déferé.

