

Rapport annuel de la Référente déontologue, Laïcité et Alerte éthique
du CDG 64

1^{er} Janvier 2020 –31 décembre 2020

À l'attention de M. le Président du CDG des Pyrénées Atlantiques S /c de M. le Directeur général

Le présent rapport du référent déontologue, laïcité et alerte éthique du CDG 64 relatif à l'année 2020 est le troisième établi depuis que cette mission m'a été confiée en janvier 2018, afin de répondre à l'exigence énoncée par l'article 28 bis de la loi du 13 Juillet 1983 modifié par la loi Déontologie de 2016 qui a introduit un droit au conseil déontologique pour les agents publics, et permis l'inscription progressive de la figure du référent déontologue dans le paysage de l'action publique.

Le décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique prévoit dans chaque administration, la présence d'un référent déontologue qui joue un rôle de conseil de proximité, et de diffusion de la culture déontologique, désormais intégrée dans le dispositif statutaire. Cette inscription de la préoccupation déontologique dans les textes a justifié pour partie le choix du centre de gestion de confier cette mission de conseil à une universitaire, juriste de droit public dont les enseignements et les travaux portent principalement sur le droit de la fonction publique et le droit des collectivités territoriales.

Le profil retenu pour la référente déontologue a sans doute contribué à compléter dès 2018, la mission de conseil déontologique ressortissant de l'article 28 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 par une mission de « référent laïcité » en application de la circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique. En 2019, le périmètre de la charge a été complété par les activités de «référent alerte éthique » au titre de l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

Le présent rapport a vocation à englober l'ensemble de ces missions, même si l'année 2020 n'a enregistré aucun signalement au référent déontologue touchant aux questions d'alerte éthique ou de laïcité¹.

Le présent rapport 2020 s'inscrit dans un contexte de profonde mutation impulsée par plusieurs évènements importants, de différents ordres.

Le contexte général de l'activité des collectivités territoriales a été fortement influencé par les élections municipales qui ont sensiblement modifié la carte géopolitique du territoire et mis en lumière parfois des difficultés et questionnements éthiques ou/et déontologiques. Dans le même temps, le contexte sanitaire inédit et vécu comme profondément traumatisant par certains agents a créé de nouvelles priorités et parfois infléchi les relations entre les agents et leur hiérarchie qu'il s'agisse de la **relation avec les chefs de service ou de la relation avec les élus.**

¹ Les rapports 2018 et 2019 ont en revanche rendu compte des questions de laïcité ainsi que d'un signalement au titre de l'alerte éthique dans le rapport 2019

En relation directe avec la mission de déontologie, cette année 2020 a aussi apporté des innovations liées aux incidences de la loi de transformation de la fonction publique en date du 6 août 2019. Sur un plan général, le législateur a souhaité parfois compenser et sécuriser la flexibilité apportée dans la relation public privé, par un renforcement de l'exigence déontologique. Ainsi, le recrutement des contractuels est facilité et ouvert à toutes les catégories mais il doit s'accompagner d'un contrôle déontologique rigoureux dans le respect de la transparence et des principes essentiels d'égal accès aux emplois publics.

Il convient de rappeler en effet que la loi du 6 août 2019, loi de transformation de la fonction publique a au-delà de la réforme proprement statutaire, également modifié différentes dispositions d'ordre déontologique de la loi du 13 Juillet 1983, (titre I du statut de la fonction publique). Elle a ainsi procédé au transfert à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) des missions jusque-là dévolues à la commission de déontologie. A compter du 1er février 2020, les questions déontologiques liées à la mobilité des agents publics vers le secteur privé ou au cumul d'activités publiques et privées en cas de création ou de reprise d'entreprise relèvent du contrôle de la HATVP. Le législateur a en outre ajouté un nouveau contrôle portant sur le retour dans le secteur public de personnes ayant exercé dans le secteur privé.

Ces différentes situations ont en commun le risque de créer des problèmes déontologiques, et notamment de conflits d'intérêts défini par le législateur comme « 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 »². Le contrôle exercé peut comporter deux volets : un volet strictement déontologique et un volet pénal.

Sur le plan déontologique, il s'agit principalement de vérifier l'absence de conflit d'intérêts et le respect des principes déontologiques. L'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 prévoit ainsi que les différents contrôles déontologiques consistent à examiner si « l'activité qu'exerce le fonctionnaire risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique », en particulier la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité et la neutralité.

Sur le plan pénal, le contrôle tend à éviter la commission de l'infraction de prise illégale d'intérêts (article 432-13 du code pénal).

Comme le souligne la Haute autorité, la création d'une entreprise constitue une prise d'intérêts concomitante à l'exercice des fonctions publiques et le contrôle tend donc à prévenir le risque d'une prise illégale d'intérêts, de même que le contrôle déontologique dans le cadre d'une reconversion professionnelle tend à prévenir un risque de prise illégale d'intérêts après l'exercice de fonctions publiques.³

Le contrôle déontologique est exercé dans tous les cas alors que l'exercice du contrôle pénal (article 432-13 du code pénal) n'est effectué que si la structure rejointe a le caractère d'entreprise privée au

² Art. 2 loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

³ Art 432-13 « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions

sens de cet article, c'est-à-dire le caractère d'une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel.

Toutefois les nouvelles modalités de contrôle initiées par le législateur restituent une marge de manœuvre plus importante aux autorités territoriales. Celles-ci étaient déjà en charge d'accepter ou non l'exercice d'activités accessoires par leurs agents dans le cadre fixé par les textes. Elles se trouvent désormais également en première ligne pour apporter une réponse aux agents désireux d'opérer une mobilité vers le secteur privé ou de cumuler leur activité publique avec une création d'entreprise.

Le critère de la nature et du niveau hiérarchique de certaines fonctions permet de départager les dossiers qui doivent faire en première intention l'objet de l'attention de la HATVP et ceux qui seront traités par les collectivités territoriales elles-mêmes dans la majorité des cas.

L'intervention de la Haute Autorité, désormais en charge tant du contrôle déontologique des élus que de celui des agents se concentre sur les situations les plus complexes, et les fonctions les plus sensibles, désignées par l'article 2 du décret du 30 janvier 2020 comme celles dont «le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient». Il s'agit essentiellement de fonctions qui nécessitent le dépôt pour leurs titulaires d'une déclaration d'intérêts ou/et d'une déclaration de situation patrimoniale.

Dans les autres cas, (la grande majorité des agents publics), le fonctionnaire (ou l'agent public contractuel) doit saisir à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité. C'est seulement «lorsque l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant le début de cette activité, [qu'] elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis de ce dernier ne permet pas de lever ce doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. »

En résumé, la Haute autorité doit être obligatoirement saisie dans le cas des cumuls pour création ou reprise d'entreprise ou en cas de reconversion dans le secteur privé pour tous les agents dont l'emploi répond à la définition prévue par l'article 2 du décret n°2020-69 du 30 janvier 2020, .

En revanche, la saisine de la Haute autorité n'interviendra qu'à titre subsidiaire en cas de création ou de reprise d'entreprise, ou en cas de départ vers le secteur privé pour la majorité des fonctionnaires et agents publics contractuels c'est-à-dire ceux qui ne sont pas concernés par l'article 2. Le contrôle du départ vers le secteur privé (titre III du décret) est exclu pour certains contractuels⁴ conformément au II de l'article 1 du décret.

⁴ Article 1 du décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique :

II. - Les dispositions du titre III ne sont pas applicables :

1° Aux agents contractuels de droit public de catégorie A mentionnés à l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983 mentionnée ci-dessus :

a) S'ils ont été employés de manière continue pendant moins de six mois par la même autorité ou collectivité publique ;

b) Si, recrutés sur des fonctions d'enseignement ou de recherche, ils ont été employés de manière continue pendant moins d'un an par la même autorité ou collectivité publique ;

2° Aux agents contractuels de droit public du niveau des catégories B et C, s'ils ont été employés de manière continue pendant moins d'un an par la même autorité ou collectivité publique.

Madame le référent déontologue, laïcité et alerte éthique

Maison des Communes – Cité administrative – Rue Auguste Renoir – ☒ CS 40609 – 64006 PAU Cedex

Internet : www.cdg-64.fr

Le législateur a ainsi voulu responsabiliser les administrations, et a également sensiblement modifié le rôle des référents déontologues, qui conformément aux modifications apportées par la loi du 6 août 2019 sont appelés à jouer un rôle croissant auprès des collectivités territoriales et de leurs instances de coopération dans l'interprétation des textes sur le plan déontologique. Si la mission initiale de conseil déontologique à la demande des agents demeure, elle est aujourd'hui complétée par une mission d'avis à la demande des administrations territoriales singulièrement en ce qui concerne les deux domaines de collaboration prévus par le législateur de 1919 et qui sont d'ailleurs porteurs des principales interrogations : le cumul d'activités en cas de création ou de reprise d'une entreprise et le départ vers le secteur privé. Les référents déontologues doivent donc désormais être saisis par le supérieur hiérarchique si ce dernier a un doute sérieux sur une demande d'autorisation de création ou de reprise d'une entreprise par un agent, de reconversion dans le secteur privé ou dans le cadre du contrôle de pré-nomination concernant certaines fonctions.

L'évolution du rôle du référent déontologue qui résulte du nouveau dispositif textuel a eu un impact déjà perceptible sur les saisines de l'année 2020. Celles-ci ont fait une place notable aux demandes de clarification du nouveau dispositif, et peuvent être scindées en deux volets relevant soit de la demande de conseil de la part des agents, soit de la demande d'avis de la part des collectivités.

L'année 2020 a donné lieu à un nombre total de 31 saisines de la référente déontologue, soit un léger fléchissement par rapport aux années précédentes, lié vraisemblablement à la problématique sanitaire.

Vingt-deux demandes ont été formulées par des agents au titre de la fonction traditionnelle de conseil aux agents tandis que neuf demandes d'avis s'inscrivent dans le cadre du nouveau dispositif prévu par la loi émanant de services des ressources humaines ou de la direction générale des services d'une collectivité territoriale.

Les vingt-deux demandes de conseil émanant des agents se répartissaient de la manière suivante :

- Trois sortaient du champ d'intervention du référent déontologue et concernaient des problèmes exclusivement statutaires pour lesquels il a été suggéré aux demandeurs de prendre contact avec des organisations syndicales

- Neuf concernaient le cumul d'activités

- Sept concernaient le départ vers le secteur privé

- Trois relevaient de questions éthiques ou déontologiques diverses, dont une liée à un signalement finalement retiré.

Les neuf demandes d'avis émanant des collectivités territoriales se répartissaient de la manière suivante :

- 5 concernaient les demandes de cumul

- 4 visaient une reconversion vers le secteur privé.

Le rapport s'attachera à présenter les principales questions qui ont marqué les saisines de la référente déontologue pour l'année 2020. Il est toutefois nécessaire d'en expliquer les choix de traitement et de présentation liés à certains constats.

Ainsi, les demandes d'avis émanant des collectivités présentent davantage d'homogénéité puisqu'elles résultent de l'évolution du dispositif de saisine engagée par la loi du 6 août 2019, et touchent en

application des textes, quasi exclusivement à la problématique des cumuls d'activités et de la mobilité vers le secteur privé. A ce titre, elles font l'objet d'un traitement plus formalisé : au regard des dispositions textuelles, l'avis du référent déontologue doit en effet être transmis dans les cas de saisine subsidiaire de la Haute autorité. Hormis cette possible différence et une plus grande diversité des questions posées par les agents, les dossiers soumis par les collectivités ne présentent pas de différence de nature.

Aussi, plutôt que d'opérer une distinction stricte entre les demandes d'avis des administrations et les demandes de conseil des agents, nous choisissons dans le présent rapport pour des raisons pratiques et conformément au respect de la confidentialité, de présenter les saisines en préservant l'anonymat des auteurs de ces saisines et en distinguant les thématiques soulevées. Toutefois, certaines questions apparaissant récurrentes, nous avons choisi de les regrouper ou à tout le moins d'éviter dans leur présentation de reprendre les arguments redondants.

Il convient enfin de rappeler que les conseils ou avis rendus par le référent déontologue tiennent compte au maximum de la jurisprudence de l'ancienne commission de déontologie et de celle encore embryonnaire dégagée par la Haute autorité (HATP) depuis février 2020. Il n'en demeure pas moins que l'avis rendu par le référent déontologue reste un conseil et non une décision qui vise à éclairer l'agent quant au respect des obligations et principes déontologiques, et peut présenter une part de subjectivité dans l'interprétation des textes, lorsque la question est nouvelle et parfois sous l'empire d'une législation évolutive.

Sur l'ensemble des demandes, toutes provenances confondues, la question du cumul demeure cette année encore prépondérante (I), suivie de celle des départs vers le secteur privé (II) et de questions diverses touchant à l'éthique et à la déontologie (III).

I LES AUTORISATIONS DE CUMULS

Le cumul d'activités constitue l'une des principales préoccupations auxquelles sont confrontées les collectivités à la demande d'agents qui souhaitent tirer parti de l'assouplissement du principe d'exercice exclusif de l'activité publique afin d'améliorer leur situation financière ou préparer une mobilité. Ainsi certaines demandes de cumul concernent les activités accessoires tandis que d'autres visent à une création ou reprise d'entreprises.

Compte-tenu de l'évolution des textes, plusieurs demandes (3 au total) émanant d'une collectivité et de deux agents ont eu pour objet de clarifier les nouvelles règles de cumul et de distinguer les procédures applicables en matière de cumul. Nous ne reprendrons que partiellement les réponses apportées en la matière, à travers les réponses apportées à des questions plus ciblées posées en matière de cumuls qui nous ont généralement permis de rappeler les règles essentielles posées par la loi du 13 Juillet 1983 modifiée et par le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique. La loi distingue en effet plusieurs modalités d'exercice du cumul d'activités, en distinguant le cumul d'activités accessoires, le cumul en cas de création ou reprise d'entreprise, le cumul d'activités exercé par des agents à temps non complet. En 2020, les demandes ont concerné les cumuls d'activités accessoires et les cumuls pour création ou reprise d'entreprise.

I.1 LE CUMUL D'ACTIVITÉS ACCESSOIRES

Le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique a remplacé le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics. Il envisage les différentes situations dans lesquelles un agent public peut être autorisé

Madame le référent déontologue, laïcité et alerte éthique

Maison des Communes – Cité administrative – Rue Auguste Renoir – ☒ CS 40609 – 64006 PAU Cedex

Internet : www.cdg-64.fr

à cumuler son emploi public avec une activité privée et définit notamment la liste des activités susceptibles d'être exercées, sous certaines conditions, en même temps qu'un emploi public.

1° Mme A. souhaite savoir si elle peut être autorisée à exercer une activité accessoire qui ne figure pas expressément dans la liste prévue par décret?

Réponse :

Aux termes de l'article 10 du décret, l'exercice d'une activité accessoire est soumis à la délivrance d'une autorisation par l'autorité dont relève l'agent intéressé.

L'exercice d'une activité accessoire avec l'autorisation de l'administration n'impose pas de faire une demande de temps partiel, contrairement à la création ou la reprise d'entreprise.

Les activités accessoires prévues par l'article 11 du décret sont les suivantes:

1° *Expertise et consultation*

2° *Enseignement et formation ;*

3° *Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire ;*

4° *Activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale ;*

5° *Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce ;*

6° *Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin, permettant au fonctionnaire de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;*

7° *Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ;*

8° *Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ;*

9° *Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger ;*

10° *Services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ;*

11° *Vente de biens produits personnellement par l'agent.*

Les activités mentionnées aux 1° à 9° peuvent être exercées sous le régime de l'article L. 613-7 du code la sécurité sociale (régime micro-social)

Pour les activités mentionnées aux 10° et 11°, l'affiliation au régime mentionné à l'article L. 613-7 du code la sécurité sociale est obligatoire.

Ainsi, la liste présente bien un caractère exhaustif. Elle permet l'exercice de la plupart des activités énumérées sous le régime de la micro-entreprise (auto-entreprise), ce régime étant même obligatoire pour les services à la personne et la vente de biens produits personnellement par l'agent. Il appartient cependant aux collectivités de prendre la décision après consultation éventuelle du référent

déontologue. La HATVP n'est aux termes de la loi, pas davantage compétente que ne l'était la commission de déontologie pour donner son avis sur l'exercice des activités accessoires

2° L'activité de coaching sportif peut-elle être exercée comme activité accessoire ?

-Plusieurs agents, ont souhaité être informés sur la possibilité d'exercer une activité de coaching sportif à titre d'activité accessoire. C'est le cas de Mme V., animateur territorial.

Réponse

Le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique prévoit dans son article 11 la liste des activités accessoires pouvant être exercées. Les activités à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire, sont mentionnées au 3° de cet article. L'activité de coach sportif peut être exercé à titre accessoire sous réserve d'autorisation de l'autorité territoriale

-M.T. souhaite savoir si l'activité de coaching sportif peut être exercée sous le régime d'une microentreprise ?

Réponse

Aux termes de l'article 11 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique prévoyant la liste des activités accessoires susceptibles d'être autorisées, les activités mentionnées aux 1° à 9° peuvent être exercées sous le régime prévu à l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale qui concerne le régime micro-social. Les activités à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire, étant mentionnées au 3° de cet article. Il n'y a donc pas d'inconvénient à ce que l'activité accessoire à caractère sportif soit exercée sous le régime de la micro-entreprise (auto-entrepreneur).

3° M.P. peut-il exercer une activité de photographe en tant qu'activité accessoire autorisée ?

Réponse

Une réponse positive à cette demande est en effet conditionnée par la possibilité d'inclure cette activité dans la liste des activités accessoires prévues par le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique qui a remplacé le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics. Le décret définit notamment la liste des activités susceptibles d'être exercées, sous certaines conditions, en même temps qu'un emploi public.

Aux termes de l'article 10 du décret, l'exercice d'une activité accessoire est soumis à la délivrance d'une autorisation par l'autorité dont relève l'agent intéressé, et n'implique pas de saisir la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (qui a remplacé depuis février 2020 la Commission de déontologie de la fonction publique en ce qui concerne le contrôle des cumuls).

L'activité de photographie envisagée peut-elle être exercée sous la forme d'une activité accessoire ?

L'activité de photographe n'est pas expressément énumérée au titre des activités accessoires, ni désignée précisément comme activité culturelle par le décret du 30 janvier 2020. En revanche, elle est qualifiée d'œuvre de l'esprit par le Code de la propriété intellectuelle dans son article L. 112-2.

Or, en vertu du V de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983, les fonctionnaires peuvent librement exercer une activité consistant en la production d'œuvres de l'esprit.

Certes, si on se réfère à la jurisprudence de l'ancienne commission de déontologie, certaines modalités d'exercice de la photographie ne seraient pas des œuvres de l'esprit, lorsqu'elles ont une dimension essentiellement commerciale.

Le régime juridique applicable aux œuvres de l'esprit et celui applicable aux activités accessoires sont différents. Ils ont en commun de ne pas exiger d'intervention de la Haute autorité chargée du contrôle déontologique, mais l'autorisation de l'autorité administrative est nécessaire pour les activités accessoires tandis que l'exercice des œuvres de l'esprit est libre.

Bien qu'il puisse y avoir un doute sur la qualification d'œuvres de l'esprit lorsque la dimension commerciale apparaît prépondérante (voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 1990 (n° 107762) antérieur toutefois à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle), l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle n'établit pas de distinction entre les activités photographiques, selon qu'elles sont artistiques ou artisanales afin de retenir la qualification d'œuvres de l'esprit.

Compte tenu de l'absence de références jurisprudentielles ou d'avis récents émanant de la commission de déontologie ou de la Haute autorité concernant le classement des activités de photographie, il me semble que la décision de l'autorité territoriale doit être prise en prenant en considération les dispositions du code de la propriété intellectuelle et les conditions d'exercice de l'activité. A cet égard, la réalisation de photographies peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit et la vente de ces photographies peut être assimilée à une vente des biens fabriqués personnellement par l'agent.

L'activité peut donc, de mon point de vue, être exercée à titre accessoire sur autorisation. Compte-tenu de la nature de l'activité, de la périodicité très limitée prévue pour son exercice (une fois par mois), il ne me semble pas qu'elle nécessite la création d'une entreprise nécessitant un temps partiel, ni qu'elle puisse faire obstacle aux nécessités et à la continuité du service ou nécessite un aménagement particulier dans l'organisation du travail. Aux termes des analyses de l'ancienne commission de déontologie (rapport 2018), l'entreprise doit en effet être le support d'une véritable activité professionnelle, et cela se vérifie à travers des éléments tels que la forme juridique de l'entreprise, la nature et l'ampleur de l'activité, les moyens matériels et intellectuels mis en œuvre. La création d'une micro-entreprise, envisagée par le demandeur, est possible pour l'exercice d'une activité accessoire sans pour autant être soumise aux règles de cumul pour création ou reprise d'entreprise (temps partiel obligatoire et limite de 3 ans renouvelable pour une année). L'ancienne commission de déontologie comme le décret du 30 janvier 2020 aujourd'hui précise d'ailleurs que l'activité de vente de biens fabriqués personnellement par l'agent, ne peut être exercée que sous la forme de la micro-entreprise.

Le législateur a souhaité en modifiant les règles du contrôle déontologique du cumul d'activités, donner davantage de responsabilité en la matière aux autorités hiérarchiques. Ce contrôle doit tendre surtout à vérifier que l'activité n'est pas susceptible de porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ni d'entraîner la méconnaissance par l'intéressé de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêt), ou d'un des principes déontologiques mentionnés à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité, laïcité, égalité de traitement). Aussi, conformément à l'article 13 du décret du 30 janvier 2020, l'autorisation accordée par l'autorité territoriale pourrait prévoir des recommandations, tendant au respect des règles déontologiques dans l'exercice de l'activité accessoire (par ex. l'exclusion des relations avec

l'entourage professionnel dans le cadre de la dite activité), celle-ci ne pouvant en toute hypothèse être exercée qu'en dehors des heures de service.

1.2 LE CUMUL D'ACTIVITES EN VUE D'UNE CREATION D'ENTREPRISE

La question du conflit d'intérêts entre l'activité publique et l'activité privée est très fréquemment posée dans des situations de cumul, lorsqu'il y a une similitude ou une continuité entre les missions de l'agent public et celles qu'il envisage d'exercer dans le privé. Dans le même temps, on peut comprendre que l'agent public soit davantage enclin à solliciter une autorisation d'exercer une activité dans laquelle il bénéficie d'une forme d'expertise qui résulte souvent du métier qu'il exerce dans le privé.

1° Mme Y. infirmière territoriale, voudrait exercer en activité accessoire des massages énergétiques, cette activité n'étant prévue par les textes régissant les activités accessoires, est-il possible de créer une entreprise en conservant son activité publique à temps plein ?

Réponse

Dans le cas où l'activité envisagée ne rentre dans aucune des catégories de la liste permettant de créer une activité accessoire, il est possible de créer une entreprise conformément à l'article 25 septies III de la loi du 13 juillet 1983. Mais la création d'entreprise en dehors des micros entreprises créées pour des activités accessoires doit impérativement faire au préalable l'objet d'une demande de temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise si le fonctionnaire concerné occupe un emploi à temps complet. Le temps partiel autorisé dans le cadre d'un cumul pour création d'entreprise ne peut être inférieur au mi-temps.

L'attention de Mme Y. doit toutefois être attirée sur la suspicion qui a été manifestée par l'ancienne commission de déontologie à l'égard de certaines pratiques qualifiées de pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique, dont l'exercice est susceptible de porter atteinte à l'indépendance et au bon fonctionnement du service, s'agissant en particulier des fonctions administratives des personnels éducatif, médical, médico-social. La commission a pu distinguer entre les massages à visée thérapeutique et ceux qui ont une simple finalité de bien-être. Seuls les seconds étaient susceptibles d'être autorisés, éventuellement assortis de réserves (avis n°19H0157 du 14 février 2019).

2° M. X., fonctionnaire de catégorie B à temps plein souhaiterait connaître la procédure qui lui permettrait de créer une entreprise tout en conservant son emploi public. Il lui a été affirmé que la commission de déontologie n'était plus compétente pour donner un avis sur son dossier

Réponse

L'exercice d'une activité privée en cumul dans le cas d'une création d'entreprise ne peut s'exercer dans le cadre d'une activité publique à temps complet. L'agent doit donc effectuer une demande d'exercice à temps partiel.

Désormais, il revient à l'autorité saisie de la demande de temps partiel de se prononcer sur la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise « avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation ». La commission de déontologie a été supprimée par la loi du 6 août 2019 et c'est désormais la HATVP qui est chargée de

l'ensemble des contrôles déontologiques à l'égard des élus, des fonctionnaires et agents publics, ce qui élargit son champ d'action. Ce contrôle concerne en premier lieu les projets de cumul d'activités avec des fonctions publiques dans le cadre d'une création ou reprise d'entreprise ou de reconversion dans le secteur privé.

Toutefois, le principe est posé par les articles 25 septies et octies de la loi du 13 juillet 1983, qu'à l'exception des emplois les plus importants et les plus sensibles, il appartient à l'autorité hiérarchique de l'agent public d'apprécier, dans un premier temps, les éventuels risques de nature déontologique ou pénale en cas de cumul d'activités d'un agent public ou de reconversion professionnelle de ce dernier. Si l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur le projet de l'agent ou sa nomination, elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever le doute sérieux, l'autorité hiérarchique peut saisir, pour avis, la Haute Autorité. La saisine de cette dernière est assujettie à deux conditions de recevabilité :

- la démonstration d'un doute sérieux sur le projet de l'agent
- la saisine préalable du référent déontologue pour avis, lequel n'a pas permis de lever le doute sérieux

Quel que soit le niveau de contrôle, il s'agira de s'assurer que l'activité envisagée n'est pas susceptible de remettre en cause le fonctionnement indépendant, impartial et objectif de l'administration où le fonctionnaire a exercé ses fonctions, c'est-à-dire qu'elle ne risque pas de placer les agents de cette administration eux-mêmes en situation de conflit d'intérêts à l'avenir. Selon les risques identifiés, la Haute Autorité peut soit déclarer l'activité compatible, incompatible, ou formuler les réserves qui permettront d'écarter le risque de conflit d'intérêts.

3° Mme H a fait une demande d'autorisation de cumul pour création d'entreprise auprès de son autorité territoriale. Celle-ci considérant que l'activité privée envisagée risque de créer une confusion avec son activité publique saisit le référent déontologue qui confirme l'analyse de la collectivité et lui suggère une autorisation accompagnée de réserves. La collectivité choisit d'autoriser le cumul tout en énonçant certaines restrictions, notamment en interdisant à l'agent de faire état de sa fonction d'agent public dans ses nouvelles activités et d'avoir pour clients des personnes avec lesquelles il est en contact dans l'exercice de ses fonctions administratives. Mme H. veut savoir si la collectivité a le droit de poser de telles limites ?

Réponse

Lorsque l'autorité territoriale a un doute sérieux sur la compatibilité, elle saisit sans délai et pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue.

Dans l'hypothèse où l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever le doute de l'autorité hiérarchique, celle-ci doit alors saisir la haute Autorité qui donnera son avis.

Les conditions d'exercice d'une activité s'avèrent plus contraignantes pour un exercice dans le cadre d'un cumul que pour un départ même temporaire vers le secteur privé

Compte-tenu de la nécessité d'éviter toute confusion entre l'activité publique et l'activité privée, la décision prise par l'autorité territoriale peut de ce fait comporter des réserves visant à assurer le respect des obligations déontologiques de l'agent ainsi que le fonctionnement normal du service. Ces réserves peuvent se traduire par une obligation d'abstention du fonctionnaire, dans le cadre de son activité privée, de faire état de sa qualité de fonctionnaire, une interdiction d'effectuer toute démarche

commerciale sur les lieux de ses fonctions administratives ou d'avoir pour clients des personnes avec lesquelles il est en contact dans l'exercice de ses fonctions administratives. Dans le cas où la nature ou les conditions d'exercice des activités publiques et privées soulignent un risque inévitable sur le plan déontologique (ex. conflit d'intérêt, ou atteinte à la neutralité du service) voire sur le plan pénal (prise illégale d'intérêt⁵), les réserves ne suffiraient pas, et il appartient dès lors à la collectivité de refuser l'autorisation de cumul.

5° Mme D. a été affectée à de nouvelles fonctions de cadre rattaché à la direction des ressources humaines d'une collectivité et souhaite continuer d'exercer en cumul l'activité de conseil, de "coaching" et d'accompagnement au changement exercée dans le cadre d'une création de micro-entreprise pour laquelle elle bénéficie d'un temps partiel. Peut-elle continuer à bénéficier de son autorisation de cumul ?

Réponse

Les modifications des fonctions exercées par l'intéressée au sein de l'administration ne me semblent pas de nature à affecter les possibilités de cumul, ce dernier pouvant être maintenu dans des conditions analogues à la précédente autorisation. L'activité concernée ne porte pas atteinte par elle-même, aux principes déontologiques énoncés par l'article 25 de la loi du 13 Juillet 1983 et le cumul envisagé peut faire l'objet d'un avis favorable.

Il conviendrait toutefois de vérifier que la poursuite de l'activité privée n'entraîne ni interférence, ni atteinte à la neutralité du service, ni risque de conflit d'intérêts avec l'activité publique, compte tenu des fonctions exercées. L'existence d'un tel risque déontologique, à condition qu'il demeure modéré⁶, pourrait justifier que l'administration émette à titre de réserve une obligation d'abstention du fonctionnaire, dans le cadre de son activité privée, de faire état de sa qualité de fonctionnaire, une interdiction d'effectuer toute démarche commerciale sur les lieux de ses fonctions administratives ou d'avoir pour clients des personnes avec lesquelles il est en contact dans l'exercice de ses fonctions administratives.

En outre, il est nécessaire de rappeler que le temps partiel autorisé dans le cadre d'un cumul pour création d'entreprise ne peut être inférieur au mi-temps.

Il est accordé par l'autorité hiérarchique sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service et compte tenu des possibilités d'aménagement de l'organisation du travail et pour une durée maximale de trois ans, renouvelable un an, à compter de la création ou de la reprise de cette entreprise.

6° M. C. Fonctionnaire en congé pour invalidité temporaire imputable au service (Citis) peut-il avoir une activité de location de gîtes, exercée avec sa compagne?

⁵ Art. L 432--12« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

⁶ Voir cas précédent

Réponse

Bien qu'elle ne soit plus inscrite dans la loi modifiée par la loi déontologie de 2016 au titre des possibilités de cumul autorisées, l'ancienne commission de déontologie a considéré que le législateur n'avait pas eu pour intention de remettre en cause la liberté des agents publics de gérer leur patrimoine personnel ou familial et que les fonctionnaires demeurent libres de gérer leur patrimoine personnel et familial.

La difficulté est de déterminer les contours exacts de la notion de gestion du patrimoine familial et personnel et ses limites.

L'interdiction faite aux agents de cumuler leurs fonctions administratives avec une création d'entreprise (l du nouvel article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983) concerne essentiellement l'hypothèse dans laquelle cette entreprise est le support d'une véritable activité professionnelle. L'ancienne Commission de déontologie a ainsi précisé que ce caractère professionnel devait être apprécié en tenant compte de différents indices tels que la forme juridique de l'entreprise, la nature et l'ampleur de l'activité, les moyens matériels et intellectuels mis en œuvre ou encore, le cas échéant, la répartition du capital (Avis n°16T1850 du 7 juillet 2016). Ainsi selon la Commission de déontologie, la création d'une SCI dont le capital est partagé entre un fonctionnaire et son épouse et dont il assure la gérance ne relève pas des interdictions énumérées par l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (avis n° 16E1826 du 7 juillet 2016)

La commission de déontologie avait d'ailleurs décliné sa compétence dans l'hypothèse de la création d'une autoentreprise ayant pour objet la gestion de chambres d'hôtes dans la mesure où ces chambres étaient peu nombreuses, situées à l'intérieur de la résidence principale de l'agent et qu'elles ne sont offertes à la location que les week-ends et durant les périodes de congé du fonctionnaire (Avis n° 16T1850 du 7 juillet 2016).

Dans le cas d'une activité de location de meublé de tourisme qui peut être assimilée à une activité de loueur en meublé, la définition fiscale de cette activité peut permettre de distinguer l'activité professionnelle de l'activité non professionnelle. La définition de l'activité de loueur en meublé professionnel a été modifiée à la suite d'une décision n° 2017-689 QPC du 8 février 2018 du Conseil constitutionnel. Cette décision QPC a jugé contraire à la Constitution, pour la qualification de loueur en meublé professionnel, la condition tenant à l'obligation d'inscription d'un des membres du foyer fiscal au registre du commerce et des sociétés alors prévue au VII de l'article 151 septies du CGI. Le caractère professionnel de l'activité de loueur en meublé s'apprécie donc désormais au regard des deux seules conditions prévues aux 2° et 3° du 2 du IV de l'article 155 du CGI, c'est-à-dire

- des recettes annuelles excédant 23 000 euros
- des recettes annuelles représentant une part prépondérante des revenus du foyer fiscal.

Eu égard aux éléments précédents, et sous réserve d'une clarification des responsabilités dans l'activité de gestion des gîtes, l'avis demandé appelle les réponses suivantes :

-si l'activité de loueur en meublé exercée par M. C. ne répond pas aux deux critères cumulatifs du caractère professionnel énoncés ci-dessus, et qu'il s'agit de biens relevant de son patrimoine, cette activité peut être exercée librement, si l'on procède par référence aux avis rendus par l'ancienne commission de déontologie et ne serait pas incompatible avec son statut de fonctionnaire, surtout si l'activité est exercée avec sa compagne.

-En revanche, si cette activité de loueur en meublé est exercée selon les critères professionnels, elle impliquerait le respect des règles d'autorisation de cumul (temps partiel et autorisation de l'administration) et ne semble dès lors pas envisageable dans le cas où le fonctionnaire bénéficierait d'un congé de maladie ou d'invalidité.

7° Un éducateur spécialisé peut-il exercer dans le cadre d'un cumul une activité d'hypnothérapeute ?

Réponse

Comme dans tout exercice d'une activité en cumul, le contrôle vise à la prévention du risque déontologique et du risque pénal.

Le risque de confusion et de conflit d'intérêt est réel car le public concerné est en effet largement similaire et l'action de l'éducateur pourrait être confondue avec celle du thérapeute.

Par ailleurs, si la jurisprudence développée par l'ancienne commission de déontologie a été assouplie à l'égard des pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique, plusieurs avis rendus par la commission soulignent le risque de certaines de ses activités⁷ pour l'image et le bon fonctionnement de l'administration à laquelle l'agent appartient. La commission avait considéré que les activités mettant en œuvre des pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique ne pouvaient être cumulées, sans porter atteinte à l'indépendance et au bon fonctionnement du service, avec les fonctions administratives des personnels éducatif, médical, médico-social et policier et avec les fonctions des magistrats administratifs. A titre d'exemple, en ce qui concerne un professeur de collège, la commission avait considéré que la pratique de thérapies complémentaires en énergétique chinoise et hypno thérapie devait être regardée comme une activité de soins non conventionnelle et qu'en égard au risque de confusion entre des fonctions administratives d'enseignement exercées dans un établissement scolaire et une telle pratique, le cumul d'une activité privée lucrative fondée sur cette pratique avec l'exercice des fonctions de professeur en collège pouvait mettre en cause le fonctionnement normal du service (avis 19E0003 du 14 février 2019). Au vu de ces éléments, le cumul d'activités ne devrait pas être autorisé.

II MOBILITE PUBLIQUE-PRIVE

Il appartient désormais à l'autorité hiérarchique d'émettre un avis sur le projet de cessation temporaire ou définitive des fonctions d'un fonctionnaire qui souhaite exercer une activité privée lucrative dans les conditions prévues aux III et IV de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983. Toutefois, la procédure est modifiée, puisque désormais l'article 25 octies dispose que le fonctionnaire (ou l'agent public) doit saisir à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité. C'est seulement «lorsque l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant le début de cette activité, [qu'] elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis de ce dernier ne permet pas de lever ce doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. »

⁷ La Miviludes (Mission de vigilance contre les dérives sectaires) souligne le lien de certaines de ces activités avec des dérives sectaires

Comme cela a déjà été précisé, la Haute Autorité est saisie sur le fondement de sa compétence obligatoire, pour les fonctions énumérées par l'article 2 du décret n° 2020-69. Dans ce cas, elle se prononce sur la compatibilité de l'activité privée envisagée avec la totalité des fonctions publiques occupées au cours des trois dernières années. Cette modification textuelle donne désormais davantage de latitude à l'autorité administrative tout en renforçant le rôle du référent déontologue. Dans les cas les plus simples, l'autorité territoriale n'est tenue de saisir ni le référent déontologue, ni *a fortiori* la Haute autorité. En cas de doute sérieux, elle saisit le référent déontologue. Et c'est seulement dans le cas où l'avis rendu par le référent déontologue ne permet pas de lever le doute, qu'il convient de saisir la Haute autorité.

1° Un agent exerçant des fonctions de direction au sein d'un service d'action sociale envisage de prendre une disponibilité afin d'exercer la profession d'agent immobilier. Cette démarche soulève-t-elle des difficultés du point de vue déontologique ?

Réponse

Le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique précise les modalités du contrôle déontologique exercé selon les cas par l'administration ou la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

Dans le cas qui nous concerne, ce contrôle relève en premier lieu de l'autorité hiérarchique. Aux termes de la loi, le référent déontologue peut cependant être saisi par l'administration en cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet avec les fonctions exercées par l'agent public au cours des trois dernières années. C'est dans ce cadre qu'intervient le présent avis.

Eu égard à la nature de l'activité privée envisagée dans le cadre d'une disponibilité, celle-ci ne présente à première vue de risque pénal ou déontologique par rapport aux fonctions exercées par l'agent public sur les trois dernières années et cette activité ne risque donc pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ou de méconnaître un principe déontologique mentionné au chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983 susvisée. Elle peut donc faire l'objet d'un avis de compatibilité avec les fonctions antérieures.

A titre indicatif, l'ancienne commission de déontologie avait admis la possibilité pour un fonctionnaire des finances d'exercer en cumul une activité de création d'agence immobilière dans le ressort territorial de son service. La commission avait assorti son avis de compatibilité de réserves traditionnelles afin d'empêcher toute confusion entre les fonctions administratives et l'entreprise (avis n° n° 18E0305, 8 févr. 2018).

Les risques d'interférence et de confusion avec le fonctionnement du service sont supérieurs dans le cas de cumul d'activités, en raison d'une confusion toujours possible dans la personne de l'agent public entre ses fonctions publiques et son activité privée. En l'espèce, en raison de l'absence de lien entre les fonctions administratives et le projet d'entreprise, et puisqu'il s'agit d'une cessation des fonctions dans le cadre d'une disponibilité, il ne semble pas nécessaire d'assortir l'avis de compatibilité de réserves particulières.

2° Un fonctionnaire du cadre d'emploi des adjoints techniques territoriaux//grade d'emploi d'adjoint technique) en charge d'un atelier de formation en céramique sollicite une disponibilité d'une année pour reprendre une entreprise de vente d'objets en porcelaine-céramique dans une autre ville

Réponse

La loi du 13 juillet 1983 modifiée prévoit des règles concernant la création ou la reprise d'entreprise par des agents publics. Le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique envisage sur le plan déontologique les conditions de la reprise d'une activité privée par un agent public. Le contrôle déontologique qui doit être effectué dans ce cas de figure tend à vérifier la compatibilité de cette activité avec les précédentes fonctions (article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983; art. 18 à 25 du décret précité) et notamment à vérifier que l'activité envisagée ne risque pas, de porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou la neutralité du service, n'est pas contraire aux principes de dignité, impartialité, intégrité et probité et ne risque pas de placer l'agent dans une situation de conflit d'intérêt, voire de commettre l'infraction pénale de prise illégale d'intérêts (articles 432-12 et 432-13 du code pénal).

Les conditions de la reprise d'une activité privée par un agent public s'avèrent plus contraignantes pour un exercice dans le cadre d'un cumul que pour un départ même temporaire vers le secteur privé dans le cadre par exemple d'une disponibilité.

Pour un fonctionnaire en disponibilité, rien ne s'oppose, semble-t-il, à l'exercice d'une telle activité privée, cette activité ne faisant pas apparaître de risque particulier de conflit avec les missions de service public exercées jusque-là et n'apparaissant pas non plus susceptible, de compromettre même en apparence l'impartialité de son ancienne administration ou de porter atteinte à la dignité de ses anciennes fonctions.

Toutefois, bien que le risque soit mineur du fait de la différence de lieu géographique entre l'activité publique et l'activité privée (changement de département), l'administration peut à titre de précaution formuler des réserves traditionnelles et recommander à l'agent de s'abstenir dans le cadre de son activité privée, de toute démarche auprès de son administration d'origine, de ne pas prendre pour clientes des entreprises qui auraient fait l'objet d'un contrôle ou d'une décision quelconque de sa part pendant l'exercice de ses fonctions publiques.

3° Un fonctionnaire en disponibilité peut-il avoir une activité de location de gîtes ?

Réponse

Bien qu'elle ne soit plus expressément affirmée par les textes relatifs aux exceptions à la règle de non-cumul depuis 2016, il ne semble pas que la liberté de gérer leur patrimoine personnel et familial ait été remise en question et il est admis par exemple, qu'un agent public peut librement gérer son patrimoine immobilier personnel, et ainsi percevoir les loyers d'un appartement dont il serait propriétaire. L'ancienne commission de déontologie avait notamment dans son rapport 2017⁸ considéré que la création d'une autoentreprise ayant pour objet la gestion de chambres d'hôtes ne relève pas de sa compétence si ces chambres sont peu nombreuses, situées à l'intérieur de la résidence principale de l'agent et qu'elles ne sont offertes à la location que les week-ends et durant les périodes de congé du fonctionnaire (Avis n°16T1779 du 7 juillet 2016)

Pour un fonctionnaire en disponibilité pour convenance personnelle, rien ne semble s'opposer, *a fortiori*, à l'exercice d'une activité de location de meublé à titre non professionnel, qui ne pose pas de

⁸ Rapport d'activité 2017, p. 49

problème déontologique et peut être rattachée à la gestion du patrimoine de l'agent. L'activité de gîte relève de cette qualification de location de meublé à titre non professionnel dès lors qu'au titre de la réglementation fiscale, les recettes annuelles n'excèdent pas un certain montant (23 000 € sur l'année civile ou n'excèdent pas les revenus du foyer fiscal soumis à l'impôt sur le revenu dans les catégories des traitements et salaires (y compris les pensions et rentes viagères ainsi que les revenus des gérants et associés mentionnés à l'article 62 du CGI), des bénéfices industriels et commerciaux (autres que ceux tirés de l'activité de location meublée), des bénéfices agricoles et des bénéfices non commerciaux).

4° M. X, technicien dans une collectivité, souhaite démissionner de la fonction publique afin de créer une entreprise, ce départ définitif implique-t-il néanmoins un contrôle déontologique ?

Réponse

Le législateur n'a pas prévu de réelle différenciation des règles déontologiques encadrant le départ du secteur public vers le secteur privé, selon qu'il s'agit d'un départ provisoire (disponibilité, détachement) ou d'un départ définitif (démission, mise à la retraite, rupture conventionnelle). La démission en vue d'une création d'entreprise étant une forme de mobilité public-privé, même si elle permet d'envisager une plus grande liberté pour l'agent, implique le respect de certains principes et maintient le contrôle qui vise à éliminer tout risque déontologique et pénal. Ainsi, la création d'une entreprise nouvelle dans toutes les hypothèses de départ définitif de la fonction publique entraîne un risque déontologique si la nouvelle activité risque de « compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ou de méconnaître un principe déontologique mentionné à l'article 25 de la loi du 13 Juillet 1983.

A cet égard, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, compétente à compter du 1er février 2020 pour le contrôle de la mobilité public/privé maintient la jurisprudence établie par la commission de déontologie qui a souvent formulé des réserves consistant à interdire au fonctionnaire, dans le cadre de son activité privée, d'avoir des relations professionnelles avec son ancien service ou avec des entreprises dont il a eu à connaître de la situation dans ses fonctions administratives.

D'une façon générale, il est recommandé à l'agent ou au responsable public qui crée une entreprise de s'abstenir de toute démarche auprès de son ancienne administration pendant un délai de trois ans⁹, de ne pas prendre pour clientes des entreprises qui auraient fait l'objet d'un contrôle ou d'une décision quelconque de sa part pendant l'exercice de ses fonctions publiques, de ne pas rejoindre une entreprise ou exercer une nouvelle activité qui compromettrait, au moins en apparence, l'impartialité de son ancienne administration ou porterait atteinte à la dignité de ses anciennes fonctions.

5° Un éducateur en disponibilité peut-il exercer une activité libérale de thérapeute familial ?

Réponse

Du point de vue des risques déontologiques, l'activité libérale est assimilable à l'activité salariée. Les activités envisagées, lorsqu'elles s'appuient sur l'expertise acquise par l'intéressé au cours de ses précédentes fonctions administratives, ne doivent pas le conduire à intervenir sur des dossiers ou pour

⁹ La HATVP précise que le délai de trois ans doit être décompté non pas à partir de la cessation des fonctions mais à partir du dernier acte de surveillance ou de contrôle, de la date de conclusion du dernier contrat, de la dernière décision adoptée ou, encore, du dernier avis formulé, chacun de ces actes correspondant à l'exercice effectif des fonctions.

des clients dont il a eu à connaître dans le cadre de ses précédentes fonctions, et ne doivent pas être en lien avec les personnes, services ou organismes issus de ces précédentes fonctions.

III Ethique et déontologie

1° Un agent de la collectivité, en disponibilité depuis 5 ans et demi, souhaiterait intégrer le bureau d'une association, subventionnée par la commune, association qui assure la gestion d'une crèche.

Le DRH s'interroge sur les risques déontologiques afférents à cette situation ?

Réponse

L'interrogation porte ici sur les risques déontologiques pesant sur un agent en disponibilité dans ses activités privées non lucratives. Certes le caractère non lucratif de l'activité n'exclut pas le contrôle.

Ce dernier, sous réserve d'une éventuelle spécificité du dossier liée aux fonctions précédemment exercées par l'agent, exercé sur un agent en position de disponibilité depuis plus de cinq ans par rapport à son activité privée s'avère plus souple que celui exercé dans le cadre d'un cumul d'activités. Certes le fait d'intégrer le bureau d'une association ne constitue pas une mobilité professionnelle vers le secteur privé mais peut néanmoins créer un risque déontologique comme le conflit d'intérêts, ou un risque de prise illégale d'intérêt (délit prévu à l'article 432-13 du code pénal. Le contrôle de compatibilité de l'activité projetée avec les principes déontologiques s'exerce en effet non seulement lorsque le fonctionnaire rejoint une entreprise privée mais encore lorsqu'il rejoint un organisme de droit privé ou lorsqu'il entend exercer une activité libérale.

Il convient de rappeler que le contrôle pénal tend à s'assurer qu'un départ vers le secteur privé ou que l'exercice d'une activité privée –même non lucrative- ne conduit pas le fonctionnaire à commettre le délit de prise illégale d'intérêts. Le code pénal retient en effet une définition large de l'intérêt qui n'est pas forcément financier. La vérification du risque déontologique impose de rechercher si l'activité du fonctionnaire dans le secteur privé ne porte pas atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. Toutefois lorsque l'agent intéressé cesse ses fonctions administratives temporairement ou définitivement, l'éventuelle interdiction ou réserve s'applique pour une durée de trois ans à compter de la cessation des fonctions justifiant l'interdiction ou la réserve, et ce, qu'il s'agisse d'un départ définitif ou temporaire (disponibilité) de la fonction publique.

Dans le cas évoqué, l'agent se trouve être en disponibilité depuis plus de trois ans. Aussi, il semble qu'il n'y ait pas lieu de rechercher une incompatibilité entre les missions antérieures de l'agent public et son projet d'intégrer le bureau d'une association, même subventionnée par la collectivité.

En revanche, dans un souci de préserver l'indépendance ou la neutralité du service, un retour de l'agent dans le service pourrait donner lieu à une vérification de sa situation au regard d'intérêts privés.

2° Un directeur de services souhaite connaître la portée des obligations de réserve, de discrétion professionnelle, et de neutralité des agents publics pendant une campagne électorale et les possibilités de sanction attachées à ces manquements parmi lesquels figurent potentiellement la communication de documents confidentiels .

Les obligations évoquées s'inscrivent en effet dans le cadre du respect des principes déontologiques contenus dans les articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 (soit une dizaine d'articles au total compte-tenu de la numérotation particulière). Le fonctionnaire est certes un citoyen et à ce titre, il dispose de

libertés telles que la liberté d'opinion. Mais L'article 25 impose ainsi aux fonctionnaires, et plus largement aux agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, une obligation de neutralité, et de respect du principe de laïcité. La neutralité renvoie à toute forme d'opinion, et notamment à l'opinion politique ou religieuse. Le Conseil d'État a toujours considéré que tout agent qui collabore à un service public est soumis, dans l'exercice de ses fonctions, à cette obligation très stricte, qui lui interdit de manifester ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses de quelque manière que ce soit. Les fonctionnaires ne doivent pas donner l'impression qu'ils pourraient avantager ou désavantager les usagers du service public selon les opinions de ceux-ci ou leurs propres opinions.

L'obligation de discrétion professionnelle protège l'administration contre une diffusion d'informations orales ou écrites qui mettrait en péril ou simplement gênerait le bon fonctionnement du service. L'obligation de discrétion professionnelle a un champ plus large que celui du secret (qui ne concerne que les informations à caractère secret des administrés dont l'agent est dépositaire du fait de ses fonctions et attributions); L'obligation de discrétion professionnelle pèse sur tous les agents publics vis-à-vis de toute personne étrangère au service et les manquements à cette obligation statutaire doivent être appréciés au regard de la gravité des faits.

L'obligation de réserve, elle, ne figure pas dans la loi statutaire. Elle demeure définie par la jurisprudence et s'apprécie au cas par cas en fonction de la nature des responsabilités de l'agent, des circonstances, et du contexte. Elle implique une certaine retenue dans l'extériorisation des opinions.

Les périodes électorales peuvent être propices aux manquements à ces obligations déontologiques. Tout manquement à une obligation statutaire ou /et déontologique est susceptible de sanctions disciplinaires dont le choix doit s'avérer proportionnel à la gravité du manquement.

Ainsi, à titre d'exemple, la sanction la plus lourde, le licenciement à titre disciplinaire pour un contractuel a été validée par le Conseil d'Etat (CE 20-03-2017, n° 393320) pour un agent ayant divulgué sur Internet, au moyen d'un « blog » personnel et de comptes ouverts à son nom dans trois réseaux sociaux, des éléments détaillés et précis sur les domaines d'activité de la police municipale dans lesquels il intervenait, en faisant, en outre, systématiquement usage de l'écusson de la police municipale.

Toutefois, plus généralement, une sanction liée à la communication de documents devra s'accompagner de la vérification que les documents communiqués ne sont pas communicables, et que l'agent n'a pas agi en qualité de lanceur d'alerte, ce qui semble peu probable, puisqu'il ne semble y avoir eu aucune démarche en ce sens.

La procédure disciplinaire en prévoyant la règle de communication du dossier et la convocation du conseil de discipline permet à la fois d'éclairer l'autorité disciplinaire sur le choix d'une sanction adaptée, tout en offrant à l'agent les garanties d'une procédure contradictoire.

Au terme de cette troisième année de bilan, je souhaiterais adresser mes remerciements à l'ensemble de mes interlocuteurs du Centre de gestion, et en particulier à son directeur –général et à l'ensemble de l'équipe de direction toujours disponible et efficace.

Ce rapport pourrait être suivi de propositions. J'en retiendrai deux dans l'immédiat. Dans le champ territorial qui est le mien, et compte-tenu de l'évolution des responsabilités dans le cadre déontologique associant plus étroitement le référent déontologue à l'évaluation du risque déontologique par les autorités territoriales, il m'apparaît souhaitable de développer des rencontres

avec les collectivités territoriales. Cette démarche a notamment été esquissée avec le Département, largement sous forme de visio-conférences eu égard au contexte sanitaire et présente de réels avantages pour l'ancrage de la culture déontologique au sein des équipes.

Dans le contexte national, la mise en place de réseaux de déontologues et d'échanges avec la Haute autorité me semble être une priorité. A cet égard, la prise en charge globale des questions déontologiques par la Haute autorité semble présenter de réels avantages en particulier du fait de la communication renforcée avec les référents déontologues, et des actions de soutien en faveur de réseaux de déontologues.

Pau, le 26 février 2021

Annie Fitte-Duval

Référente déontologue, laïcité et alerte éthique, CDG des Pyrénées Atlantiques

Madame le référent déontologue, laïcité et alerte éthique

Maison des Communes – Cité administrative – Rue Auguste Renoir – ☒ CS 40609 – 64006 PAU Cedex

Internet : www.cdg-64.fr