

RAPPORT
D'ACTIVITÉ
2013

Commission de déontologie de la fonction publique

Accès des agents publics au secteur privé

Rapport au Premier ministre



OUTILS DE LA GRH

SOMMAIRE

Introduction	p. 1
Première partie : le départ dans le secteur privé et le cumul d'activités (application des décrets n° 2007-611 du 26 avril 2007 et n° 2007-658 du 2 mai 2007)	p. 4
1. Le bilan de l'activité de la commission	p. 5
1.1 Nombre de saisines	p. 5
1.2 Cas de saisines	p. 8
1.3 Origine des saisines	p. 8
1.3.1 Origine des saisines par administration ou autorité gestionnaire	p. 8
1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents	p. 10
1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé	p. 11
1.4 Sens des avis	p. 15
1.5 Suites données aux avis	p. 18
2. La jurisprudence de la commission	p. 19
2.1 La procédure suivie devant la commission de déontologie	p. 19
2.1.1 Formation compétente.....	p. 19
2.1.2 Audition des agents	p. 19
2.1.3 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier	p. 19
2.1.4 Irrecevabilité	p. 20
2.1.5 Délai d'instruction	p. 20
2.1.6 Demande de seconde délibération	p.21
2.2 Le contrôle des agents publics cessant leurs fonctions	p. 22
2.2.1 Compétence de la commission	p. 22
A) Quels sont les agents concernés ?	p. 22
B) La notion de fonctions administratives	p. 23

C) La position du fonctionnaire au moment du contrôle	p. 24
D) Quelle est la nature des activités privées contrôlées par la commission ?.....	p. 25
1) <i>Les avis susceptibles d'être rendus par la commission en application du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 visent toute activité dans une entreprise privée.</i>	p. 25
2) <i>Les avis susceptibles d'être rendus par la commission en application du B du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 visent toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé et toute activité libérale.</i>	p. 27
E) Quelle est l'étendue dans le temps du contrôle de la commission de déontologie ?.....	p. 29
1) <i>Période de l'activité administrative antérieure de l'agent public soumise au contrôle de la commission</i>	p. 29
2) <i>Période de l'activité privée de l'agent public pouvant être soumise à interdiction ou à une réserve</i>	p. 29
3) <i>Période de l'activité privée de l'agent public soumise à une obligation d'information</i>	p.30
2.2.2 La nature et les principaux critères du contrôle	p.30
1) Le respect de l'article 432-13 du code pénal	p. 30
2) Le respect des critères déontologiques	p. 33
2.2.3 Quelques exemples	p. 36
1) Les principales catégories d'agents	p. 36
2) Les autres agents	p. 39
2.3 Le contrôle des agents publics pratiquant un cumul d'activités	p. 43
2.3.1 Compétence de la commission	p. 43
A) Quels sont les agents et les cas visés ?	p. 43
B) Le champ de compétence de la commission	p. 46
B.1 La commission n'est pas compétente dès lors qu'il n'y a pas création d'entreprise....	p. 46
B.2 La commission n'est pas compétente lorsque le cumul est interdit par la loi	p. 46
B.3 La commission n'est pas compétente lorsque l'agent exerce certaines activités que le législateur a expressément autorisées	p. 47

1° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour exercer une profession libérale qui découle de la nature de ses fonctions p. 47

2° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour créer une entreprise individuelle destinée à la gestion de son patrimoine personnel et familial p. 48

3° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour produire une œuvre de l'esprit p. 49

B.4 La commission n'est pas compétente lorsque l'agent qui demande une autorisation de cumul exerce ses fonctions à temps incomplet ou non complet pour une durée inférieure ou égale à 70 % d'un emploi à temps completp. 49

B.5 La commission n'est pas compétente lorsque l'entreprise créée par l'agent constitue une modalité d'exercice de son activité publiquep. 49

B.6 La notion d'activité accessoire. La commission n'est pas compétente lorsque l'agent souhaite exercer une activité accessoire soumise à l'autorisation préalable de la seule administrationp.49

C) Les périodes à prendre en considération dans le cas du cumul d'activitésp. 53

2.3.2. La nature et les critères du contrôle de la commissionp. 53

A) Le respect de l'article 432-12 du code pénalp. 53

B) La notion de dignité des fonctions administrativesp. 54

C) La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du servicep. 54

Le cas particulier des professions réglementéesp. 55

Deuxième partie : le départ ou le cumul dans le secteur privé de la recherche : application des articles L. 413-1 et s. du code de la recherche (devenus art. L.531-1 et s.)

Présentationp. 58

1. Le bilan de l'activité de la commissionp. 63

1.1. Fonctionnement de la commissionp. 63

1.2 Nombre de saisines.....p. 65

1.3 Cas de saisinesp. 65

1.4 Origine des saisinesp. 66

1.4.1 Répartition des saisines par organisme gestionnairep. 66

1.4.2 Répartition des saisines par catégories d'agent et par corps	p. 66
1.5 Sens des avis	p. 67
1.6 Suites données aux avis	p. 68
2. La jurisprudence de la commission	p. 69
2.1 Compétence de la commission	p. 69
2.2 Agents pouvant bénéficier des dispositions du code de la recherche	p. 69
2.3 Procédure	p. 70
2.4 Portée de l'avis	p. 70
2.5 Application des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche (devenus articles L.531-1 et s.)	p. 71
2.6 Application des articles L. 413-8 et suivants du code de la recherche (devenus articles L.531-8 et s.)	p. 72
2.6.1 Convention de concours scientifique	p. 73
2.6.2 Participation au capital	p.75
2.6.3 Contrat de valorisation	p. 75
2.7 Participation au conseil d'administration d'une société : article L. 413-12 et suivants (devenus articles L.531-12 et s.)	p. 78
Conclusion	p. 81
Annexes	p. 87

INTRODUCTION

La commission de déontologie a été instaurée par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. Cette loi a été réformée à plusieurs reprises.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, la commission de déontologie, compétente pour l'ensemble des agents publics, donne un avis sur les déclarations des agents qui quittent le secteur public, de manière temporaire ou définitive, pour exercer une activité privée lucrative, ainsi que sur les cas de cumul pour création ou reprise d'entreprise par des fonctionnaires ou agents publics, ou bien de poursuite d'activité comme dirigeant d'entreprise, pour une personne entrant dans la fonction publique (article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

La saisine de la commission n'est pas obligatoire, lorsque l'agent rejoint le secteur privé, dans le cas de personnes qui n'ont manifestement pas été chargées dans leurs fonctions publiques, soit d'assurer le contrôle ou la surveillance d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur ces contrats, soit de proposer des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur ces décisions.

La loi n° 2009-972 du 3 août 2009, répondant au souhait exprimé publiquement par la commission, a conforté son rôle en lui donnant notamment le pouvoir de se saisir elle-même d'un cas d'espèce lorsque les conditions en sont réunies, alors que ni l'administration, ni l'agent ne l'avait fait.

Ce texte a également rendu expressément obligatoire la saisine de la commission pour les membres des cabinets ministériels ainsi que pour les collaborateurs du Président de la République. Enfin, la loi du 3 août 2009 instaure une obligation d'information de la commission de déontologie, pour les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales qui désirent exercer, après leur départ de la collectivité, une activité privée lucrative.

Le champ et les modalités d'application de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ont été précisés par le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 qui fixe les règles relatives à l'exercice d'activités privées des fonctionnaires ou des agents non titulaires cessant temporairement ou définitivement leurs fonctions selon toutes les modalités possibles, ainsi que les règles de saisine de la commission. Ce décret a été modifié par le décret n° 2010-1079 du 13 septembre 2010 pour tirer, au plan réglementaire, les conséquences de la loi du 3 août 2009.

Dans le cas du cumul pour création ou reprise d'entreprise, ou pour poursuite d'activité en qualité de dirigeant d'entreprise, la saisine pour avis de la commission est obligatoire.

La loi du 3 août 2009 a porté la durée maximale du cumul pour création ou reprise d'entreprise de un an à deux ans, période renouvelable une fois pour une durée maximale d'un an.

Pour pratiquer ce cumul, les agents publics peuvent soit poursuivre leur activité à temps plein, soit bénéficier d'un temps partiel de droit.

Le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 fixe les conditions d'application du cumul pour création ou reprise d'entreprise, et précise le rôle de la commission de déontologie dans ce cadre. Il détermine également les activités, dites accessoires, que les agents publics peuvent exercer et qui, en raison de leur nature, sont autorisées par les administrations elles-mêmes, sans qu'il soit besoin de saisir la commission de déontologie. Ce décret a été modifié par le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011 afin notamment d'étendre la liste des activités accessoires aux activités d'encadrement et d'animation et aux services à la personne.

En ce qui concerne les cas de cumul et de départ dans le secteur privé propres au secteur et aux personnels de la recherche, la commission de déontologie est compétente depuis 1999 pour donner son avis sur les autorisations demandées par les personnels de la recherche en vue de participer à la création d'entreprise et aux activités des entreprises existantes, en application des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche (voir seconde partie du présent rapport). Le décret du 26 avril 2007 comporte un titre spécifiquement consacré à la procédure à suivre pour l'examen des dossiers présentés en application du code de la recherche.

Les avis d'incompatibilité rendus par la commission de déontologie lient la décision de l'administration. En revanche, les avis de compatibilité, même assortis d'une réserve, laissent à l'administration le choix de la décision finale. Les avis d'incompatibilité en l'état résultent de dossiers incomplets, qui, une fois assortis des ajouts nécessaires, permettront à la commission d'émettre son avis.

Par ailleurs, le III de l'article 19 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 a étendu aux praticiens hospitaliers sous statut ou recrutés par contrat l'ensemble des dispositions relatives à la déontologie des fonctionnaires (article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; troisième et quatrième alinéas de l'article 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ; article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques) ainsi que les dispositions des articles L. 413-1 à L. 413-16, devenus L. 531-1 à L. 531-16, du code de la recherche. La même loi a inséré au code de la santé publique un article L. 6152-5-1 qui prévoit la possibilité d'interdire « *aux praticiens hospitaliers ayant exercé plus de cinq ans à titre permanent dans le même établissement d'ouvrir un cabinet privé ou d'exercer une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un laboratoire privé d'analyses de biologie médicale ou une officine de pharmacie où ils*

puissent rentrer en concurrence directe avec l'établissement public dont ils sont démissionnaires. »

Le décret n° 2010-1141 du 29 septembre 2010 a introduit un article R. 6152-97 au code de la santé publique pour modifier le statut des praticiens hospitaliers et a prévu de soumettre ces cas à la commission de déontologie.

*
* *

Comme le prévoit le V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, la commission est présidée par un conseiller d'Etat. Aujourd'hui unique pour les trois fonctions publiques, avec un tronc commun de quatre membres, elle comporte, outre son président, un conseiller à la Cour de cassation, un conseiller maître à la Cour des comptes et deux personnalités qualifiées, auxquels s'adjoignent deux membres supplémentaires siégeant en formation spécialisée pour chacune des trois fonctions publiques et pour les personnels de recherche.

Dans chacune de ces quatre formations siègent des fonctionnaires de haut niveau compétents dans le domaine traité par chacune d'entre elles (directeur d'administration centrale, directeur général des services, inspecteur général des affaires sociales...) ou des élus locaux.

Le président et les membres de la commission ont été nommés par décrets du 30 août 2011, du 11 janvier 2012, du 19 juillet 2012, du 21 août 2012, du 11 mars 2013 et du 11 juin 2013 pour une durée de trois ans.

La commission est également dotée d'un rapporteur général et d'un rapporteur général adjoint, tous deux issus du Conseil d'Etat, ainsi que d'une équipe d'une vingtaine de rapporteurs, majoritairement issus des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et des chambres régionales des comptes.

Le rapporteur général, le rapporteur général adjoint et les rapporteurs ont également été nommés pour une durée de trois ans (*cf.* article 7 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007), par arrêtés du 9 août 2011, du 12 juillet 2012 ainsi que des 7 mars, 28 mai, 25 juillet et 20 septembre 2013.

La commission présente ici son septième rapport, qui sera remis au Premier ministre conformément à l'article 11 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007.

*
* *

Première partie

**LE DEPART DANS LE SECTEUR PRIVE
ET LE CUMUL D'ACTIVITES**

**Application des décrets n° 2007-611 du 26 avril 2007
et n° 2007-658 du 2 mai 2007**

1. LE BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION

1.1 SAISINES

Tableaux n°1 : Nombre d'avis émis au titre de l'application des décrets du 26 avril 2007 (cessation de fonctions administratives) et du 2 mai 2007 (cumul) – Evolution

Fonction publique de l'Etat

	2007 ⁽¹⁾	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre d'avis	1014	874	1073	1228	1106	1038	1155
Variation en %	-14,7	-16	+22,8	+14,45	-9,93	-6,15	+11,27

Fonction publique hospitalière

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre d'avis	1847	326	363	428	746	945	995
Variation en %	-40,38	-82,35	+11,34	+17,9	+74,3	+26,67	+5,29

Fonction publique territoriale

	2007 ⁽¹⁾	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre d'avis	957	834	1116	1730	1462	1391	1336
Variation en %	+11,6	-8,71	+33,8	+55	-15	-4,8	-3,9

(1) Application, du 1^{er} janvier 2007 au 26 avril 2007, du décret n° 95-168 du 17 février 1995, puis à partir du 27 avril 2007 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 et à partir du 3 mai 2007, du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007.

**Tableaux n° 2: Avis rendus par la commission de déontologie
(présentation générale par fonction publique).**

Fonction publique de l'Etat

2013	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007		Total
Avis en formation collégiale	106		46		152 (13,16%)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 24	Ordonnances 309	Avis tacites 17	Ordonnances 653	1003 (86,84%)
Total	439 (38%)		716 (62%)		1155 (100%)

Fonction publique hospitalière

2013	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007		Total
Avis en formation collégiale	5		11		16 (1,61%)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 143	Ordonnances 68	Avis tacites 269	Ordonnances 499	979 (98,39%)
Total	216 (21,71%)		779 (78,29%)		995 (100%)

Fonction publique territoriale

2013	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007		Total
Avis en formation collégiale	40		105		145 (10,85%)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 108	Ordonnances 136	Avis Tacites 242	Ordonnances 705	1191 (89,15%)
Total	284 (21,26%)		1052 (78,74%)		1336 (100%)

Pour les trois fonctions publiques, la commission a été saisie de 3486 dossiers¹, dont plus de 70 % correspondent à des demandes de cumul d'activités.

Dans un souci d'efficacité, le législateur a prévu que les situations les plus simples du point de vue déontologique pourraient faire l'objet soit d'un avis tacite, soit d'une ordonnance du président de la commission.

Ainsi, le VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 dispose que « le président de la commission peut rendre, au nom de celle-ci, un avis de compatibilité dans le cas où l'activité envisagée est manifestement compatible avec les fonctions antérieures ou actuelles de l'agent. Il peut également rendre, au nom de la commission, un avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou constatant qu'il n'y a pas lieu à statuer ». La loi du 3 août 2009 a étendu cette procédure aux cas de cumul.

L'article 13 du décret du 26 avril 2007 prévoit que « *l'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de sa première saisine vaut avis favorable* ». L'avis tacite donne lieu à une information de l'administration et de l'agent.

Le décret du 2 mai 2007 a été modifié par le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011 afin de rendre également possible l'intervention d'un avis tacite de la commission dans les cas de cumul d'activités.

1) Dans la fonction publique de l'Etat, en 2013, les déclarations de cumul d'activités représentent plus de 60% des demandes examinées par la commission de déontologie, six ans après l'entrée en vigueur des dispositions correspondantes.

Plus de 85 % des avis de la commission de déontologie ne sont désormais plus examinés en séance. En effet, pour toutes les situations de départ dans le secteur privé ou de cumul qui ne présentent à l'évidence aucune difficulté d'ordre déontologique, le président de la commission a fréquemment utilisé la faculté que lui ouvre la loi de signer des avis en forme simplifiée (couramment dénommés « ordonnances ») au nom de la commission.

2) Pour la fonction publique hospitalière et les praticiens hospitaliers, 995 avis ont été rendus en 2013, nombre qui met en évidence une augmentation des demandes, notamment en ce qui concerne les cumuls d'activités qui représentent désormais près de 80 % des demandes. La proportion des dossiers de cumul d'activités par rapport au nombre total de dossiers soumis à l'examen de la commission est du même ordre que dans la fonction publique territoriale, pour laquelle elle dépasse les trois quarts des dossiers. Ceux-ci ne sont que pour une part marginale (environ 1,6%) examinés en séance.

¹ Ce chiffre ne prend pas en compte les dossiers examinés par le secrétariat de la commission et retirés à sa demande car entrant dans le champ des activités accessoires et donc soumis à la seule autorisation de l'administration (soit 93 dossiers en 2013 pour la seule fonction publique de l'Etat).

3) Dans la fonction publique territoriale, l'année 2013 est marquée par une certaine décline des saisines (environ 4 % de moins par rapport à 2012). Les demandes de cumul d'activités représentent la part la plus importante des dossiers examinés par la commission, s'élevant à plus de 78 %. Moins de 11 % de l'ensemble des dossiers ont été examinés par la commission en formation collégiale.

1.2 CAS DE SAISINES

1) Pour les départs dans le secteur privé, la saisine de la commission peut intervenir à l'initiative de l'agent ou de l'administration.

Comme pour les années précédentes, la très grande majorité des saisines relatives aux agents de la fonction publique de l'Etat émane des administrations dont relèvent les fonctionnaires intéressés, lorsqu'il s'agit d'un départ dans le secteur privé. Les demandeurs recourent rarement à la possibilité qui leur est offerte de saisir directement la commission tout en avertissant leur administration (article 3 du décret du 26 avril 2007). Cette faculté ouverte aux agents peut permettre de résoudre le désaccord éventuel qu'ils rencontrent avec leur administration sur les conditions de leur départ vers le secteur privé ou sur la régularité de ce départ au regard des règles déontologiques.

Cette faculté offerte tant à l'administration qu'à l'agent assure en principe la saisine de la commission dans des conditions satisfaisantes lorsque celle-ci est nécessaire.

Toutefois, en cas d'accord entre l'administration et l'agent pour ne pas saisir la commission alors même qu'une telle saisine serait nécessaire, la commission n'est plus dépourvue de tout moyen d'action : la loi ouvre, en effet, désormais la possibilité au président de la commission de saisir lui-même cette dernière.

En rendant la saisine de la commission facultative dans de nombreux cas, le législateur a conduit les administrations à prendre plus de responsabilités que par le passé en leur confiant le contrôle de déontologie. Cependant, le nombre relativement élevé d'avis rendus en forme simplifiée (avis tacites ou ordonnances) montre que la commission reste saisie de situations qui auraient pu faire l'objet d'un examen par les seules administrations.

2) L'exercice d'une activité privée au titre du cumul est facilité par la possibilité d'obtenir, un temps partiel de droit, qui ne peut être inférieur au mi-temps. Cette possibilité est toutefois assez peu utilisée, les agents indiquant souvent commencer leur activité privée pendant les périodes de congés ou de récupération.

1.3 ORIGINE DES SAISINES

1.3.1 Origine des saisines par administration ou autorité gestionnaire

Tableaux n° 3 : Origine des saisines par administration – Evolution (en %)**Fonction publique de l'Etat**

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Education nationale	11	33,2	34	39,81	33,3	35,07	36,88
Intérieur	14	18,7	15,09	13,05	18,8	16,67	19,13
Ministères économique et financier	28	27,6	15	15,9	18,72	18,3	12,9
Ecologie, développement durable	9	12,7	8	6,65	5,51	5,01	4,76
Défense	6	7,8	4,75	6,9	4,77	4,05	3,9
Autres	32	-	23,16	17,69	18,9	20,9	22,43
Total	100	100	100	100	100	100	100

Le tableau statistique ci-dessus ne prend en compte que les cinq ou six principales administrations de l'Etat qui saisissent la commission de déontologie.

Fonction publique territoriale

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Régions	3,7	3,7	2,59	2,4	3,4	3,02	5,9
Départements	13,2	19,7	16,40	19,0	16,8	20,78	19,5
Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS)	ND	4,7	7,88	9,2	9,4	9,56	9,3
Communes+ centres communaux d'action sociale (CCAS)	57,2	52,5	50,99	52,55	52,7	47,16	48,3
Regroupements de communes	13,1	12,2	13,62	9,2	12,6	14,17	10,9
Syndicats	6,6	4,5	2,87	3,4	3,0	3,95	2,5
Autres (2)	6,2	2,7	5,65	4,3	2,2	1,36	3,7

(2) Les SDIS étaient inclus dans cette rubrique en 2007.

1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents

Tableaux n° 4 : Répartition des avis par catégorie d'agents – Evolution (en%)

Fonction publique de l'Etat

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
2007	50	12	23	15	100
2008	57,6	13,5	15,6	13,3	100
2009	55,9	15	16,3	12,8	100
2010	55,09	15	19,88	10,03	100
2011	52,25	21,62	13,34	12,79	100
2012	54,72	19,75	12,33	13,2	100
2013	55,15	20,09	10,65	14,11	100
Moyenne	54,39	16,71	15,87	13,03	100

Fonction publique hospitalière

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
2007	7,36	81,6	10,39	0,65	100
2008	13,8	60,12	19,32	6,75	100
2009	20,38	43,25	28,92	7,44	100
2012	48,36	24,23	21,8	5,61	100
2013	47,74	24,42	20,4	7,44	100
Moyenne	27,53	46,72	20,17	5,58	100

Fonction publique territoriale

Année	Catégorie A		Catégorie B		Catégorie C		Total
	Titulaires	Contractuels	Titulaires	Contractuels	Titulaires	Contractuels	
2007	15	3,1	19,9	0,5	61,1	0,4	100
2008	17,66	3,73	17,41	1,25	58,70	1,25	100
2009	10,12	2,69	14,78	1,26	70,34	0,81	100
2010	11,2	2,5	14,0	1,1	70,3	0,8	100
2011	12,7	2,2	17,6	1,3	65,4	0,8	100
2012	12,4	2,9	20,1	0,8	60,3	3,5	100
2013	12	4,1	17,1	1,3	61,5	4	100
Moyenne	13,1	3,01	17,3	1,1	63,9	1,7	100

1) Dans la fonction publique de l'Etat, les saisines émanant d'agents de catégorie A, avec une proportion importante d'enseignants, représentent plus de la moitié des saisines.

Pour les autres catégories, la part relative des agents de catégorie B représente plus de 20 % des saisines en 2013, alors que celle des agents de catégorie C continue une lente décline pour s'établir à environ 10 % tandis que celle des agents contractuels demeure relativement stable aux alentours de 13%.

2) Dans la fonction publique hospitalière, la forte augmentation des demandes émanant de personnels de catégorie A, qui représentent aujourd'hui près de 48% des demandeurs contre 7 % en 2007, au détriment essentiellement de la catégorie B, peut s'expliquer par des reclassements catégoriels.

3) Dans la fonction publique territoriale, la part des agents de catégorie C représente encore plus de 60 % des demandes en 2013. On constate cette même année une légère baisse des demandes d'agents de la catégorie B (titulaires), lesquelles représentent 17% du total des saisines, tandis que les demandes émanant d'agents de la catégorie A est relativement stable.

1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé

Tableaux n° 5 : Origine des saisines par secteur d'activité envisagé

Ne sont mentionnés dans le tableau ci-dessous que les principaux secteurs d'activité privés vers lesquels se dirigent les agents publics, regroupés en fonction de leur occurrence dans les dossiers reçus.

Fonction publique de l'Etat

Secteurs (en %)	2013
Agriculture, pêche, forêt	2
Aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, travaux publics	3,81
Assurances, banques, immobilier	5,8
Bien être	9,7
Commerce	10,82
Communication, presse, audiovisuel, publicité	1,47
Culture, artistes, événementiel	5,28
Enseignement, formation	4,93
Entreprise artisanale	1,82
Expertise	3,46
Hôtellerie, restaurant, bar	2,51
Informatique, électronique, ingénierie	7,7
Juridique, audit, conseil	6,41
Médical, paramédical	5,8
Sécurité	5,63
Sports, tourisme, jeux, loisirs	2,77
Transports	4,33
Autres	15,76
Total	100

Fonction publique hospitalière

Secteurs (en %)	2013
Agriculture, pêche, forêt	0,8
Aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, travaux publics	2,51
Assurances, banques, immobilier	0,6
Bien être	9,75
Commerce	5,53
Culture, artistes, événementiel	1,91
Enseignement, formation	1
Emploi, social, solidarité	0,71
Hôtellerie, restaurant, bar	0,91
Informatique, électronique, ingénierie	0,71
Juridique, audit, conseil	0,6
Médical, paramédical	65,93
Secrétariat	0,8
Services à la personne	0,7
Transports	1,41
Autres	6,13
Total	100

Fonction publique territoriale

Secteurs (en %)	2013
Industrie, restauration-bar, commerce et développement économique, hôtellerie,	12,5
Services à la personne, bien-être, massage prestations de soins diverses, psychologue, thérapeute, psychanalyste	9,5
Médical, paramédical	2,9
Sports, tourisme, enseignement, formation, culture, évènementiel, artistes, photographie	17
Travaux publics, aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, petits travaux chez particuliers, transport environnement	13,8
Jardinage, espaces verts, entretien divers	5,4
Informatique, électronique, ingénierie et télécommunications	4
Agriculture, pêche et forêt	2,8
Profession libérale, artisanat, expertise, juridique, conseil et audit, architecture, graphisme, info graphisme	8,5
Banque et assurance, immobilier	3
Sécurité	1,9
Maîtrise d'œuvre	1,3
Communication, politique et management, secrétariat, administration, presse, audiovisuel et publicité	5
Autres (entretien et petites entreprises diverses, vente à domicile indépendante, vente ambulante)	12,4

1) Dans les trois fonctions publiques, les secteurs dans lesquels se concentrent le plus les demandes sont les suivants :

- sports, tourisme, enseignement, formation, culture, artistes, photographie ;
- travaux publics, aménagement, urbanisme, infrastructures, bâtiment, petits travaux chez particuliers, transport, environnement ;
- restauration (restauration rapide, ambulante, traiteur à domicile) et commerce (notamment vente de produits et services sur Internet ou chez les particuliers, mais également de mets et d'objets fabriqués personnellement par l'agent) ;

- soins à la personne et bien-être (coaching, relaxation, réflexologie, techniques diverses de massage, méditation, activité de psychologue pour les agents détenant le diplôme requis) ;
- informatique et Internet (dépannage informatique à domicile, graphisme web, conception de sites Internet) ;
- profession libérale, expertise, conseil et audit (activité de conseil aux entreprises, mais également aux particuliers : patrimoine, fiscalité, énergie), architecture, graphisme, artisanat (électricité, plomberie, maçonnerie).

Certaines de ces activités sont susceptibles d'être exercées au titre des activités accessoires, qui ne relèvent alors pas de la compétence de la commission et ne figurent donc pas dans les statistiques ici exposées, mais doivent être soumises à l'autorisation de l'administration employeur de l'agent, qui applique les mêmes règles déontologiques et prend également en compte les nécessités du service.

2) Les praticiens et auxiliaires médicaux de la fonction publique hospitalière s'orientent, pour plus de 60 %, vers des activités libérales dans leurs spécialités respectives (sages-femmes, infirmiers, psychomotriciens, masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes...).

1.4 SENS DES AVIS

Tableaux n° 6 : Sens des avis rendus collégalement et en forme simplifiée (ordonnances et avis tacites) confondus

Fonction publique de l'Etat (en %)

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Compatibilité (1)	74,0	62,8	54,6	55,6	48,38	44,72	41,73
Compatibilité sous réserves	22,3	25,7	25,8	26,34	36,2	41,77	41,73
Incompatibilité	1,4	1	1,8	1,34	1,26	1,05	1,04
Incompatibilité en l'état	0,5	1,5	0,6	0,25	1,08	0,09	0,17
Incompétence	1,6	8,9	14,8	12,87	11,64	11,42	12,21
Irrecevabilité	0,2	0,1	0,1	0,83	1,44	0,86	0,87
Doubles avis (2)	ND	ND	2,3	2,77	ND	ND	2,25
Demande prématurée	0	0	0	0	0	0,09	0
Total	100	100	100	100	100	100	100

(1) Y compris les avis tacites.

(2) Dans des cas nécessitant une double motivation : principalement incompétence/compatibilité, incompétence/compatibilité sous réserve, mais aussi en 2013 : 1 avis d'incompatibilité/incompétence, 1 avis d'incompatibilité/compatibilité sous réserve et 1 avis d'incompatibilité/compatibilité.

Fonction publique hospitalière (en %)

	2008	2009	2011	2012	2013
Compatibilité (1)	73,2	66,53	66,8	65,8	57,08
Compatibilité sous réserves	17,8	32,81	23,53	26,45	32,06
Incompatibilité	3,8	0,40	0,4	0,21	0,1
Incompatibilité en l'état	2,2	0,55	0	0,11	0
Incompétence	3	2,70	7,57	4,95	8,34
Irrecevabilité	0	0	1,7	2,48	1,91
Double avis	0	0	0	0	0,51
Total	100	100	100	100	100

(1) Y compris les avis tacites.

Fonction publique territoriale (en %)

	2007(1)	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Non lieu	/	0,4	0,3	0,2	0,1	0,1	0
Compatibilité	29,3	56,1	50,9	51,6	30,5	35	27,4
Compatibilité sous réserves	56,2	34,7	30,6	29,0	44	45	44,1
Incompatibilité	4,5	0,5	0,6	1,6	2,1	3	0,7
Incompatibilité en l'état	2,5	0,2	0,3	0,6	0,5	0,2	0,1
Incompétence	7,4	7,3	16,7	15,5	20,6	16	26
Irrecevabilité	/	0,8	0,5	0,5	0,4	0,6	1,3
Doubles avis	/	/	0,3	1	1,8	0,3	0,3
Total (1)	100	100	100	100	100	100	100

(1) En 2007, l'étude porte uniquement sur les dossiers examinés en séance

Tableaux n° 7 : Sens des avis rendus par la commission en formation collégiale**Fonction publique de l'Etat (en %)**

	2013
Compatibilité	28,29
Compatibilité sous réserve	42,1
Incompatibilité	7,89
Incompatibilité en l'état	1,32
Incompétence	12,5
Irrecevabilité	0,66
Double avis	7,24
Total	100

Fonction publique hospitalière (en %)

	2013
Compatibilité	25
Compatibilité sous réserve	18,75
Incompatibilité	6,25
Incompatibilité en l'état	0
Incompétence	43,75
Irrecevabilité	6,25
Double avis	0
Total	100

Fonction publique territoriale (en %)

	2013
Compatibilité	11
Compatibilité sous réserve	25
Incompatibilité	7
Incompatibilité en l'état	1
Incompétence	55
Irrecevabilité	-
Double avis	1
Total	100

L'importance des avis d'incompétence, représentant entre 12 et 26 % des saisines totales, s'explique pour une grande part par une incompréhension des textes relatifs au cumul d'activités. Dès lors que l'activité peut être considérée comme une activité accessoire, le cumul d'activités peut être autorisé par l'administration seule, sans saisine de la commission. Toutefois, en présence d'une création d'entreprise (le plus souvent sous le statut d'auto-entrepreneur), certaines administrations saisissent systématiquement la commission de déontologie, y compris lorsque cette création relève d'une activité privée regardée comme accessoire au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

Cette situation recouvre le cas fréquent où un agent crée une activité de formation, de conseil, d'expertise ou agricole, toutes activités figurant dans la liste des activités accessoires de l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

Soucieuse de répondre aux interrogations des administrations, la commission de déontologie, tout en se déclarant incompétente, a, lorsque la situation le nécessitait, appelé l'attention de l'administration sur le risque déontologique éventuel.

Les avis d'incompatibilité en l'état, qui ne représentent que quelques dossiers par an, s'expliquent par le caractère insuffisant des informations fournies par

l'administration et par l'agent. Il est donc utile de rappeler aux administrations gestionnaires les recommandations de la commission :

1°) indiquer un correspondant, auquel le rapporteur pourra facilement s'adresser ;

2°) se faire représenter aux séances de la commission ;

3°) rappeler aux agents dont le cas est examiné qu'ils doivent se tenir à la disposition (au moins téléphonique ou électronique) des rapporteurs pendant la période d'instruction et qu'ils sont susceptibles d'être convoqués par la commission.

Les avis de compatibilité sans réserve – y compris les avis tacites – représentent près de 42 % des avis rendus pour la fonction publique de l'Etat, 57 % pour la fonction publique hospitalière et 27 % pour la fonction publique territoriale. La baisse relative des avis de compatibilité simple qui a été enregistrée à partir de 2007 s'explique par la progression des avis de compatibilité sous réserve et, dans une moindre mesure, des avis d'incompétence, tendance qui se stabilise grâce à une meilleure maîtrise de la réglementation par les administrations et les agents.

Une réserve permet d'autoriser un projet professionnel, dès lors qu'il n'est pas mis en œuvre dans des conditions où il pourrait compromettre le fonctionnement normal, la neutralité ou l'indépendance du service auquel appartenait jusqu'alors l'agent intéressé, ou auquel il appartient toujours dans le cas du cumul. Elle interdit l'exercice de la profession dans les mêmes lieux ou ne l'autorise que selon des modalités qui excluent notamment les contacts avec l'ancien service, ou le traitement d'affaires dont le fonctionnaire avait eu à connaître dans ses fonctions administratives antérieures ou encore l'intervention en faveur de personnes devenues ses clientes auprès de l'ancien service.

La réserve tient également compte de la nature des fonctions exercées et notamment du niveau hiérarchique de l'intéressé, qui justifie des exigences déontologiques d'autant plus grandes qu'il est élevé.

La proportion des avis d'incompatibilité rendus *in fine*, qui se situe, au total, autour de 1 %, représente entre 6 et 8 % des dossiers examinés en séance par l'une des formations collégiales. Cette donnée ne saurait rendre compte à elle seule de la réalité et de la rigueur du contrôle de la commission. De nombreuses situations potentiellement risquées, y compris sur le plan pénal, sont désamorçées très en amont par l'administration, en amenant à la renonciation des fonctions privées envisagées, ou bien, lorsque le dossier est parvenu jusqu'à l'instruction, par le rapporteur du dossier lors de ses entretiens avec l'agent concerné.

1.5 SUITES DONNEES AUX AVIS

Peu d'administrations, qu'il s'agisse de l'Etat ou des autres collectivités publiques, se sont acquittées de l'obligation, qui leur incombe en vertu de l'article 14 du

décret du 26 avril 2007, d'informer la commission de la suite donnée à l'avis de la commission.

Celle-ci ne peut que regretter cette situation, même s'il ressort de ses contacts avec les administrations que ses avis sont dans la plupart des cas suivis. Rappelons qu'en cas d'avis d'incompatibilité, l'administration est tenue de suivre l'avis de la commission.

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 LA PROCEDURE SUIVIE DEVANT LA COMMISSION DE DEONTOLOGIE

2.1.1 Formation compétente

La réglementation ne précise pas, en cas de détachement ou de mise à disposition dans une autre fonction publique, quelle est la formation compétente pour examiner la demande relative à l'agent placé dans une telle situation. Eu égard à l'objet des dispositions du 4° du V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, la commission fait prévaloir l'intérêt d'avoir en séance un représentant de la collectivité auprès de laquelle l'agent a exercé son activité, la collectivité seulement gestionnaire de sa carrière n'étant pas toujours en mesure de donner des appréciations sur la compatibilité du projet avec les fonctions administratives effectivement exercées.

S'agissant des praticiens hospitaliers-professeurs des universités, la commission est compétente dans sa formation « fonction publique de l'Etat », dès lors que ces personnels ont la qualité de fonctionnaire de l'Etat.

2.1.2 Audition des agents

Les agents qui souhaitent présenter une demande d'autorisation d'activité privée sur le fondement des dispositions précitées du décret du 26 avril 2007 ou du décret du 2 mai 2007 peuvent demander à être entendus par la commission. Si celle-ci l'estime nécessaire, elle peut également convoquer les intéressés.

1) En ce qui concerne la fonction publique de l'Etat et la fonction publique hospitalière, en 2013, 57 agents se sont trouvés dans l'un ou l'autre cas, un chiffre en baisse par rapport aux années précédentes. Cette diminution s'explique en partie par l'abandon des convocations systématiques de certaines catégories de personnels, la Commission appréciant désormais au cas par cas s'il est nécessaire que l'intéressé soit entendu.

2) Pour la fonction publique territoriale, 26 représentants des collectivités et 17 agents se sont déplacés en 2013, chiffres en baisse par rapport à 2012.

2.1.3 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier

Si le dossier parvient à la commission dans un état incomplet, notamment parce que l'intéressé n'a pas rempli les formulaires prévus par la circulaire d'application comportant l'ensemble des renseignements utiles, le secrétariat demande aux administrations et aux intéressés de se conformer à ces modèles, afin de pouvoir confier au rapporteur un dossier complet.

Si le dossier reste insuffisamment renseigné, la commission, qui ne peut porter son appréciation en connaissance de cause, ne peut que prononcer un avis d'incompatibilité en l'état. A la suite de cet avis, l'intéressé ou son administration (l'administration seule dans le cas du cumul) peuvent saisir à nouveau et expressément la commission en présentant un dossier complété, afin que la commission se prononce, le cas échéant, après avoir procédé à l'audition de l'intéressé.

2.1.4 Irrecevabilité

On distingue trois cas d'irrecevabilité de la saisine de la commission :

1° La saisine n'est pas présentée par l'autorité compétente qui est celle dont relève le fonctionnaire en vertu des dispositions de l'article 3 du décret du 26 avril 2007 ;

2° Le projet de l'agent est trop imprécis ;

Il en est ainsi notamment dans le cas où une inspectrice du travail présente une demande pour exercer une activité de conseil en droit social auprès de divers cabinets d'avocats. La commission, qui ne peut apprécier de façon suffisamment précise les conditions dans lesquelles l'intéressée exercera son activité, considère cette demande comme irrecevable (avis n°13E0167 du 14 février 2013).

Il en est de même lorsqu'un agent envisage d'exercer une activité privée au sein d'une entreprise et saisit la commission plusieurs mois avant son placement en détachement. La commission souligne que son appréciation ne demeure valable qu'autant que les conditions d'exercice n'ont pas évolué. Dans le cas contraire, il appartient à l'agent ou à son administration de saisir à nouveau la commission (avis n° 13E0487 du 11 avril 2013).

3° La demande concerne un dossier sur lequel la commission s'est déjà prononcée (sous réserve des cas mentionnés au § 2.1.6 sur les secondes délibérations).

2.1.5 Délai d'instruction

En cas d'urgence, la commission est organisée pour instruire rapidement les dossiers, l'expérience ayant montré qu'une semaine était toutefois nécessaire afin de pouvoir réunir l'information utile. Ce délai est nettement inférieur au délai réglementaire imparti pour saisir la commission, qui est d'un mois avant le départ de l'agent.

Par ailleurs, la commission accepte, avec pragmatisme, de donner un avis sur la situation d'un agent public qui a déjà quitté ses fonctions pour rejoindre une entreprise ou un organisme privé, sous réserve cependant que le délai écoulé depuis le départ de l'agent permette encore d'assurer l'effectivité de l'avis. Ce dernier ne régularise pas la période passée, mais permet à l'administration de prendre une décision éclairée.

Dans le cas où la commission décide de s'autosaisir, en application des dispositions de la loi du 3 août 2009, elle doit rendre son avis dans un délai de trois semaines, ce délai pouvant être augmenté d'une semaine si cela s'avère nécessaire pour les besoins de l'instruction (*cf.* b du II de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993).

2.1.6 Demande de seconde délibération

En vertu de l'article 15 du décret du 26 avril 2007, l'administration peut, par une demande motivée, solliciter une seconde délibération de la commission, dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, mais dans le seul cas prévu aux deuxième et quatrième alinéas du VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993. L'intéressé est informé de cette demande. Le silence de la commission pendant un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de cette demande vaut confirmation du premier avis rendu.

La commission a estimé, à propos d'une demande de cumul d'activités, que la possibilité de la saisir d'une demande de nouvelle délibération est limitée par le VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 au cas où l'avis qui fait l'objet de la demande de réexamen est un avis d'incompatibilité, lequel lie l'administration en vertu de ces mêmes dispositions. En l'absence d'autres dispositions, notamment dans le décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités, permettant de contester devant elle un avis précédemment rendu, la commission en a déduit qu'était irrecevable une demande de seconde délibération, présentée alors que l'avis rendu précédemment sur le même dossier précisait que la commission n'était pas compétente pour se prononcer sur l'exercice d'une activité accessoire au sens du décret du 2 mai 2007 (avis T2013-22 du 19 mars 2013).

La commission a confirmé sa position dans le cas d'une demande ayant fait l'objet d'un avis favorable résultant, en vertu de l'article 11 du décret du 2 mai 2007, du silence gardé par elle sur la demande d'autorisation présentée par un agent, au terme du délai d'un mois, délai qui n'avait fait l'objet d'aucune prorogation. Dès lors que la loi n'ouvre la possibilité de solliciter une seconde délibération que dans le cas où celle-ci a émis un avis d'incompatibilité, lequel lie l'administration en vertu de ces mêmes dispositions et alors que le décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités ne prévoit aucune autre possibilité de contester devant la commission un avis précédemment rendu, la demande de seconde délibération, n'entrant pas dans les prévisions du VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, n'est pas recevable (avis n°13E1666 du 10 octobre 2013).

2.2 LE CONTROLE DE LA SITUATION DES AGENTS PUBLICS CESSANT LEURS FONCTIONS

2.2.1 Compétence de la commission

La commission est compétente pour connaître de la situation des agents publics (et de certains agents de droit privé) qui veulent s'engager dans une activité privée et cessent leurs fonctions dans l'administration.

A) Quels sont les agents concernés ?

Les dispositions de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et du décret du 26 avril 2007 sont applicables :

1° Aux fonctionnaires ;

2° Aux agents non titulaires de droit public employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public ;

3° Aux membres d'un cabinet ministériel ;

4° Aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ;

5° Aux agents contractuels de droit public ou de droit privé des établissements mentionnés aux articles L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1313-1, L. 1413-2, L. 1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique² ;

6° Aux agents contractuels de droit public ou de droit privé d'une autorité administrative indépendante.

En vertu du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, la commission n'est compétente pour se prononcer sur le cas des agents non titulaires de droit public employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public, et pour les agents contractuels de droit public ou de droit privé d'une autorité administrative indépendante, que lorsque ces agents ont été employés de manière continue depuis plus d'un an par la même autorité ou collectivité publique.

La commission considère qu'un doctorant d'une université a la qualité d'agent public non titulaire au sens du 2° du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, dès lors qu'il exerce des fonctions d'enseignement et de recherche rémunérées et, qu'employé depuis plus d'un an par cet établissement d'enseignement supérieur, il entre dans le champ d'application de ces dispositions.

² Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, Etablissement français du sang, Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, Institut de veille sanitaire, Agence de la biomédecine, Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

Pour les autres agents non titulaires, il n'existe aucune durée minimale du lien contractuel, la commission étant ainsi compétente à l'égard de ces agents alors même qu'ils n'auraient été en fonction que pour une durée inférieure à un an.

Bien que le 1° du I de l'article 87 de cette même loi ne prévoie pas l'application du contrôle de la commission de déontologie sur la position de « congé spécial³ », cette dernière considère que les fonctionnaires placés en congé spécial sont soumis aux mêmes règles déontologiques que les fonctionnaires placés dans l'une des positions mentionnées au I de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (avis TC/2009-771 du 15 octobre 2009).

Par ailleurs, la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a, comme indiqué en introduction, étendu aux praticiens hospitaliers sous statut ou contractuels les dispositions relatives à la déontologie. La commission a précisé que, en vertu des dispositions combinées du 3° de l'article L. 6152-4 et du 1° de l'article L. 6152-1 du code de la santé publique, elle était compétente pour connaître de la situation des praticiens hospitaliers qui demandent l'autorisation d'exercer une activité privée, qu'ils soient régis par le statut des praticiens hospitaliers plein temps ou celui des praticiens des hôpitaux à temps partiel. La circonstance que l'article R. 6152-270 du même code, relatif à la démission des praticiens des hôpitaux à temps partiel ne rappelle pas expressément la compétence de la commission dans cette situation, à la différence de l'article R.6152-97 du même code pour les praticiens hospitaliers, est sans incidence à cet égard (avis n°13H0127 du 14 février 2013).

B) La notion de fonctions administratives

La commission contrôle la compatibilité de l'activité privée avec les fonctions exercées par l'agent qui présentent un caractère administratif, au cours des trois dernières années précédant le début de l'activité dans le secteur privé. Le critère tient autant à la nature de l'activité qu'à l'organisme où elle s'exerce.

Saisie du cas d'un fonctionnaire placé en détachement auprès de l'Assemblée nationale en tant que député qui demande l'autorisation d'exercer une activité libérale d'avocat, la commission considère que, s'il ne lui appartient pas d'apprécier la compatibilité de cette activité avec l'exercice antérieur ou simultané du mandat de député, il lui appartient, en revanche, de se prononcer sur la compatibilité de cette activité d'avocat avec les fonctions administratives antérieures que l'intéressé exerçait, dès lors, d'une part, que son mandat parlementaire ne lui fait pas perdre sa qualité de fonctionnaire et, d'autre part, qu'il a exercé des fonctions administratives au cours de la période de trois ans visée par ces dispositions (avis n°13E1322 du 12 septembre 2013).

³ Les fonctionnaires territoriaux détachés sur un emploi fonctionnel et les personnels hospitaliers de direction, âgés d'au moins 55 ans, peuvent bénéficier, sous conditions, d'un congé spécial d'une durée maximale de 5 ans. Ce congé est une forme de cessation de fonction.

Par ailleurs, des fonctions exercées pour le compte d'une organisation internationale ou européenne ne constituent pas des fonctions effectivement exercées dans l'administration française au sens du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 et ne relèvent donc pas de la compétence de la Commission. Toutefois, ne relève pas de cette situation, l'ambassadeur qui exerce les fonctions de représentant de la France auprès d'une organisation internationale, qui occupe bien des fonctions publiques dans l'administration française (avis n°13E2009 du 12 décembre 2013).

La commission n'est pas compétente lorsque l'agent qui souhaite rejoindre une entreprise privée est placé en disponibilité depuis plus de trois ans pour exercer une activité privée et n'a donc pas exercé de fonctions publiques au cours de cette période, au regard desquelles devrait s'apprécier la compatibilité de fonctions.

Ainsi, la commission se déclare incompétente pour connaître de la demande d'un ingénieur des travaux de la météorologie, détaché auprès de la société M... en tant que responsable du service clients, qui demande l'autorisation de poursuivre la même activité, désormais en position de mise en disponibilité, au sein de la société M... C..., née de la fusion de ces deux sociétés.. En effet, au cours des trois années précédant la date d'effet de sa demande, les fonctions exercées par l'intéressé au sein de la société M..., constituée sous la forme d'une SAS et exerçant son activité dans le secteur concurrentiel de la fourniture de prévisions de production et de consommation d'énergie aux entreprises, n'avaient pas le caractère de fonctions administratives mais de fonctions privées (avis n°13E1169 du 11 juillet 2013).

C) Dans quelle position se trouve le fonctionnaire au moment du contrôle ?

Pour que le contrôle de la commission s'exerce au titre du décret du 26 avril 2007, le fonctionnaire doit se trouver en cessation définitive de fonctions (démission ou mise à la retraite), ou en cessation temporaire de fonctions (disponibilité, détachement, hors-cadre, mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions). Le fonctionnaire suspendu temporairement est en position d'activité, ce qui amène la commission à examiner, au titre du cumul d'activités, une demande d'autorisation d'exercice d'une activité privée présentée par un fonctionnaire dans cette situation.

Il y a lieu de rappeler que la commission n'est compétente que pour vérifier la compatibilité entre les fonctions publiques et les fonctions privées que souhaite exercer l'agent. Elle ne l'est pas lorsque ce dernier change de position statutaire mais continue à exercer les mêmes fonctions dans le secteur privé. Ainsi, dans le cas cité ci-dessus (point B), la modification de position statutaire de l'intéressé, qui en détachement sera ensuite placé en disponibilité pour poursuivre la même activité privée, engagée depuis plus de trois ans, est sans incidence sur le champ de compétence de la commission (avis n°13E1169 du 11 juillet 2013).

La mesure de suspension des fonctions dont un fonctionnaire a fait l'objet a un caractère conservatoire et n'est pas assimilable à une cessation d'activité. Dès lors, la

commission n'est pas compétente pour apprécier la compatibilité des fonctions administratives avec l'activité privée exercée depuis trois ans, au jour où la commission statue, par un fonctionnaire faisant l'objet d'une suspension de ses fonctions depuis cinq ans (avis n°13E0726 du 16 mai 2013).

La commission admet sa compétence pour examiner la demande présentée par un attaché territorial, placé en disponibilité pour convenances personnelles pour suivre l'Ecole de formation professionnelle des barreaux de la cour d'appel de Paris (EFB) dans la mesure où, au cours de cette formation, il sera appelé à exercer une activité salariée au sein d'une société d'avocats dans le cadre d'un stage obligatoire (avis TC/2013-50 du 16 juillet 2013).

D) Quelle est la nature des activités privées sur lesquelles la commission doit exercer son contrôle ?

1) Les avis rendus par la commission en application du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 visent toute activité dans une entreprise privée.

a) Quand l'activité envisagée apparaît comme devant s'exercer dans une entreprise privée au sens de ces dispositions, la commission exerce à la fois un contrôle pénal, au titre de la prise illégale d'intérêts (article 432-13 du code pénal) et un contrôle déontologique.

La notion d' « entreprise privée » n'est pas définie par la législation. L'article 87 de la loi n° 93-122 précitée du 29 janvier 1993 se borne par ailleurs à énoncer qu' « *est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé* ».

Pour déterminer si une entreprise a le caractère d' « *entreprise privée* », la commission prend en considération, au regard notamment des dispositions statutaires régissant l'entité, la nature de son activité, la répartition de son capital et son mode de financement.

Ainsi, une association de droit privé d'hospitalisation à domicile, bien qu'étant un organisme à but non lucratif et participant au service public hospitalier, est regardée comme une « entreprise privée » au sens du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007, dès lors que son activité s'exerce dans un secteur concurrentiel. La commission est donc compétente pour apprécier la compatibilité des fonctions de cadre supérieur dans une telle association, chargée de la gestion des équipes paramédicales d'une zone géographique, avec les fonctions de cadre supérieur de santé dans un établissement hospitalier (avis n°13H0305 du 14 mars 2013).

b) Cette définition conduit, en revanche, la commission à décliner sa compétence lorsque l'activité future justifiant la saisine échappe absolument au champ des interdictions figurant à l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007. Il en est ainsi des activités envisagées par des agents dans des collectivités publiques, des groupements ou dans des établissements publics, y compris s'ils se situent à l'étranger. Dans ces cas, la

commission n'exerce aucun contrôle, l'activité envisagée étant assimilée à l'exercice de fonctions publiques.

C'est dans le même esprit que la commission considère, en se référant à la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 26 janvier 1923, de Robert-Lafreygère), que les fonctions qui se rattachent à la direction générale d'un établissement public industriel et commercial de l'Etat sont des fonctions publiques, alors même que certaines activités de l'établissement seraient exercées dans le secteur concurrentiel.

c) En outre, s'agissant des établissements publics industriels et commerciaux ou d'entreprises publiques, la commission considère qu'il n'y a pas matière à exercer le contrôle pénal prévu au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 lorsque l'établissement n'exerce pas son activité dans le secteur concurrentiel ou ne fonctionne pas dans des conditions conformes au droit privé. Tel est le cas notamment des entreprises publiques chargées de l'exploitation d'un monopole public ou dont l'activité non concurrentielle est financée pour l'essentiel par la puissance publique.

d) Le cas particulier d'activités privées devant s'exercer dans le prolongement d'activités publiques

Lorsque la demande concerne le détachement dans une société d'économie mixte dont le financement est assuré par des fonds publics, dont les actionnaires sont majoritairement des collectivités territoriales et dont l'activité se situe dans le prolongement de celle de la collectivité d'origine, la commission estime qu'elle n'est pas en présence d'une entreprise privée au sens de ces dispositions.

Cette analyse a été appliquée aux sociétés publiques locales, qui ont été conçues pour permettre aux collectivités publiques de faire directement appel à leurs services sans appel à la concurrence.

e) Dans certains cas, l'organisme public au sein duquel l'agent désire exercer une activité privée comporte plusieurs branches, dont certaines peuvent trouver à s'exercer dans le secteur concurrentiel. La commission fait alors varier son contrôle, selon que l'activité privée s'exercera ou non dans le secteur concurrentiel.

f) Les dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 ne s'appliquent pas non plus aux activités exercées dans un syndicat ou une organisation professionnelle, structures de droit privé qui ne peuvent être assimilées à une entreprise du secteur concurrentiel. Les fonctions qui y seront exercées ne font donc l'objet que d'un contrôle déontologique au titre du B du I du même article.

g) Enfin, il convient de rappeler que le contrôle de la commission ne porte pas sur les activités bénévoles, non rémunérées.

2) Les avis susceptibles d'être rendus par la commission en application du B du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 visent toute activité lucrative, salariée ou non, dans une **entreprise ou un organisme privé et toute activité libérale.**

Comme indiqué plus haut, lorsque l'activité envisagée s'exerce dans une entreprise privée, la commission exerce à la fois le contrôle pénal et le contrôle déontologique.

Lorsque l'activité future s'exerce dans des associations ou autres organismes privés ne présentant pas, compte tenu de leur objet, de leurs modalités de fonctionnement et de financement, le caractère d'une entreprise privée au sens du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007, **la commission ne procède pas au contrôle dit « pénal », sans objet puisqu'il n'y a pas départ dans une entreprise privée, mais reste compétente, s'agissant d'organismes privés, pour procéder au contrôle dit « déontologique »**, en s'assurant que l'activité de nature privée envisagée dans l'organisme en cause ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service dans lequel l'agent exerçait.

Ainsi, la commission ne procède qu'au contrôle déontologique s'agissant d'un fonctionnaire souhaitant prendre la direction de l'Association pour le logement du personnel des administrations financières (ALPAF), association mère de la SA d'HLM RLF, constituée de fonctionnaires des ministères économique et financier, financée par des subventions publiques et le remboursement de prêts, eux-mêmes financés par de telles subventions, ayant pour objet le développement et la gestion du logement social des fonctionnaires relevant des ministères économiques et financiers, dès lors que cette association ne peut être regardée comme une entreprise exerçant sur un marché concurrentiel, alors même que sa filiale RLF, eu égard à son statut, ses modalités de gestion et la nature de ses activités doit être regardée comme une entreprise privée (avis n°13E859 du 16 mai 2013).

La commission ne procède qu'au contrôle au titre du B du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007, pour connaître des fonctions que souhaite exercer un agent au Comité régional des pêches maritimes et des élevages marins de la Réunion, organisation professionnelle chargée de représenter la profession, de participer à l'élaboration des réglementations et à la mise en œuvre des politiques publiques, dont les missions sont prévues par les articles L. 912-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime, et qui est également chargée d'une mission de service public en vertu de l'article L. 951-2 du même code. Compte tenu de son activité et de son mode de financement, cet organisme ne constitue pas, en effet, une entreprise privée au sens du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 (avis n°13E0559 du 11 avril 2013).

La commission n'exerce pas de contrôle au regard du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007, pour connaître de l'activité envisagée par un agent public auprès du Comité français d'accréditation (COFRAC), association de la loi de 1901, qui constitue, en vertu des articles 1^{er} et 2 du décret n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article

137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'instance nationale d'accréditation, seule habilitée à délivrer des certificats d'accréditation aux organismes d'évaluation de la conformité (avis n°13E1180 du 11 juillet 2013).

Compte tenu de son activité et de son mode de financement, l'association Paris Europlace, dont l'objet est d'assurer la gouvernance, l'organisation et la gestion du pôle de compétitivité Finance et Innovation, ainsi que de promouvoir et de développer la place financière de Paris, ne constitue pas une entreprise privée au sens des dispositions du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007. Par suite, l'activité qu'un agent souhaite exercer au sein de cet organisme dans le cadre d'une disponibilité n'est pas au nombre de celles qui sont susceptibles d'être interdites par ces dispositions (avis TC/2013-63 du 17 septembre 2013) et ne font l'objet que d'un contrôle au titre du B du I de ce même décret.

Bien que créée sous forme de société anonyme, la société Eco-Emballage exerce une mission d'intérêt général de prise en charge des déchets d'emballage, pour laquelle elle reçoit des producteurs d'emballage une contribution leur permettant de s'acquitter de leur obligation légale d'élimination des déchets prévue par le code de l'environnement et verse des subventions aux collectivités locales qui assurent effectivement la collecte et le traitement des emballages. A cet effet, elle a fait l'objet d'un agrément délivré en application de l'article L. 541-10 du code de l'environnement, aux termes duquel son activité est dépourvue de caractère lucratif et est soumise à un censeur d'Etat. Il découle de l'ensemble de ses caractéristiques particulières que la société en cause ne peut être regardée comme une entreprise privée pour l'application des dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007. Dès lors, l'activité que l'intéressé envisage d'exercer au sein de cet organisme privé ne fait l'objet d'un contrôle qu'au titre du B du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (avis TC/2013-37 du 21 mai 2013).

La société INRA Transfert a pour objet de protéger, valoriser et promouvoir les innovations obtenues par l'INRA ainsi que de réaliser des prestations de conseil en ingénierie de projets. Son capital social est détenu à hauteur de 99,99 % par l'INRA, et son chiffre d'affaires était constitué en 2011, à hauteur de 75 % environ, par la perception de redevances de licences et d'options de licence, et pour le restant, par les rémunérations perçues en contrepartie des prestations de services réalisées pour le compte de l'INRA et dans le cadre de projets financés par la commission européenne. Enfin, si les statuts de la société INRA Transfert prévoient qu'elle peut fournir des prestations de service à des tiers, il résulte de l'instruction que cette activité représente une part marginale de son activité globale, représentant 0,5 % de son activité de prestations de service en 2011. Ainsi, la société INRA Transfert, chargée d'une mission de service public, financée par une personne publique et soumise à son contrôle, ne peut être assimilée à une entreprise privée à laquelle pourrait s'appliquer l'interdiction prévue par les dispositions du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 (avis n° 13E0974 du 13 juin 2013).

Par ailleurs, l'installation en cabinet libéral n'entre pas dans le champ des dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, dès lors que la commission ne considère pas qu'une telle activité puisse être assimilée à celle exercée dans une entreprise privée. La commission ne contrôle donc l'exercice à titre libéral d'une activité d'avocat ou l'installation d'un praticien hospitalier comme médecin à titre libéral qu'au titre du B du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007.

E) Quelle est l'étendue dans le temps du contrôle de la commission de déontologie ?

1) Période de l'activité administrative antérieure de l'agent public soumise au contrôle de la commission

Au cours des trois années qui précèdent **le début d'exercice de l'activité privée**, l'agent occupant des fonctions administratives ne doit pas avoir eu les relations professionnelles énoncées au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 avec l'entreprise qu'il souhaite rejoindre, ou avec toute autre entreprise ayant avec elle certains liens mentionnés au a) et au b) du 3^o du A du I de cet article.

2) Période de l'activité privée de l'agent public pouvant être soumise à une interdiction ou à une réserve

Que l'agent intéressé cesse ses fonctions administratives temporairement ou définitivement, l'interdiction ou la réserve s'applique pour une durée de trois ans à compter **de la cessation des fonctions** justifiant l'interdiction ou la réserve.

Dans le cas d'un agent qui est admis à faire valoir ses droits à la retraite à une certaine date, mais qui, utilisant les jours accumulés sur son compte épargne-temps, n'exerce plus effectivement ses fonctions administratives depuis six mois à la date de saisine de la commission, celle-ci décompte le délai de trois ans à partir de la date à laquelle l'intéressé a effectivement cessé d'exercer ses fonctions et non à la date de mise à la retraite (avis n°13E1002 du 13 juin 2013).

Il arrive fréquemment que **la date de cessation des fonctions soit différente de celle du début d'exercice de l'activité privée**. Il peut en être ainsi notamment lorsqu'un agent public en retraite commence une activité privée plusieurs mois après la date de son départ à la retraite.

Dans le cas d'un agent qui est admis à faire valoir ses droits à la retraite, mais qui est en préretraite depuis cinq mois et qui n'exerce plus dans sa collectivité d'origine, la commission, cohérente avec l'interprétation qu'elle retient s'agissant de la date à laquelle la cessation des fonctions est regardée comme effective (avis n° 13E1002 du 13 juin 2013, ci-dessus commenté), décompte le délai de trois ans à compter de la date de départ en préretraite (avis n° TC/2010-483 du 15 avril 2010).

3) Période de l'activité privée de l'agent public soumise à une obligation d'information

C'est celle mentionnée au dernier alinéa de l'article 2 du décret du 26 avril 2007 : tout nouveau changement d'activité privée pendant un délai de trois ans à compter de la cessation de fonctions est porté à la connaissance de l'administration. Au-delà, la commission décline sa compétence.

2.2.2 La nature et les principaux critères du contrôle

Le contrôle réalisé par la commission de déontologie est à la fois un contrôle de l'application de la loi pénale et un contrôle de nature déontologique.

Dans le cas d'une cessation d'activité, temporaire ou définitive, la commission s'assure d'une part du respect des dispositions de l'article 432-13 du code pénal, d'autre part de l'absence d'atteinte à la dignité des fonctions administratives exercées antérieurement, ainsi qu'au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service : c'est cette seconde partie du contrôle qui est qualifiée de déontologique.

Les compétences de la commission de déontologie sont définies par ces dispositions et ne couvrent donc pas tout le champ de l'éthique professionnelle.

1) Le respect de l'article 432-13 du code pénal

Afin d'assurer le respect de cet article du code pénal, le A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 interdit à un agent public cessant temporairement ou définitivement ses fonctions de travailler dans une entreprise privée s'il a été chargé, au cours des trois années qui précèdent le début de cette activité privée, dans le cadre des fonctions qu'il a **effectivement** exercées :

- d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise ;
- de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats ;
- de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Cette interdiction s'étend également, d'une part à l'entreprise qui détient au moins 30 % du capital de l'entreprise privée que l'agent veut rejoindre (« mère »), ou dont le capital est, à hauteur de 30 % au moins, détenu soit par cette entreprise (« fille »), soit par une entreprise détenant aussi 30 % au moins du capital de l'entreprise susmentionnée (« sœur »), d'autre part à une entreprise qui a conclu avec l'entreprise que l'agent souhaite rejoindre un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

La rédaction de ces dispositions diffère essentiellement de celles qui s'appliquaient avant 2007 sur deux points : tout d'abord, la personne doit avoir contrôlé ou surveillé l'entreprise qu'elle rejoint dans le cadre des fonctions qu'elle a « effectivement » exercées ; ensuite, un cas de figure a été ajouté parmi ceux constitutifs du délit de prise illégale d'intérêt : il s'agit de la « proposition directe à l'autorité compétente » de décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise.

Au cours de l'année 2013, la commission s'est employée à confirmer une jurisprudence à partir de ces différents éléments.

- *La notion de contrôle ou de surveillance*

La commission a estimé qu'un agent contractuel, directeur de projets au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP, anciennement direction générale pour la modernisation de l'Etat (DGME), qui a piloté et garanti la bonne exécution de deux missions dans le cadre d'un marché d'accompagnement des réformes passé avec une société de conseil, ne pouvait rejoindre cette société, dès lors que ces fonctions l'ont nécessairement amené à participer à la définition du marché, à la phase préparatoire à l'émission de bons de commande ainsi qu'au contrôle, à l'évaluation et à la réception des prestations fournies par cette société (avis n°13E0472 du 11 avril 2013).

Saisie de la déclaration d'exercice d'une activité privée présentée par un administrateur des finances publiques souhaitant être placé en disponibilité pour exercer les fonctions d'adjoint au secrétaire général du groupement d'intérêt économique du Pari Mutuel Urbain (PMU), la commission a considéré que cette activité était incompatible avec ses fonctions antérieures. En effet, au cours des trois années précédentes, l'intéressé avait notamment exercé les fonctions de directeur des enquêtes et contrôles au sein de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), fonctions qui l'avaient conduit, d'une part, à demander aux agents placés sous son autorité hiérarchique de contrôler le site des jeux en ligne du GIE du PMU dans lequel il souhaitait travailler et, d'autre part, à proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par ce GIE ou à formuler un avis sur de telles décisions en ce qui concerne les irrégularités détectées relatives à la corrélation subsistant entre les modalités de prises de paris dans les points de vente et ceux pris en ligne qui ont donné lieu à une mise en demeure adressée par le président de l'ARJEL au GIE du PMU (avis n°13E0126 du 14 février 2013).

Les interdictions visées au A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 s'appliquent également, en vertu du a) de cet article, aux activités exercées au sein de la société mère, de la société sœur ou de la société fille de la société dans laquelle l'agent envisage d'exercer son activité privée. Compte tenu du principe d'interprétation stricte des dispositions pénales, la commission considère que ces interdictions ne trouvent à s'appliquer qu'en cas de détention directe de participations. Par suite, l'agent peut exercer une activité privée au sein d'une entreprise ayant des liens capitalistiques

indirects, via une chaîne de participations, avec une société qu'il a contrôlée, au-delà de ceux mentionnés par ces dispositions (avis n°13E1885 du 14 novembre 2013).

Par ailleurs, un agent qui, dans le cadre de ses fonctions administratives au sein d'un service universitaire de valorisation de la recherche, a accompagné la maturation d'un projet qui trouvera son accomplissement dans la création de l'entreprise dans laquelle il entend exercer une activité privée et, ce faisant, a réalisé des actes destinés à préparer la création de cette entreprise, ne peut être regardé comme ayant été chargé d'assurer, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, la surveillance ou le contrôle de cette entreprise, qui n'avait pas encore d'existence, celle-ci étant en cours de création au moment de la présentation de la demande (avis n° 13E1431 du 12 septembre 2013).

- La notion de formulation d'un avis sur des contrats avec une entreprise privée

Chargé de projet au sein du service architecture d'une communauté d'agglomération, l'intéressé a, dans le cadre de ses fonctions, proposé l'attribution à la Sarl X d'un marché de mise en peinture de locaux destinés à accueillir une école de musique, a suivi l'exécution des prestations et a proposé aux autorités compétentes de les réceptionner et de régler la facture correspondante. Dans ces conditions et nonobstant la circonstance que le montant de la prestation facturée par la Sarl X n'excédait pas 2 000 € et que l'intéressé ne disposait pas du pouvoir d'attribuer le marché litigieux au nom de la communauté d'agglomération, ce dernier doit être regardé comme ayant, dans le cadre de ses fonctions administratives, formulé un avis sur un contrat passé avec la Sarl X, au sens des dispositions du 2° du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007. Dès lors, l'activité envisagée au sein de la société X est incompatible avec les fonctions antérieures de l'intéressé » (avis TC/2013-41 du 21 mai 2013).

- La notion de proposition directe à l'autorité compétente de décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise

La commission s'assure de l'absence de risque pénal en vérifiant que les personnes physiques ou morales pour lesquelles l'intéressé a pu être conduit à formuler des propositions directes à l'autorité compétente sont sans lien avec l'entreprise dans laquelle cet agent exercera son activité privée.

Un agent qui, dans le cadre de ses fonctions de Haut-commissaire de la République dans une collectivité d'outre-mer, a proposé à la délégation générale à l'outre-mer d'accorder le bénéfice d'un dispositif de défiscalisation à l'entreprise dans laquelle il entend exercer une activité privée doit être regardé comme ayant proposé directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise (avis n°13E1908 du 14 novembre 2013).

La commission émet un avis d'incompatibilité en indiquant que les dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, selon lesquelles

l'interdiction de travailler dans une entreprise avec laquelle l'agent a eu les liens mentionnés par ces dispositions s'étend à la société dont le capital est, à hauteur de 30 % au moins, détenu par cette entreprise, s'appliquent pour la période de trois ans suivant la cessation des fonctions de l'intéressé, quelle que soit la date de création de cette société, y compris donc si cette société est créée postérieurement à la cessation des fonctions de l'agent. La commission était saisie de la situation d'un directeur général des services d'une commune, qui après avoir quitté ses fonctions, souhaitait créer une société de conseils dont 50 % du capital devait être détenu par un cabinet de consultants en stratégie et management public auquel l'agent avait fait appel, dans le cadre de ses fonctions de directeur, et avec lequel la commune avait, à son initiative, signé des contrats de prestations de service. La nouvelle société dans laquelle l'agent souhaitait travailler en qualité de directeur et prendre une participation n'existait donc pas au moment où cet agent exerçait ses responsabilités au sein de la commune. (avis n° TC/2013-87 du 17 décembre 2013).

2) *Le respect des critères déontologiques*

- La notion de dignité des fonctions administratives

Ce critère trouve assez rarement à s'appliquer.

Il peut s'agir notamment de cas dans lesquels les agents souhaitent exercer une activité proche d'une profession réglementée, sans en remplir les conditions, notamment de diplômes. Une telle attitude est évidemment contraire à la dignité des fonctions publiques exercées.

Mais, l'activité de « psycho-praticienne » que souhaite exercer l'intéressée sous la forme d'une auto-entreprise n'est pas de nature à porter atteinte à la dignité des fonctions administratives précédentes dès lors que celle-ci s'interdit d'accomplir tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique et tout acte paramédical réservé par la législation à une profession réglementée (avis n°13E0551 du 16 mai 2013)

Ainsi, pour un conseiller des affaires étrangères, admis à faire valoir ses droits à la retraite, qui exerçait les fonctions de consul général et qui souhaite créer une société de conseil en matière d'expatriation, de questions migratoires et de visas, la commission, d'une part, a assorti son avis de compatibilité d'une réserve, tendant à ce que l'intéressé s'abstienne, pendant trois ans à compter de la cessation de ses fonctions, de traiter d'affaires dont il a eu à connaître au cours de ses fonctions précédentes, d'intervenir en faveur de ses clients auprès du ministère des affaires étrangères ou des autorités nationales du pays dans lequel il a exercé ses fonctions de consul général, ainsi que de toute relation professionnelle avec la société avec laquelle il était en relation dans le cadre de ses fonctions précédentes, et, d'autre part, a rappelé les dispositions de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui réserve aux avocats les activités consistant à « *assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes*

juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit», précisant que la violation de ces dispositions constituerait une atteinte à la dignité des fonctions publiques exercées par l'intéressé (avis n°13E0501 du 11 avril 2013).

- La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du service

Lorsque l'agent souhaite exercer une activité très proche de ses anciennes attributions, parfois dans le même ressort géographique, il convient de vérifier que les modalités d'exercice de cette activité ne pourront pas gêner le fonctionnement du service ou ne seront pas à l'origine de situations dans lesquelles l'indépendance ou la neutralité de celui-ci pourraient être mises en cause.

Les avis de compatibilité peuvent aussi être assortis de réserves, qui sont adaptées à chaque catégorie d'agents, selon la nature des fonctions exercées. L'exercice de l'activité nouvelle est encadré, tant au plan géographique que s'agissant du domaine d'activité, pour ne pas altérer le fonctionnement normal ou l'indépendance du service, avec lequel l'intéressé ne devra avoir aucune relation professionnelle pendant la durée de l'interdiction ou du cumul. Il est cependant parfois précisé que l'intéressé devra s'abstenir de rechercher des informations autres que celles qui ont un caractère public auprès de son ancien service, ce qui autorise *a contrario* les contacts pour obtenir des renseignements accessibles à tous de manière non privilégiée.

Pour éviter également que la situation puisse donner à penser que l'agent a profité de ses fonctions administratives pour se créer une clientèle qu'il exploitera ensuite à titre privé, il peut lui être demandé de ne pas avoir de relations professionnelles avec des personnes physiques ou morales avec lesquelles il a pu être en relations dans ses fonctions, ou bien d'intervenir en leur faveur auprès de son administration d'origine. Les réserves portent également sur les affaires ou les dossiers dont l'agent a pu avoir à connaître dans ses fonctions.

Les fonctions de directeur de mission au sein du département de conduite de projets et d'aménagement d'un bureau d'études, chargé de l'obtention, puis de l'exécution de mandats d'assistance à maîtrise d'ouvrage ou de conduites d'opérations auprès des grands maîtres d'ouvrage, en l'espèce le syndicat des transports d'Ile-de-France (STIF), la SNCF, Réseau ferré de France (RFF) et la RATP, que souhaite exercer un ingénieur des ponts qui s'est, à la demande du préfet de région, prononcé sur les modalités de financement des projets de transport et a participé aux instances de pilotage de la politique des transports, ne sont pas de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, sous réserve qu'il s'abstienne de toute relation professionnelle avec les maîtres d'ouvrages précités dans le cadre de projets de transports situés dans cette même région (avis n°13E0158 du 14 février 2013).

La commission a donné un avis favorable à la demande d'un agent cessant définitivement ses fonctions de chef de projet chimie-environnement à la direction des

services aux entreprises de la communauté urbaine de Lyon, et chargé de la zone d'activités dite de la « Vallée de la Chimie », afin d'exercer les fonctions de directeur de projets au sein d'une société de conseil aux entreprises, collectivités ou particuliers, sous réserve qu'il s'abstienne de toute relation professionnelle avec la communauté urbaine de Lyon et avec les communes comprises dans le périmètre de cette zone d'activités (avis TC/2013-7 du 22 janvier 2013).

Les fonctions d'avocat d'affaires spécialisé dans les fusions-acquisitions et la restructuration d'entreprises qu'un directeur général-adjoint de la Caisse des dépôts et consignations (CDC) envisage d'exercer ne sont pas de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes, de nature administrative, ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, sous plusieurs réserves. La commission a estimé que l'intéressé devrait s'abstenir de toute relation professionnelle avec les sociétés aux conseils de surveillance ou d'administration desquelles il a eu à siéger, en tant qu'administrateur, chargé par la Caisse des dépôts et consignations de défendre ses intérêts de personne publique. S'agissant du Fonds stratégique d'investissement (FSI) au conseil d'administration duquel il a eu également à siéger pour le compte de la CDC en tant qu'administrateur ou président, cette réserve s'étend aux entreprises dont il a accepté la prise de participations pendant une période de trois ans à compter de la prise d'effet de chaque décision. Enfin, s'agissant d'une société anonyme au sein du conseil de surveillance de laquelle le demandeur siège en son nom propre, il résulte des éléments soumis à la commission que celui-ci n'a pu exercer ce mandat qu'en raison de ses fonctions au sein de la CDC et que ce mandat est lié à son rôle d'agent public, ce qui a pour conséquence d'assortir les réserves précédentes de l'interdiction de toute relation d'affaires avec cette société pour une période de trois ans à compter de la fin de l'exercice des fonctions de directeur général adjoint du groupe CDC (avis n°13E0092 14 mars 2013).

Mais, la commission considère parfois que les réserves sont insuffisantes pour prévenir les risques d'atteinte au bon fonctionnement du service, à son indépendance ou à sa neutralité. Ainsi, l'activité de dirigeant d'une entreprise dont l'activité se développe dans une collectivité d'outre-mer et qui est un acteur majeur dans un secteur largement réglementé, alors que l'intéressé exerçait dans cette collectivité les fonctions de Haut-commissaire de la République jusqu'à une date récente, serait de nature à porter atteinte au bon fonctionnement, à l'indépendance ou à la neutralité des services de l'Etat. Cette demande est donc incompatible avec les fonctions publiques exercées antérieurement par ce fonctionnaire (avis n°13E1908 du 14 novembre 2013).

- La notion d'intérêts de nature à compromettre l'indépendance d'un agent public

L'agent public qui quitte temporairement ses fonctions pour exercer une activité privée demeure soumis à la règle posée par le I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, applicable à l'ensemble des agents publics, selon laquelle :

« Sont interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités privées suivantes :

(...)

3° La prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance ».

La commission n'a pas eu, au cours de l'année 2013, l'occasion d'appliquer ces dispositions.

2.2.3 Exemples

1) Les principales catégories d'agents

Les agents appartenant au ministère de l'éducation nationale, ceux du ministère de l'intérieur, essentiellement des policiers, les agents des ministères économiques et financiers et, dans une moindre proportion, les agents du ministère de l'écologie, du ministère de la défense et du ministère de la justice constituent les principales catégories d'agents ayant fait l'objet en 2013 d'avis de la commission, en général de compatibilité avec réserves, eu égard à la nature des fonctions publiques exercées.

Les policiers

La commission émet des réserves, adaptées au contenu du poste antérieur de l'agent, du niveau de ses responsabilités et de l'étendue de la zone où il exerçait ses fonctions. Lorsque ces agents souhaitent exercer, après la cessation de leurs fonctions, une activité libérale d'agent privé de recherche, dans la plupart des cas dans le secteur géographique où ils ont exercé leurs fonctions, il peut y avoir lieu à réserves à la fois à l'égard de l'ancien service, mais aussi sur le plan géographique.

Comme pour tous les fonctionnaires souhaitant exercer la profession d'avocat, la commission rappelle les dispositions de l'article 122 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui interdit aux avocats qui sont d'anciens fonctionnaires de l'Etat de conclure et de plaider contre les administrations ressortissant au département ministériel auquel ils ont appartenu, pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de leurs fonctions. Il en est de même pour les avocats anciens fonctionnaires territoriaux à l'égard des collectivités territoriales dont ils ont relevé.

La commission s'attache également à tenir compte du cas des personnels de police réservistes, qui, en tant que fonctionnaires retraités, peuvent accomplir des périodes, dans les services de police, au titre de la réserve civile. Ces agents pourraient, en effet, avoir accès, au cours de leurs périodes de réserve, aux fichiers de police.

Les agents du ministère de l'économie et des finances

Les fonctions de conseiller juridique à l'Agence des participations de l'Etat (APE) exercées par un agent contractuel sont compatibles avec celles d'avocat à titre libéral, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, pendant trois ans, de toute relation professionnelle avec les entreprises au conseil d'administration desquelles il a siégé en qualité de représentant de l'Etat, et de conclure toute convention à titre onéreux qui pourraient lui permettre de fournir des prestations juridiques à son ancien service et à tout service du ministère de l'économie et des finances, qui n'auraient pas fait l'objet d'un appel à la concurrence, ainsi qu'avec les entreprises dont il a eu à connaître la situation dans le cadre de ses fonctions, la circonstance qu'il ait, antérieurement à son recrutement par l'APE, exercé la profession d'avocat, étant à cet égard sans incidence (avis n°13E0365 du 14 mars 2013).

Saisie de la déclaration d'exercice d'une activité privée présentée par un administrateur des finances publiques souhaitant être placé en disponibilité pour exercer les fonctions d'adjoint au secrétaire général du groupement d'intérêt économique du Pari Mutuel Urbain (PMU), la commission a considéré que cette activité était incompatible avec ses fonctions antérieures. En effet, au cours des trois années précédentes, l'intéressé avait notamment exercé les fonctions de directeur des enquêtes et contrôle au sein de l'ARJEL, fonctions qui l'avaient conduit, d'une part, à demander aux agents placés sous son autorité hiérarchique de contrôler le site des jeux en ligne du GIE du PMU dans lequel il souhaitait travailler et, d'autre part, à proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par ce GIE ou à formuler un avis sur de telles décisions en ce qui concerne les irrégularités détectées relatives à la corrélation subsistant entre les modalités de prises de paris dans les points de vente et ceux pris en ligne qui ont donné lieu à une mise en demeure adressée par le président de l'ARJEL au GIE du PMU (avis n°13E0126 du 14 février 2013, également cité p. 31).

La commission a également estimé qu'un agent contractuel, directeur de projets au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), anciennement direction générale pour la modernisation de l'Etat (DGME), qui a piloté et garanti la bonne exécution de deux missions dans le cadre d'un marché d'accompagnement des réformes passé avec une société de conseil, ne pouvait rejoindre cette société, dès lors que ces fonctions l'ont nécessairement amené à participer à la définition du marché, à la phase préparatoire à l'émission de bons de commande ainsi qu'au contrôle, à l'évaluation et à la réception des prestations fournies par cette société (avis n°13E0472 du 11 avril 2013).

Les agents des ministères de l'écologie et de l'agriculture

La commission a émis un avis d'incompatibilité au titre du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 entre des fonctions de responsable qualité au sein d'une société ayant pour objet la découpe et le commerce de gros et de demi-gros de carcasses de boucherie et des fonctions antérieures d'inspecteur vétérinaire auprès du service *Unité sécurité alimentaire du consommateur* d'une direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations. En effet, l'intéressé a été chargé, en

2011 et en 2012, de deux visites annuelles d'inspection et de classement de la chaîne d'abattage d'un abattoir exploité par une entreprise qui détient plus de 30% du capital de cette société (avis n°13E0116 du 14 février 2013).

Les agents du ministère de la défense

La commission ne relève aucun risque déontologique s'agissant d'un ingénieur d'études et de fabrication qui souhaite exercer la fonction de responsable de la maintenance au sein d'une entreprise privée qui fabrique des turbines et des moteurs destinés à l'aviation dans la mesure où les fonctions administratives qu'il a exercées au sein d'un atelier aéronautique de l'armée ne l'ont conduit ni à contrôler ou à surveiller cette entreprise, ni à conclure des contrats avec elle ou à donner des avis sur ces contrats, ni à proposer à l'autorité compétente des décisions portant sur des opérations réalisées par cette entreprise (avis n°13E0311 du 14 mars 2013).

Les fonctions de responsable de compte OTAN au sein d'une société de fournitures de services dans le domaine des satellites sont compatibles avec les fonctions de *responsable prestations projets* dans le domaine des télécoms par satellite et du renseignement image spatial au sein de la direction technique maîtrise de l'information de la délégation générale à l'armement (DGA), ainsi qu'avec les fonctions d'architecte essais, évaluations, expertises du programme *Syracuse*, dès lors que les fonctions envisagées par l'intéressé, susceptibles de le conduire à solliciter l'appui de l'Etat français dans ses relations commerciales avec d'autres Etats, ne l'amèneront pas à entretenir des relations de client-fournisseur avec la DGA (avis n°13E0476 du 11 avril 2013).

Mais, un agent exerçant des fonctions d'acheteur-négociateur au sein de l'unité de management missiles et drones de la direction des opérations de la direction générale de l'armement (DGA), doit être regardé comme ayant formulé des avis sur des contrats conclus avec une société X, au sens du 2° du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007, dès lors qu'il était chargé à ce titre de participer à la négociation d'avenants et bons de commande concernant des marchés confiés à cette société, pour lesquels il a élaboré et rédigé certaines pièces des marchés. Par suite, les dispositions précitées, combinées avec celles du a) du même article (septième alinéa), s'opposent à ce que cet agent exerce des fonctions au sein d'une société Y détenue à 100% par une société Z qui détient 37,5% du capital de la société X (avis n°13E0362 du 14 mars 2013).

Les agents du ministère des affaires étrangères

S'agissant d'un conseiller des affaires étrangères, admis à faire valoir ses droits à la retraite, qui exerçait les fonctions de consul général et qui souhaite créer une société de conseil en matière d'expatriation, de questions migratoires et de visas, la commission, d'une part, a assorti son avis de compatibilité d'une réserve, tendant à ce que l'intéressé s'abstienne, pendant trois ans à compter du début de cette activité, de traiter d'affaires dont il a eu à connaître dans l'exercice de ses fonctions administratives,

d'intervenir en faveur de ses clients auprès du ministère des affaires étrangères ou des autorités nationales du pays dans lequel il a exercé ses fonctions de consul général, ainsi que de toute relation professionnelle avec la société avec laquelle il était en relation dans le cadre de ses fonctions précédentes. La commission a, d'autre part, rappelé les dispositions de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dont la violation constituerait une atteinte à la dignité des fonctions publiques exercées par l'intéressé (avis n°13E0501 du 11 avril 2013).

Saisie de la déclaration d'exercice d'une activité privée présentée par un ministre plénipotentiaire, ayant exercé les fonctions d'ambassadeur de France au Mexique et souhaitant être placé en disponibilité pour exercer les fonctions de président au sein de la société S... Mexique, la commission considère que, compte tenu de la nature particulière des activités de cette société, il apparaît nécessaire pour éviter que les fonctions que l'intéressé envisage d'exercer risquent de porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes ou de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de ne donner un avis favorable que sous réserve que l'intéressé s'abstienne pendant une durée de trois ans de toutes relations professionnelles avec les autorités du pays avec lesquelles il a été en relation dans le cadre de ses activités d'ambassadeur au Mexique (avis n°13E0183 du 14 février 2013).

Les membres d'un cabinet ministériel et les collaborateurs du Président de la République

La commission s'attache, comme pour tous les agents quittant leurs fonctions, à prévenir tout risque d'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service, compte tenu de la nature particulière des fonctions exercées. Ainsi, si tant est que le cabinet en question n'ait pas été totalement modifié par un changement de la structure gouvernementale, elle émet des réserves tendant à ce que l'intéressé s'abstienne, après avoir quitté ses fonctions publiques, de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet qui y exerçaient leurs fonctions en même temps que lui. Elle peut également assortir cette réserve de réserves particulières qu'appellerait la situation du membre de cabinet intéressé.

La commission veille à ce qu'il soit attesté par les plus hautes autorités - y compris ministérielles - dont relevaient ces agents, que la situation ne paraissait pas présenter de risque au regard des dispositions du code pénal.

2) Les autres agents

Les agents de l'Autorité des marchés financiers (AMF)

Les fonctions d'auditeur conseil au sein d'une entreprise exerçant une activité de conseil aux sociétés de gestion de portefeuille sont compatibles avec les fonctions précédentes de chargé de portefeuille au sein du pôle 1 de la division

« Agréments et suivi » de la direction de la gestion d'actifs de l'AMF, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de présenter, pendant les trois ans suivant son départ, des demandes d'agrément pour le compte de sociétés de gestion de portefeuille auprès de ce pôle (avis n°13E1174 du 11 juillet 2013).

Saisie de la demande d'un agent contractuel de l'autorité des marchés financiers (AMF), ayant travaillé comme analyste senior, puis adjoint au responsable du département « produits et commercialisation et enfin adjoint au directeur de la division « Agrément et suivi », et rejoignant une société de gestion de portefeuille, en qualité de secrétaire général, la commission précise les réserves conditionnant son avis favorable. Cet agent devra s'abstenir, pendant les trois ans suivant son départ, d'une part, de rechercher auprès de l'autorité des informations non accessibles aux déontologues et aux responsables de la conformité et du contrôle interne (RCCI), et, d'autre part, de présenter au nom de cette société toute demande d'agrément (avis n°13E1175 du 11 juillet 2013).

Les agents de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)

S'agissant d'un agent contractuel, qui souhaite occuper les fonctions de directeur adjoint des affaires technico-règlementaires internationales d'un laboratoire pharmaceutique en Suisse et qui, dans les trois années précédant le début de cette activité, a exercé auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (AFSSAPS), devenue Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), les fonctions d'évaluateur des produits issus des biotechnologies au sein de l'unité des médicaments biologiques et issus des biotechnologies, et a également occupé les fonctions de référent scientifique du département de l'évaluation des produits biologiques (DEPB) de la direction de l'évaluation des médicaments et produits biologiques (DEMEB), puis a exercé les mêmes fonctions au sein du pôle qualité pharmaceutique de la direction de l'évaluation, la commission a émis un avis de compatibilité sous plusieurs réserves. Celles-ci tiennent également compte de l'évolution des structures administratives de l'agence. L'intéressé devra ainsi s'abstenir de relations professionnelles d'une part avec le département de l'évaluation des produits biologiques (DEPB) intégré à la direction des thérapies innovantes des produits issus du corps humain et des vaccins de l'ANSM, et d'autre part avec la direction de l'évaluation de cette agence (avis n°13E1188 du 13 juillet 2013).

Les fonctions de directeur de mission auprès d'une société dont l'activité est la réalisation d'études techniques, la formation et le conseil aux industriels dans les domaines de la santé, sont compatibles avec celles exercées antérieurement de chef de l'unité d'inspection des dispositifs médicaux, de chef de l'unité d'inspection en surveillance du marché et de chef du pôle méthodologie et moyens d'inspection au sein de la direction de l'inspection de l'ANSM, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec la direction de l'inspection de l'ANSM, ainsi qu'avec toute entreprise qu'il a inspectée dans le cadre de ses fonctions à l'ANSM pendant les trois années suivant la cessation de ses contacts avec chacune de ces entreprises (avis n° 13E0446 du 11 avril 2013).

Les agents de l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation (ATIH)

Les fonctions d'avocat à titre libéral sont compatibles avec celles exercées précédemment d'agent contractuel responsable du pôle juridique et des marchés publics de cette agence ainsi que de membre de la commission consultative sur les marchés publics, mais la commission assortit son avis de réserves propres à éviter que l'intéressé ne puisse avoir un accès privilégié aux demandes de l'agence ou de ses partenaires, hors appel à la concurrence. Il devra donc s'abstenir pendant trois ans de conclure toute convention à titre onéreux lui permettant de fournir des prestations juridiques à l'ATIH, aux agences et établissements publics qui ont conclu une convention de partenariat avec cette dernière, qui n'aurait pas fait l'objet d'un appel à concurrence, ainsi qu'avec les entreprises avec lesquelles l'agence a signé des marchés au cours des trois dernières années précédant le début de sa nouvelle activité (avis n°13E00321 du 14 mars 2013).

Les agents des collectivités territoriales

La commission a donné un avis favorable à la demande présentée par un ancien membre du cabinet du maire de Paris, chargé du secteur du logement avec les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte ayant une activité de bailleur social, dès lors que l'intéressé s'est borné, dans l'exercice de ses fonctions administratives, à faire au maire des recommandations d'ordre général en matière de logement social et n'a jamais eu à intervenir à propos de décisions relatives à la SEM qu'il souhaite rejoindre ou à donner un avis sur de telles décisions (avis TC/2012-221 du 13 novembre 2012).

Les agents de la fonction publique hospitalière

La commission n'émet pas de réserve dans le cas d'un cadre supérieur de santé qui demande une mise en disponibilité pour exercer une activité de cadre supérieur au sein d'une association d'hospitalisation à domicile, dans laquelle il sera chargé de la gestion des équipes paramédicales d'une zone géographique (avis n°13H0305 du 14 mars 2013).

Les praticiens hospitaliers

L'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2009 a soumis le départ des praticiens hospitaliers exerçant, sous statut ou sous contrat, dans un établissement de santé public vers un établissement privé au contrôle de la commission. L'examen de ces dossiers a révélé des situations concrètes souvent délicates, dans la mesure où les aspirations des praticiens peuvent se heurter aux contraintes de gestion des établissements publics et où les principes qui sous-tendent ces activités sont parfois difficiles à concilier.

La liberté d'installation est ainsi invoquée par les praticiens ainsi que le libre choix du malade pour justifier que la clientèle qu'ils avaient constituée dans leurs fonctions hospitalières puisse leur demeurer acquise. Les directeurs des établissements de santé publics dénoncent la concurrence déloyale qui résultera du départ d'un praticien, au

demeurant formé par le service public et qui a pu se constituer une clientèle grâce aux moyens de ce dernier et font état des graves difficultés de fonctionnement résultant du départ de ces praticiens, des répercussions sur l'activité hospitalière, notamment lorsque leur notoriété est importante, ainsi que des conséquences financières compte tenu de la tarification à l'activité (T2A), alors que s'avère difficile le recrutement de remplaçants, notamment dans certaines disciplines comme la chirurgie ou l'anesthésie.

La commission de déontologie a rappelé que son rôle ne pouvait être que limité aux aspects déontologiques de ces situations. Les difficultés de recrutement, la durée des procédures de recrutement ou encore la politique sanitaire régionale ne relèvent pas de sa compétence.

Dès lors que l'activité qu'envisage d'exercer dans un établissement privé un praticien hospitalier jusque là affecté dans un établissement de santé public situé dans le même territoire de santé n'est pas de nature à porter atteinte au bon fonctionnement, à la neutralité ou à l'indépendance du service public, la commission estime qu'il y a compatibilité sans réserve entre ces fonctions et l'activité privée envisagée.

Il reste que la commission ne saurait être instrumentalisée dans un domaine où les enjeux sont d'une autre nature. Les dispositions de l'article L. 6152-5-1 du code de la santé introduites par la loi du 21 juillet 2009, qui ne visent au demeurant que le cas de la démission et pour les seuls praticiens hospitaliers, ne semblent pas pouvoir répondre, pour des cas particuliers, par la seule interdiction d'exercice dans le même ressort géographique, aux difficultés avérées de recrutement et d'exécution des missions de service public des établissements publics de santé.

*
* *

Les cas d'avis d'incompatibilité, prononcés sur le fondement d'une atteinte à la neutralité, à l'indépendance ou au fonctionnement normal du service, sont rares, dès lors, notamment, que les administrations peuvent intervenir en amont pour dissuader un agent de poursuivre un projet qui serait incompatible avec la déontologie.

Il est important de noter que l'administration dont relève l'agent est liée par un avis d'incompatibilité rendu par la commission (VI de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993). C'est pourquoi la même disposition a prévu une possibilité de réexamen. Mais il faut souligner qu'aux termes de la loi, c'est l'administration, et non l'intéressé directement et seul, qui peut demander une seconde délibération. Cette demande doit être présentée dans le délai d'un mois, lequel a un caractère impératif, à peine d'irrecevabilité de la demande de réexamen.

2.3 LE CONTROLE DES AGENTS PUBLICS PRATIQUANT UN CUMUL D'ACTIVITES

2.3.1 Compétence de la commission en matière de cumul d'activités

A) Quels sont les agents et les cas visés ?

En ce qui concerne le cumul d'activités, en vertu des dispositions du 1° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 modifiée et du chapitre II du décret du 2 mai 2007 modifié relatif au cumul d'activités, les agents concernés sont le fonctionnaire, l'agent non titulaire de droit public ou l'ouvrier des établissements industriels de l'Etat qui souhaite cumuler son activité administrative avec la création ou la reprise d'une entreprise.

La dérogation que constitue le cumul d'activités est ouverte, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2009, pendant une durée maximale de deux ans à compter de la création ou de la reprise de l'entreprise, et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an, sans nouvel avis de la commission de déontologie si l'activité n'a pas changé.

La commission ne s'est pas considérée comme compétente pour connaître de la demande de prolongation d'un cumul d'activités autorisé par l'administration au titre de la création d'une entreprise dont elle a été saisie après l'expiration de la durée de deux ans à compter de la date de création de la société. L'examen de la commission ne peut, en effet, porter que sur cette période de deux ans. L'administration dont relève l'agent est seule compétente pour se prononcer sur l'éventuelle prolongation de ce cumul d'activités pour la durée d'un an susceptible d'être autorisée (avis n°13E0007 du 17 janvier 2013).

De la même façon, la commission n'est pas compétente pour connaître d'une demande de cumul d'activités quand il s'avère, au jour où elle est saisie, que l'activité a débuté plus de deux ans plus tôt. Elle n'est pas davantage compétente pour autoriser la prolongation pour une troisième année (avis n°13E0742 du 16 mai 2013).

Le point de départ de la période de deux ans, susceptible d'être prolongée d'une année, pour le cumul d'une activité administrative avec une activité privée s'apprécie à la date de la nomination de l'agent public à la direction de l'entreprise qu'il a créée et non à la date de la création de cette dernière (qui peut être antérieure) (avis n°13E0380 du 14 mars 2013).

Il doit s'agir d'une création ou d'une reprise d'entreprise. Dans le cas d'un cumul d'activités pour création d'une société par actions simplifiée, la qualité de directeur général qui sera celle de l'agent public intéressé, peut être suffisante pour le regarder comme le créateur de l'entreprise, sous réserve que le président de la structure lui ait accordé des délégations de compétences étendues et que ces dernières soient clairement

mentionnées dans les statuts de l'entreprise et au registre du commerce et des sociétés (avis n°13E1580 du 10 octobre 2013).

Saisie par un agent des finances publiques d'une demande portant sur le cumul de ses fonctions administratives avec l'exercice d'une activité liée au bien-être dans le cadre d'un contrat d'appui au projet d'entreprise pour la création ou la reprise d'une activité économique (CAPE) conclu avec une association exerçant l'activité de « couveuse d'entreprises », la commission a estimé que la conclusion d'un tel contrat, régi par les dispositions des articles L. 127-1 et suivants du code de commerce, ne remet pas en cause la circonstance qu'il y a bien création, par l'intéressé, d'une entreprise, au sens du 1° du II de l'article 25 de la n°83-634 du 13 juillet 1983, susceptible d'être autorisée au titre du cumul d'activités et ce dès le début d'activité. La commission s'est appuyée notamment sur l'existence d'une activité économique, concrétisée par la recherche de clientèle et une offre de services, développée dans ce cadre, ainsi que sur l'absence de lien de subordination avec la société de portage salarial pour ce qui concerne l'activité elle-même (avis n°13E1640 du 10 octobre 2013). Elle confirme cette analyse dans le cas d'un agent public créant une activité de correction, réécriture et traduction pour le compte de maisons d'édition, sous la forme d'un tel portage salarial (avis n°13E1982 du 12 décembre 2013).

En vertu des dispositions du 2° du II du même article 25, la commission est également compétente pour connaître du cas du dirigeant d'une société ou d'une association ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b) du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts (ce qui vise les associations que la loi assimile à des entreprises), qui est reçu à un concours de la fonction publique ou est recruté en qualité d'agent non titulaire de droit public, et qui peut demander à continuer à exercer son activité privée.

Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter du recrutement de l'intéressé, et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an.

Les agents qui entrent dans l'administration peuvent non seulement poursuivre leur activité de dirigeant d'entreprise, comme le prévoit expressément le II de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, mais aussi, à la condition que l'objet de cette entreprise corresponde à l'une des activités accessoires mentionnées à l'article 2 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, bénéficiaire, à l'instar de tous les agents publics, du régime de cumul pour l'exercice d'une activité accessoire soumis à la seule autorisation de l'administration, sans saisine de la commission de déontologie.

Le cumul d'activités au titre de la poursuite d'une activité telle que définie par ces dispositions n'est possible que dans la seule hypothèse où l'agent concerné est le dirigeant d'une société. Ainsi, saisie de la déclaration de poursuites d'activités dans trois sociétés, la commission a tenu compte de la situation particulière de l'intéressé dans celles-ci. En ce qui concerne la demande de poursuite d'une activité d'administrateur et de vice-président de la société G..., société anonyme spécialisée dans la conception et la commercialisation de produits de contraste et de dispositifs médicaux pour l'imagerie, la

commission a considéré qu'au regard de l'article 14 des statuts de cette société, article relatif aux organes de direction de la société, les fonctions de vice-président que l'intéressé souhaitait continuer à exercer ne constituaient pas des fonctions de direction et n'entraient donc pas dans le champ de la dérogation du 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, de telle sorte que l'interdiction de participer aux organes de direction de sociétés, mentionnée au 1° du I du même article 25, s'appliquait au souhait formulé par l'intéressé de continuer à exercer une activité au sein de cette société. De même, l'activité de membre du comité de supervision de la société P... que l'intéressé souhaitait également continuer à exercer n'a pas été jugée compatible avec ses fonctions administratives pour le même motif. En revanche, les fonctions de gérant de la SARL J... entraient bien dans le champ ouvert par la dérogation du 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (avis n°13E1765 du 10 octobre 2013).

La commission a précisé qu'elle devait se déclarer incompétente lorsqu'elle était saisie d'une nouvelle demande de cumul par un agent ayant déjà bénéficié d'une autorisation pour création d'entreprise et que le délai de trois ans pour pouvoir présenter une nouvelle demande, prévu par l'article 14 du décret du 2 mai 2007, n'était pas expiré.

Enfin, aux termes de la loi, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée « de plein droit » à l'agent qui crée ou reprend une entreprise. Il arrive que l'administration, lorsqu'elle porte une appréciation sur le cumul d'activités de l'agent, dans le formulaire transmis à la commission, émette un avis défavorable à ce cumul en estimant que le temps de travail de cet agent sera insuffisant au regard des nécessités du service. Mais, les critères sur le fondement desquels se prononce la commission sont de nature déontologique, sans relation directe avec les besoins du service. Il appartient en définitive à l'administration d'apprécier si ceux-ci doivent la conduire à ne pas donner une suite favorable à la demande de l'agent.

En effet, comme le rappelle l'article 14 du décret du 2 mai 2007, *« l'autorité compétente se prononce sur la déclaration de cumul d'activités au vu de l'avis rendu par la commission de déontologie. Elle apprécie également la compatibilité du cumul envisagé d'activités au regard des obligations de service qui s'imposent à l'intéressé »*.

En d'autres termes, l'administration demeure libre de refuser le cumul, malgré l'avis favorable de la commission, dans le cas où les obligations de service de l'agent pourraient, selon elle, ne pas être correctement accomplies dans une telle situation.

Enfin, ces dispositions ne peuvent servir de fondement aux activités de chercheurs qui projettent de créer une entreprise pour valoriser leurs propres travaux de recherche, menés au sein du service public de l'enseignement supérieur ou de la recherche qui les emploie. De telles demandes doivent être présentées sur le fondement des articles L. 413-1 et suivants, devenus L. 531-1 et suivants du code de la recherche, qui organisent la valorisation des travaux issus de la recherche publique. Mais il n'est pas interdit à un chercheur de demander une autorisation de cumul sur le fondement du décret du 2 mai 2007, dès lors que l'activité envisagée ne pourrait être créée sur le

fondement du code de la recherche, soit que l'intéressé n'a plus de lien avec le service où il a réalisé les travaux qu'il souhaite valoriser, soit que l'objet de la création de l'entreprise soit sans lien avec ces travaux.

B) Le champ de compétence de la commission

Les avis susceptibles d'être rendus par la commission en application du chapitre II du décret du 2 mai 2007 concernent des agents qui se proposent, tout en continuant à exercer leurs fonctions dans l'administration à temps plein ou à temps partiel, de créer ou reprendre une entreprise, ou bien de poursuivre leur activité dans une entreprise après leur recrutement dans la fonction publique.

La commission n'est donc pas compétente dans les cas où ces conditions ne sont pas remplies.

B.1 – La commission n'est pas compétente dès lors qu'il n'y a pas création d'entreprise :

Il n'y a création d'une entreprise que si, dans le cas où l'activité est exercée dans le cadre d'une société, l'intéressé en est mandataire social, c'est-à-dire, dans le cas d'une SARL, gérant ou cogérant, et, dans le cas d'une SAS, président du conseil d'administration ou administrateur-directeur général. Ainsi, le président du conseil de surveillance d'une société par actions simplifiée n'a pas la qualité de dirigeant et n'entre donc pas dans le champ de ces dispositions.

Mais, le contrat de portage salarial ne fait pas obstacle à ce que, au regard des dispositions relatives à la déontologie, les conditions de la création d'entreprise soient réunies dès le début de l'activité commerciale. En effet, celle-ci est menée sous la seule conduite de l'agent en cause, sans qu'aucun lien de subordination n'existe avec la société de portage salarial à cet égard (avis n°13E1640 du 10 octobre 2013 et avis n°13E1982 du 12 décembre 2013).

B.2 - La commission n'est pas compétente en raison de l'interdiction même du cumul par la loi.

La commission a eu l'occasion de rappeler qu'il est interdit à un fonctionnaire de participer aux organes de direction de sociétés en vertu du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983. Par conséquent, il est interdit aux fonctionnaires de retour de disponibilité de « poursuivre » l'activité de dirigeant de société qu'ils ont pu exercer.

Pour un agent qui, de retour dans l'administration, demande à poursuivre une activité qu'il a exercée alors qu'il était suspendu de ses fonctions, la commission relève que celui-ci n'a jamais cessé d'appartenir à la fonction publique. Sa demande ne peut donc être considérée comme celle d'un agent qui est recruté par une administration : elle n'entre donc pas dans les prévisions de l'article 12 du décret du 2 mai 2007 ni dans celles du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983.

De même un fonctionnaire, placé en disponibilité, qui est recruté en qualité d'agent contractuel par une autre administration, ne peut être regardé comme intégrant la fonction publique à l'occasion de ce recrutement. Cet agent ne peut donc bénéficier de la dérogation prévue par les dispositions du 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983.

Au regard des conditions d'exercice de l'activité envisagée, la commission confirme qu'elle n'est pas compétente pour connaître de la demande présentée par un agent qui souhaite cumuler son activité administrative avec l'activité salariée d'assistant parlementaire auprès d'un député l'employant pour son compte personnel. En effet, cette demande ne relève ni du cumul d'activités au titre de la création d'entreprise, l'intéressé étant salarié, ni du cumul d'activités à titre accessoire, dès lors notamment que l'activité envisagée ne peut être regardée comme une activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou d'une personne privée à but non lucratif au sens du 1° de l'article 3 du décret du 2 mai 2007. Une telle activité tombe, par conséquent, sous le coup de l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer une activité privée lucrative mentionnée par le I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (avis n°13H0724 du 16 mai 2013).

De la même façon, l'activité d'assistante maternelle qui s'exerce, en vertu de l'article L. 421-1 du code de l'action sociale et des familles, dans le cadre d'un contrat de travail, n'a pas le caractère d'une création d'entreprise, sur laquelle il pourrait appartenir à la commission de se prononcer. En outre, elle n'entre pas dans le champ du 1° du II de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 qui vise les services à la personne, exercés dans les conditions prévues à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale », qui renvoie au statut de travailleur indépendant. Par suite, un tel cumul d'activités ne peut être autorisé (avis n°13H00194 du 14 mars 2013).

B.3 – La commission n'est pas compétente lorsque l'agent exerce certaines activités que le législateur a expressément autorisées.

1° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour exercer une profession libérale qui découle de la nature de ses fonctions.

Aux termes du III de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, « les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement (...) peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions ».

Saisie par un professeur de piano d'un conservatoire municipal d'une demande de cumul d'activités en vue d'exercer une activité libérale d'enseignement de piano auprès de particuliers, la commission estime que, même s'il s'agit pour l'intéressé d'exercer la même activité, cette demande relève, non des dispositions du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, ni par conséquent du décret du 2 mai 2007 pris pour leur application, mais de celles du dernier alinéa du III de l'article 25, qui autorise les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements

d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique à exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions. L'exercice d'un tel cumul, pour lequel l'employeur public n'a aucune autorisation préalable à donner à son agent, ne relève pas de la compétence de la commission (avis TC/2013-75 du 15 octobre 2013).

L'activité de consultation juridique exercée par un professeur des universités dans le cadre d'une société civile en cours de création peut être regardée comme une activité libérale découlant de la nature de ses fonctions que l'intéressé peut exercer en application des dispositions du troisième alinéa du III de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et la commission n'est pas compétente pour examiner la déclaration de l'intéressé (avis n°13E1167 du 11 juillet 2013).

La commission n'est pas compétente pour connaître la situation d'une sage-femme cadre qui participe à l'enseignement théorique et pratique ainsi qu'à la formation des élèves sages-femmes dans une école de sages-femmes, établissement d'enseignement supérieur, ainsi que le prévoit l'article 6 du décret n°89-611 du 1er septembre 1989 portant statut particulier des sages-femmes de la fonction publique hospitalière, et qui demande l'autorisation d'exercer une activité libérale de sage-femme. En effet, l'intéressée, qui fait partie du personnel enseignant d'un établissement d'enseignement supérieur, est fondée à se prévaloir des dispositions du troisième alinéa du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 qui lui permettent d'exercer simultanément l'activité libérale de sage-femme sans autorisation de l'autorité compétente ni avis de la commission. La commission précise que cette possibilité n'est cependant ouverte à l'intéressée que sous réserve et aussi longtemps qu'elle exerce des fonctions d'enseignement dans une école de sages-femmes (avis n° 13H1913 du 14 novembre 2013).

2° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour créer une entreprise individuelle destinée à la gestion de son patrimoine personnel et familial.

Aux termes du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, « *les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial* ».

La commission s'assure qu'il s'agit bien du patrimoine personnel ou familial de l'agent lui-même.

La gérance d'une SCI constituée entre un fonctionnaire et ses enfants mineurs en vue de l'acquisition, de la transformation et de la location d'un terrain à bâtir ayant vocation à accueillir leur résidence principale ne nécessite pas la mise en œuvre de moyens matériels et intellectuels susceptibles de conférer à cette activité un caractère professionnel. La commission en déduit qu'elle entre dans le champ de la liberté de

gestion du patrimoine personnel ou familial reconnue à tout fonctionnaire (avis n° 13E1329 du 12 septembre 2013).

C'est le cas également pour un agent souhaitant créer une entreprise de production photovoltaïque d'électricité pour répondre à ses besoins domestiques.

3° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour produire une œuvre de l'esprit.

Aux termes du III de l'article 25 de la même loi, « la production des œuvres de l'esprit au sens des articles L.112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics (...) ».

Tel est le cas d'une demande concernant une activité de production de matériel pédagogique destiné à l'apprentissage du code LPC (langue parlée complétée), un des codages manuels des sons de la langue française employés pour communiquer avec les sourds, mis au point et élaboré par l'intéressée. Une telle production constitue en effet une œuvre de l'esprit au sens de l'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle (avis n°13H2155 du 17 janvier 2013).

Mais, une activité de traduction ne peut être regardée comme étant une œuvre de l'esprit que s'il s'agit de l'écriture d'une œuvre manifestant la personnalité du traducteur, par exemple la traduction d'une œuvre littéraire, mais non celle d'articles de presse ou d'éléments de publicité (avis n°13E1982 du 12 décembre 2013).

B.4 – La commission n'est pas compétente s'agissant d'un agent qui demande une autorisation de cumul et qui exerce ses fonctions à temps incomplet ou non complet pour une durée inférieure ou égale à 70 % d'un emploi à temps complet.

La commission n'est pas compétente pour examiner la situation d'un agent qui, exerçant à temps incomplet pour une durée inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet, déclare prendre ou poursuivre une activité privée lucrative.

B.5 – La commission n'est pas compétente lorsque l'entreprise créée par l'agent constitue une modalité d'exercice de son activité publique.

Tel est le cas d'un professeur d'éducation physique et sportive, sportif de haut niveau, qui souhaite présider une société par actions simplifiée destinée à faciliter sa carrière sportive : il ne s'agit là que d'une modalité d'exercice de son activité sportive.

B.6 - La notion d'activité accessoire

La commission n'est pas compétente lorsque l'agent souhaite exercer une activité accessoire soumise à la seule autorisation préalable de l'administration.

Le sixième alinéa du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, à titre accessoire, une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui leur sont confiées et n'affecte pas leur exercice. Il s'agit d'une dérogation à la règle de non-cumul qui s'impose à tout agent public.

Le chapitre Ier (articles 2 et 3) du décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités à titre accessoire, modifié par le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011, donne la liste des activités qui peuvent être exercées après autorisation de l'administration, sans que l'avis de la commission de déontologie soit requis, même si l'agent crée, pour les exercer, une entreprise individuelle (qui, le plus souvent prend la forme d'une auto-entreprise). Ces activités peuvent être des activités d'expertise, de consultation, d'enseignement ou de formation ; il peut également s'agir d'activités à caractère sportif ou culturel, d'activités agricoles, de travaux de faible importance réalisés chez des particuliers, d'une aide à domicile à un proche, ou encore d'une activité de conjoint collaborateur (article 2). Une activité accessoire peut aussi être une activité d'intérêt général auprès d'une personne publique ou d'une personne privée à but non lucratif, ou bien une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée (article 3).

Ces activités, dont l'exercice n'est pas a priori limité dans le temps, doivent conserver un caractère accessoire par rapport à l'activité publique principale, l'agent n'ayant pas vocation à quitter la fonction publique. La commission a été, en 2013 comme les années précédentes, fréquemment saisie de demandes de création d'entreprise, dont l'examen a révélé qu'il s'agissait en fait d'activités accessoires relevant de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 et qu'il appartenait donc à l'administration de traiter, sans avoir à solliciter l'avis de la commission de déontologie, mais en appliquant ces principes.

Ainsi, la commission n'est pas compétente pour connaître de la demande d'une infirmière qui exerce ses fonctions dans un centre hospitalier et qui souhaite cumuler celles-ci avec une activité privée d'infirmière au sein d'un service d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés géré par une association à but non lucratif. En effet, ce service exerce une activité d'intérêt général au sens du 1° de l'article 3 du décret du 2 mai 2007 et cette activité privée revêt le caractère d'une activité accessoire, qui doit faire l'objet d'une appréciation par l'administration seule (avis n°13H1774 du 17 janvier 2013).

Constitue également une activité accessoire, au sens du 3° du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 et n'est donc pas soumis à l'avis de la commission de déontologie, une activité de comédien exercée sous la forme salariée (avis n°13E1761 du 14 novembre 2013).

Il convient de rappeler aux administrations que la création d'une entreprise ne fait pas systématiquement entrer un agent public dans le champ des dispositions du chapitre II du décret du 2 mai 2007, dès lors que l'objet de l'entreprise peut se rattacher à l'une des activités à caractère accessoire mentionnées à l'article 2 de ce décret. L'administration doit donc d'abord vérifier quel est précisément l'objet de cette activité. Si l'agent demande l'autorisation d'exercer une activité accessoire figurant dans la liste de l'article 2 (ou de l'article 3) du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, l'administration est compétente pour examiner la demande d'autorisation, sans avis préalable de la commission de déontologie.

a) Le cas du « double avis »

Il arrive que l'activité envisagée par l'agent présente plusieurs aspects et relève pour partie du régime des activités accessoires, et pour partie de celui du cumul pour création d'entreprise, voire d'une activité pour laquelle la commission n'est pas compétente. La commission rend alors un avis distinguant entre ces divers aspects.

b) Le renvoi à l'appréciation de l'administration

Aux termes de l'article 1^{er} du décret du 2 mai 2007, « (...) les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public et les ouvriers régis par le régime des pensions des établissements industriels de l'Etat peuvent être autorisés à cumuler une activité accessoire à leur activité principale, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ».

Ainsi, la commission renvoie à l'examen de l'administration la demande d'une assistante sociale exerçant ses fonctions auprès d'un établissement de santé public et qui souhaite exercer concomitamment une activité privée d'aide à la personne auprès de personnes ayant été hospitalisées, dès lors qu'une telle activité est au nombre des activités accessoires mentionnées à l'article 2 du décret du 2 mai 2007 (avis n° 12A0357 du 11 avril 2007).

Lorsque l'activité que désire exercer l'agent pourrait porter atteinte au fonctionnement normal du service, mais que cette activité revêt un caractère accessoire, et ne se trouve donc pas dans le champ de compétence de la commission de déontologie, cette dernière ne peut que décliner sa compétence. Toutefois, la situation peut la conduire à avertir l'administration des risques encourus à autoriser l'exercice de cette activité.

La commission renvoie ainsi à l'examen de l'administration la déclaration, par un capitaine de la police nationale, d'une activité indépendante d'expertise et de conseil à caractère accessoire en matière de procédure judiciaire, exercée auprès d'une société de services en ingénierie informatique dans le cadre de la réponse de cette société à un appel d'offres relatif aux modifications attendues de logiciels utilisés par les services de police judiciaire du ministère de l'intérieur. La commission appelle toutefois l'attention de l'administration sur les risques liés à une telle activité qui est susceptible de mettre en

cause la neutralité du service dans lequel l'agent est employé (avis n°13E0474 et 13E0475 du 11 avril 2013).

De la même façon, saisie de la déclaration de cumul d'activités, présentée par un professeur de sport, qui souhaite exercer une mission d'expert consultant sportif en qualité de sous-traitant d'un cabinet d'architecture espagnol dans un concours lancé par une communauté de communes pour la construction d'un équipement intercommunal structurant à vocation sportive et multifonctionnelle, la commission décline sa compétence pour statuer sur cette demande, qui relève d'une activité accessoire. Elle souligne toutefois que le service du sport de la direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations, dans lequel l'intéressé exerce ses fonctions, devra émettre un avis sur l'homologation de cet équipement intercommunal et, d'autre part, que si la communauté de communes, qui a lancé l'appel d'offres, fait une demande de subvention auprès du centre national du développement du sport, le service sport de cette direction départementale sera amené à suivre sur le plan administratif cette demande. La commission en conclut que, dans ces conditions, l'administration devrait refuser cette demande d'activité accessoire (avis n°13E0119 du 14 février 2013).

c) Le cumul d'activités et la structure juridique choisie

Certaines activités, qui revêtiraient un caractère accessoire si elles étaient exercées par l'agent sous la forme d'une entreprise individuelle, sont analysées par la commission comme relevant du régime du cumul pour création d'entreprise, moins favorable puisqu'il est limité dans le temps, lorsque l'agent a prévu de réaliser son projet en constituant une société, qui n'est pas transparente, par exemple une société à responsabilité limitée (SARL) ou une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). La commission signale à l'agent la possibilité d'exercer son activité sous un autre statut.

Ainsi, saisie d'une demande de cumul d'activités au titre de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ayant pour objet le conseil, l'expertise, le conseil en gestion d'espaces naturels sensibles et l'assistance à maîtrise d'ouvrage, présentée par un ingénieur territorial qui a déjà été autorisé à réaliser à titre individuel des prestations de conseil et d'expertise en matière environnementale dans le cadre d'une activité accessoire, la commission se reconnaît compétente pour connaître de cette demande qui doit être regardée comme portant, non sur la poursuite de l'activité accessoire de l'agent, mais sur la création d'une entreprise au sens de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 précitée, dès lors qu'elle se traduit par la création d'une société disposant de la personnalité morale (avis TC/2013-19 du 19 mars 2013).

d) Les principaux cas d'activité accessoire rencontrés par la commission de déontologie en 2013

Dans la plupart des exemples présentés ci-dessous, la commission a décliné sa compétence sans qu'un risque d'ordre déontologique lui soit apparu et a renvoyé à

l'administration l'examen de la demande. Toutefois, comme il a été indiqué supra, elle a pu suggérer à l'administration, dans quelques cas, d'assortir son autorisation de réserves, le plus souvent parce que l'agent désirait exercer une activité accessoire dans un domaine très proche de celui de ses fonctions actuelles.

Constituent des activités accessoires, et ne sont donc pas soumises à l'avis de la commission de déontologie, même s'il y a création d'une entreprise individuelle :

- une activité privée d'expertise et de conseil scientifique (1° du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007) ;
- une activité privée de formation et de conseil (1° et 2° du I de l'article 2) ;
- une activité privée consistant dans la reproduction sonore de la voix pour être utilisée dans les messages téléphoniques ou dans le domaine publicitaire (2° du II de l'article 2 du même décret) ;
- une activité, pour le compte de l'AGIRC et de l'ARRCO, de diagnostic « habitat » au domicile de personnes handicapées.

C) Les périodes à prendre en considération dans le cas du cumul d'activités

En ce qui concerne l'appréciation de la compatibilité d'une activité lucrative avec une activité administrative dans le cadre d'un cumul d'activités, et en l'absence d'indications dans le décret du 2 mai 2007, l'examen de la compatibilité de l'activité privée envisagée par l'agent se fait avec les fonctions administratives que ce dernier exerce à la date de la demande.

Les réserves sont formulées pour la durée du cumul d'activités. Il y a lieu de préciser que la durée de deux ans pendant laquelle un cumul d'activités peut être exercé est une durée globale, quelle que soit la modification de la structure choisie.

2.3.2 La nature et les critères du contrôle de la commission

Les critères du contrôle de déontologie sont d'une part le respect de l'article 432-12 du code pénal, d'autre part l'absence d'atteinte à la dignité des fonctions publiques exercées par l'agent, non plus qu'au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service.

A) Le respect de l'article 432-12 du code pénal

Le premier alinéa de l'article 13 du décret du 2 mai 2007 prévoit d'une manière générale que, pour l'examen des cas de cumul, la commission contrôle la compatibilité des projets de création, reprise ou poursuite d'activités dans une entreprise ou une association « au regard des dispositions de l'article 432-12 du code pénal ».

L'article 432-12 du code pénal sanctionne le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions, c'est-à-dire « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (...) de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise (...) 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 (...)* ».

Pour la très grande majorité des demandes, il s'agit de la création d'une entreprise : le risque de commettre le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions apparaît donc faible, mais il peut exister.

B) La notion de dignité des fonctions administratives

La commission a émis un avis d'incompatibilité à la demande de cumul d'activité présentée par une aide-soignante souhaitant exercer une activité indépendante d'achat et revente de matériels et de produits à caractère érotique. Cette activité, qui s'exercera dans un périmètre géographique local, porte atteinte à la dignité des fonctions hospitalières de l'intéressée dès lors que parmi la clientèle des particuliers qu'elle prospectera, elle pourra être amenée à rencontrer des personnes avec lesquelles elle est en relations professionnelles (avis n°13E0442 du 11 avril 2013).

C) La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du service

Les mêmes notions de neutralité, d'indépendance ou de fonctionnement normal du service figurent dans les dispositions relatives au cumul d'activités. Comme les risques d'interférence 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, les réserves sont plus fréquentes et plus sévères que lorsque l'intéressé quitte ses fonctions publiques.

L'activité de gérant d'une société civile en cours de création, dont l'objet est la fourniture d'études et de consultations juridiques, que souhaite exercer un professeur des universités, est compatible avec les fonctions qu'il exerce dans l'administration (avis n°13E1167 du 11 juillet 2013).

La commission a estimé que les fonctions d'un cadre du SDIS, responsable des opérations de secours, sont compatibles au titre d'un cumul d'activités avec les fonctions d'auto entrepreneur, sous-traitant d'une SARL qui réalise des diagnostics et audits relatifs à la sécurité incendie dans les immeubles à usage d'habitation, sous la triple réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation d'affaires dans le ressort géographique de son département d'activité, que les interventions de cet agent ne portent que sur des immeubles à usage d'habitation et qu'il n'invoque pas sa qualité de sapeur pompier dans ses relations avec sa clientèle privée jusqu'à la fin de sa période de cumul d'activités (avis TC/2013-12 du 19 février 2013).

La commission adopte la même pratique que pour l'application du décret du 26 avril 2007 : lorsqu'elle a constaté qu'elle n'était pas compétente, elle peut toutefois appeler l'attention de l'administration sur les risques que la situation de l'agent en situation de cumul pourra faire courir pour le bon fonctionnement ou la neutralité du service. Elle s'est ainsi déclarée incompétente pour examiner la demande d'un agent chargé du contrôle de gestion dans une communauté d'agglomération, qui souhaite dans le cadre d'un cumul d'activités créer une autoentreprise en matière de conseil en gestion financière des collectivités locales, tout en avertissant la collectivité publique que l'exercice de cette activité accessoire au sens du 1° du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 ne doit pas créer de confusion entre le contrôle des organismes extérieurs dépendant de la communauté d'agglomération auquel l'agent participe et les activités entrepreneuriales de ce dernier qui, par principe, doit s'interdire toute relations professionnelles avec ces organismes (avis TC/2013-5 du 22 janvier 2013).

Dans plusieurs cas, la commission n'a pu se contenter d'émettre des réserves, et a rendu des avis d'**incompatibilité**.

Ainsi, les fonctions de dessinateur chargé du contrôle de légalité des documents d'urbanisme des collectivités territoriales au sein d'une préfecture sont incompatibles avec l'activité privée de constitution de dossiers en vue d'obtenir des autorisations d'urbanisme de la part de collectivités territoriales situées dans le ressort territorial de cette préfecture. En effet, un tel cumul placerait l'intéressé en situation de contrôler la légalité de permis de construire pour l'obtention desquels il serait intervenu dans le cadre de son activité privée (avis n°13E0136 du 14 février 2013).

La commission a rendu un avis d'incompatibilité à la demande de cumul d'un gardien de la paix qui souhaitait créer, sous le statut d'auto-entrepreneur une société ayant notamment pour activité la sécurité des biens et des personnes. En effet, l'activité d'agent de sécurité, qu'il souhaitait exercer directement et non par l'intermédiaire de salariés qu'il placerait dans des sociétés clientes (situation d'un brigadier chef ayant fait l'objet de l'avis de compatibilité sous réserve n°11A0625 du 13 avril 2011), risquerait de compromettre ou mettre en cause l'indépendance du service auquel il appartient (avis n°13E0146 du 14 février 2013).

Un agent chargé de l'instruction des certificats d'économie d'énergie ne peut créer une entreprise qui aura pour objet l'exploitation d'une plate-forme Internet permettant la comparaison d'offres d'économie d'énergie, dès lors que cette activité repose sur des partenariats avec des entreprises dont cette personne est susceptible de contrôler l'activité (avis n°13E1980 du 12 décembre 2013).

Le cas particulier des professions réglementées

Certains agents publics désirent exercer une activité qui relève d'une profession réglementée, qu'il s'agisse de son accès ou de son exercice. Il en est notamment ainsi des professions de psychologue, de psychothérapeute ou de psychanalyste. D'autres souhaitent mettre en œuvre diverses techniques liées aux soins

du corps ou au bien-être, comme les massages, la sophrologie ou la méditation, dont certains actes peuvent relever également d'une profession réglementée.

La commission est très vigilante, en exigeant que, dans le cas des professions réglementées, soient joints au dossier les titres ou diplômes en permettant l'exercice. Elle rappelle également les prescriptions déontologiques que peuvent comporter les textes particuliers qui réglementent leur exercice.

Une diététicienne exerçant dans un centre hospitalier peut cumuler cette activité avec l'exploitation et l'animation d'un site internet dédié au conseil en diététique, sous la triple réserve que, dans le cadre de ses fonctions administratives, elle s'abstienne de tout démarchage auprès de ses patients, et que dans le cadre de son activité privée, elle s'abstienne, d'une part, d'intervenir auprès de patients dont elle a à connaître dans l'exercice de ses fonctions hospitalières et, d'autre part, de se prévaloir de ses fonctions au sein de l'hôpital qui l'emploie (avis n°13H0035 du 14 février 2013).

Mais, l'exercice, par un brigadier de police, d'une activité de vente de matériels et accessoires pour le tir et la chasse en auto-entreprise, qu'il envisage d'entreprendre dans les locaux d'une armurerie, commerce qui relève du régime des professions réglementées, est de nature à porter atteinte à l'indépendance du service public auquel appartient cet agent, alors même qu'il est prévu de séparer les activités de l'armurerie de celle de vente de matériels pour le tir et la chasse (avis n°13E0532 du 11 avril 2013).

*

* *

Deuxième partie

**LA VALORISATION DES TRAVAUX
DES PERSONNELS DE RECHERCHE
DANS LE SECTEUR PRIVE**

**Application des articles L. 413-1 et suivants
(devenus articles L. 531-1 et suivants)
du code de la recherche**

PRESENTATION

La loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche modifiant la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, codifiée aux articles L. 413-1 et suivants du Code de la recherche, a créé trois dispositifs permettant aux personnels du service public de la recherche de collaborer avec des entreprises privées pour la valorisation des travaux qu'ils ont menés au sein du service public.

Les dispositifs issus de la loi du 12 juillet 1999 ont fait l'objet de plusieurs modifications introduites par la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, qui a notamment porté à 49 % du capital et des droits de vote la participation du chercheur au capital de l'entreprise à laquelle il apporte son concours.

Par ailleurs, le dernier alinéa du I de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, confie à la commission de déontologie le soin de donner son avis sur les autorisations demandées par les personnels de la recherche en vue de participer à la création d'entreprises ou aux activités d'entreprises existantes. Le V de ce même article 87 crée une formation spécialisée de la commission pour les affaires concernant les chercheurs.

En outre, le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie prévoit désormais expressément, dans son titre II, la procédure à suivre devant la commission de déontologie pour l'examen des dossiers présentés en application du code de la recherche.

Enfin, l'ordonnance n° 2014-135 du 17 février 2014 modifiant la partie législative du code de la recherche a créé un livre V regroupant l'ensemble des dispositions relatives à la valorisation des résultats de la recherche et au transfert de technologie en direction du monde économique, parmi lesquelles les dispositions relatives à la participation des personnels de la recherche à la création d'entreprises.

• **Les articles L. 413-1 à L. 413-7**, devenus L. 531-1 à L. 531-7 du code de la recherche, permettent à un agent public de participer à la création d'une entreprise destinée à valoriser les travaux de recherche qu'il a réalisés dans l'exercice de ses fonctions. Plusieurs conditions sont toutefois à remplir :

- l'entreprise créée doit valoriser des travaux du fonctionnaire intéressé ;
- l'entreprise de valorisation doit être une entreprise nouvelle, favorisant ainsi l'essaimage des personnels de la recherche ;
- l'agent doit être associé ou dirigeant de l'entreprise ;
- l'entreprise nouvelle doit conclure un contrat de valorisation des travaux de recherche avec la ou les personnes publiques au sein desquelles ont été réalisées les

recherches, dans un délai de neuf mois à compter de l'autorisation de l'administration (et non de l'avis, antérieur, de la commission de déontologie) ;

- le fonctionnaire doit recevoir avant la création de l'entreprise une autorisation, valable deux ans et renouvelable deux fois (soit six ans au total), après avis de la commission de déontologie ;

- l'agent doit quitter ses anciennes fonctions : il est placé en position de délégation (pour les enseignants-chercheurs) ou de détachement ou mis à disposition ;

- l'autorisation est refusée dans les cas où l'opération risquerait de préjudicier au fonctionnement normal du service public, de porter atteinte à la dignité des fonctions précédentes de l'agent, de compromettre ou de mettre en cause l'indépendance ou la neutralité du service. La commission vérifie également que le projet ne risque pas de porter atteinte aux intérêts matériels ou moraux du service public de la recherche ;

- à l'issue de l'autorisation, l'agent peut conserver sa situation dans l'entreprise en demandant sa radiation des cadres ou sa disponibilité dans les conditions du droit commun ; en l'absence de changement d'activité, il n'est pas nécessaire de consulter la commission (*avis n° 06.A0017 du 5 janvier 2006*). Il peut aussi être réintégré. Dans ce cas, il peut être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise, à conserver une participation dans le capital social de l'entreprise, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, ou à être membre du conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci dans les conditions prévues aux articles L. 413-8, devenu L.531-8, ou L. 413-12, devenu L. 531-12, du code de la recherche.

• **Les articles L. 413-8 à L. 413-11** du même code (article 25-2 de la loi du 15 juillet 1982), devenus L. 531-8 à L. 531-11, permettent à un agent public, qui continue à exercer à titre principal ses fonctions dans le service public, d'apporter un concours scientifique à une entreprise privée qui valorise les travaux de recherche qu'il a réalisés dans l'exercice de ses fonctions publiques. Trois conditions sont à remplir :

- l'entreprise qui valorise les travaux de recherche doit conclure, avec la ou les personnes publiques au sein desquelles ces travaux ont été conduits, un contrat de valorisation (par exemple, une licence d'exploitation exclusive de brevets) qui fixe notamment les conditions financières propres à préserver les intérêts du service public de la recherche ;

- une convention de concours scientifique fixe les conditions d'intervention de l'agent intéressé dans l'entreprise : elle prend la forme de conseils ou de consultance, toute participation à la gestion ou à l'administration de l'entreprise étant exclue, de même qu'un positionnement hiérarchique ;

- l'autorisation délivrée par le gestionnaire, après avis de la commission de déontologie, est valable cinq ans au maximum.

Pour introduire plus de souplesse dans le montage de dossiers souvent complexes et permettre d'accélérer les procédures, il est possible de présenter à la

commission un projet de contrat de valorisation des travaux de recherche, ce contrat devant être finalisé et signé dans un délai de neuf mois, conformément au décret n° 2006-1035 du 21 août 2006 (*JORF* du 23 août 2006).

La commission de déontologie est tenue informée des contrats et conventions pouvant être conclus par l'entreprise avec le service public de la recherche, dans les mêmes conditions que pour l'article précédent.

Le concours scientifique peut être accompagné d'une participation au capital de l'entreprise qui valorise les recherches. Cette participation peut atteindre 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote. Elle ne peut pas conduire l'agent à exercer des fonctions de dirigeant ou à siéger dans ses organes dirigeants.

Si le concours scientifique peut être organisé sans qu'il y ait participation au capital de l'entreprise, l'inverse n'est pas possible. La prise de participation dans le capital d'une telle entreprise est subordonnée à l'apport d'un concours scientifique (*avis n° 00. AR0083 du 23 novembre 2000*).

En vertu de l'article L. 413-9, devenu L. 531-9, du code de la recherche, la prise de participation est interdite si l'agent, du fait de ses fonctions et dans les cinq années précédentes, a exercé un contrôle sur l'entreprise ou a participé à l'élaboration ou la passation de contrats ou conventions entre l'entreprise et le service public. Le concours scientifique reste possible : la commission, se fondant sur les termes de cet article, a rendu un avis défavorable concernant la seule prise de participation au capital de l'entreprise d'un agent qui avait exercé un tel contrôle, la demande de concours scientifique de cet agent faisant par ailleurs l'objet d'un avis favorable (*avis n° AR.025 du 13 mai 2009*).

L'autorisation est accordée et renouvelée dans les conditions prévues à l'article L. 413-3, devenu L. 531-3, du code de la recherche, mais l'avis de la commission n'est requis pour le renouvellement que si les conditions prévalant au moment de l'autorisation ont évolué (*avis n° 07.AR020 du 5 avril 2007*). A l'expiration de l'autorisation, l'agent doit céder sa participation dans un délai d'un an et ne conserver aucun intérêt dans l'entreprise, sauf s'il est rayé des cadres ou mis en disponibilité.

• **Les articles L.413-12 à L.413-14** (article 25-3 de la loi du 15 juillet 1982), devenus L. 531-12 à L. 531-14 du code de la recherche, permettent à un agent public d'être membre d'un organe dirigeant d'une société (ce qui déroge à l'interdiction générale de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983), par exemple, membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Dans ce cas, il ne peut apporter de concours scientifique à l'entreprise. Cette participation ne peut excéder 20 % du capital, ni donner droit à plus de 20 % des droits de vote. L'agent ne peut percevoir que des jetons de présence à l'exclusion de toute autre indemnité.

L'objet de cette disposition est de favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique, de sensibiliser ainsi les entreprises à l'innovation et d'accroître leur attention à l'égard des progrès de la recherche fondamentale et de ses applications.

L'agent doit avoir obtenu, dans les mêmes conditions que pour les dispositions précédentes, une autorisation, délivrée pour la durée du mandat social et renouvelable, après avis de la commission de déontologie, si les conditions établies au moment de la délivrance de l'autorisation ont évolué depuis la date de l'autorisation. La commission est tenue informée dans les mêmes conditions que pour les articles précédents des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche.

A l'issue de l'autorisation ou du renouvellement de celle-ci, l'agent doit céder sa participation dans un délai de trois mois.

*
* *

Les articles 4 et 5 du décret du 26 avril 2007 ont fixé les règles procédurales qui permettent à la commission de rendre ses avis dans un cadre réglementaire précis.

La **réglementation relative au cumul d'activités dans la fonction publique** est également applicable aux personnels de la recherche, fonctionnaires et agents non titulaires de droit public.

En particulier, le 1^o du I de l'article 2 du décret n^o 2007-658 du 2 mai 2007 fait figurer, parmi les activités à caractère accessoire susceptibles d'être autorisées par l'administration, sans l'avis de la commission de déontologie, les prestations d'« *expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 2^o du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (...) et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 413-8 et suivants du code de la recherche* ».

En accordant, le cas échéant, une telle autorisation, l'administration doit veiller :

- au respect du fonctionnement normal du service public (article 1^{er} du décret du 2 mai 2007), ainsi que des dispositions de l'article 432-12 du code pénal relatives à la prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions (article 9 du décret du 2 mai 2007) ;

- à protéger ses droits de propriété intellectuelle (par exemple en concluant un contrat de collaboration avec le ou les entreprises ou organismes qui consultent l'un de ses agents).

*
* *

La loi du 12 juillet 1999 a fait l'objet d'une circulaire d'application du 7 octobre 1999 des ministres chargés de la recherche et de la fonction publique, publiée au Journal officiel de la République française.

Des décrets d'application étaient prévus par l'article 25-4 de la loi du 15 juillet 1982, dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1999.

Sont intervenus, dans l'ordre chronologique :

- Le décret n° 99-1081 du 20 décembre 1999 fixant les plafonds de rémunération prévus aux articles 25-2 et 25-3 ;

- Le décret n° 2000-1331 du 22 décembre 2000 modifiant le décret n° 87-889 du 29 octobre 1987 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi de vacataires pour l'enseignement supérieur (JORF du 30 décembre 2000) ;

- Le décret n° 2001-125 du 6 février 2001 portant application des dispositions de l'article L. 951-3 du code de l'éducation et des articles 25-1 et 25-2 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France à certains personnels non fonctionnaires de l'enseignement supérieur et de la recherche (JORF du 10 février 2001) ;

- Le décret n° 2001-952 du 18 octobre 2001 modifiant le décret n° 84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires (JORF du 20 octobre 2001) ;

- Le décret n° 2002-1069 du 6 août 2002 modifiant les décrets n° 85-733 du 17 juillet 1985 relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités et n° 91-267 du 6 mars 1991 relatif aux enseignants associés ou invités dans certains établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur (JORF du 9 août 2002) ;

- Le décret n° 2006-1035 du 21 août 2006 (JORF du 23 août 2006) a fixé à neuf mois le délai dans lequel doit être conclu le contrat de valorisation des travaux de recherche ;

- Le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 (JORF du 27 avril 2007) a, comme indiqué plus haut, formalisé la procédure devant la commission de déontologie ;

- Enfin, le décret n° 2012-279 du 28 février 2012 relatif à l'institut Mines-Telecom, qui permet aux enseignants-chercheurs qui en relèvent de bénéficier des dispositions du code de la recherche (article 33). La commission a fait application de ces dispositions nouvelles à un agent contractuel d'une école des mines (avis n° 12.A0677 du 16 mai 2012).

Par ailleurs, le III de l'article 19 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a étendu le bénéfice des dispositions des articles L. 413-1 à L. 413-16 du code de la recherche aux praticiens hospitaliers sous statut et contractuels qui participent à des recherches.

Lors de la codification des articles 25-1 et 25-2 de la loi du 15 juillet 1982 dans la partie législative du code de la recherche, les dispositions relatives à la durée de l'autorisation n'ont pu être reprises, puisqu'elles relèvent du pouvoir réglementaire auquel elles ont donc renvoyé. Dans l'attente de la codification de la partie réglementaire de ce code, ce sont les dispositions dans leur version antérieure qui demeurent applicables.

1 - BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION

1.1 FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION

Celui-ci est régi :

- D'une part, par le V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, qui depuis 2007 définit la composition de la commission lorsqu'elle exerce ses attributions en vertu des articles L. 413-1 et suivants, devenus L. 531-1 et suivants, du code de la recherche.

Outre son président et les membres de la formation commune aux quatre formations spécialisées de la commission de déontologie, la commission comprend deux personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche ou de la valorisation de la recherche.

Le représentant de l'établissement auquel est rattaché le fonctionnaire qui sollicite l'autorisation (université, établissement de recherche, ministère) est membre du « tronc commun » de la commission de déontologie. Exceptionnellement, il peut y avoir deux représentants par établissement ou service, lorsque leur organisation interne l'impose ou lorsque le fonctionnaire relève de deux administrations ou établissements. Dans tous les cas, seul le représentant de l'autorité gestionnaire prend part au vote, conformément au 4° du V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993. Toutefois, dans les affaires concernant les professeurs ou maîtres de conférences des universités - praticiens hospitaliers, ce sont les représentants des ministères chargés de la santé et des universités qui siègent (avis n°03.AR056 du 26 juin 2003).

- D'autre part, par le décret du 26 avril 2007, qui prévoit la saisine de la commission soit par l'agent, soit par l'administration et définit les éléments essentiels du dossier.

Depuis 2006, la procédure a été améliorée pour répondre au mieux aux besoins des établissements et chercheurs.

a) Depuis l'entrée en vigueur du décret du 26 avril 2007, les délais d'instruction sont resserrés, puisque le processus entier depuis la saisine par le chercheur jusqu'à l'autorisation donnée par l'établissement est encadré dans un délai de quatre mois.

L'établissement public doit transmettre la demande du chercheur le plus rapidement possible. A défaut, le chercheur peut également saisir la commission un

mois au plus tard avant la date à laquelle il envisage de commencer son activité. Il en informe par écrit, dans les mêmes délais, l'autorité dont il relève.

La commission rend son avis dans le délai d'un mois, qui peut être prorogé une fois pour une durée d'un mois.

Le silence gardé par l'établissement public dont relève le chercheur pendant une durée d'un mois vaut autorisation.

b) La modification du code de la recherche par la loi du 18 avril 2006 a également permis d'accélérer la procédure dans la mesure où la commission peut se prononcer et l'autorisation être donnée même si le contrat de valorisation des recherches n'est pas conclu. Une lettre d'intention suffit, pourvu qu'elle comporte les éléments permettant à la commission de donner un avis éclairé, notamment sur la protection des intérêts publics. Le décret du 26 avril 2007 définit en son article 4 les éléments essentiels du dossier : explication détaillée du projet, contrat ou projet de contrat.

Le délai pour ensuite finaliser le contrat de valorisation est de neuf mois à compter de l'autorisation. Si tel n'est pas le cas, cette autorisation est caduque.

c) Le secrétariat de la commission de déontologie répond en liaison avec les ministères de l'enseignement supérieur et de la recherche aux questions des établissements sur certaines questions juridiques ou sur certains points de jurisprudence en amont de la saisine de la commission. L'assistance juridique aux établissements et chercheurs pourrait également s'appuyer sur un site internet donnant la jurisprudence consolidée de la commission de déontologie depuis sa création ou prendre la forme soit d'une circulaire qui se substituerait à la circulaire d'application du 7 octobre 1999 des ministres chargés de la recherche et de la fonction publique, soit de fiches publiées sous la responsabilité de la commission de déontologie. Des exemples de contrats de valorisation et de conventions de concours scientifique pourraient utilement y figurer.

d) Enfin, comme la commission de déontologie l'a déjà constaté dans ses précédents rapports d'activité, elle accepte de régulariser pour l'avenir certains cas de demandes d'autorisation de concours scientifique et de participation au capital alors que l'instruction révèle que l'intéressé détient déjà des participations dans l'entreprise, notamment pour pouvoir participer au pacte d'actionnaires. Ces avis favorables ne font pas disparaître l'illégalité commise en commençant à réaliser ces projets sans y avoir été autorisé par l'administration après que la commission de déontologie a rendu son avis. Une telle position n'est en tout état de cause pas possible lorsqu'il s'agit d'une création d'entreprise sur le fondement de l'article L. 413-1, devenu L. 531-1, du code de la recherche, l'autorisation devant être obtenue avant la création de celle-ci.

1.2 SAISINES ET AVIS

Tableau n° 8- Nombre d'avis émis au titre de l'application du code de la recherche

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
nombre d'avis	78	80	82	122	121	122	70

Si la commission avait connu depuis 2010 une très forte augmentation de ses saisines, il faut constater en 2013 une baisse très significative, qui ramène celles-ci à des niveaux constatés au milieu des années 2000.

Lorsque des chercheurs appartenant à la même équipe, mais relevant pour leur gestion d'établissements différents, participent à un même projet, la commission recommande qu'ils présentent leur dossier en même temps, ce qui lui permet de procéder à un examen commun. Dans ce cas, chaque dossier doit faire apparaître les travaux personnels du chercheur sans globaliser ceux de l'équipe et ce, afin de préserver la faculté de tout membre de celle-ci de valoriser ses propres travaux (avis 10.A0665 du 23 juin 2010).

1.3 CAS DE SAISINES

Tableau n° 9- Répartition des avis par cas de demande d'autorisation
– Evolution (en %)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Moyenne
L. 413-1	10	17	13,11	9,92	9,84	17,14	12,83
L. 413-8	83,8	79,3	81,97	90,08	87,7	78,57	83,57
L. 413-12	6,2	3,7	4,92	0	2,46	4,29	3,6
Total	100	100	100	100	100	100	100

Plus des 4/5èmes des demandes dont la commission est saisie ont pour objet l'autorisation d'apport de concours scientifique et, pour la majorité des cas, la participation au capital d'une entreprise au titre de l'article L. 413-8, devenu L. 531-8, du code de la recherche. Cette année, la commission n'a eu à examiner que 3 demandes présentées sur le fondement de l'article L. 413-12, devenu L. 531-12, en vue d'autoriser un chercheur à participer à un conseil d'administration.

La commission a eu l'occasion, en 2013, de souligner à nouveau qu'en application des articles L. 413-1 et L. 413-8, devenus L. 531-1 et L. 531-8, du code de la recherche, le contrat de valorisation doit être conclu dans le délai fixé par le décret n° 2006-1035 du 21 août 2006, c'est-à-dire dans un délai maximum de neuf mois après la

délivrance de l'autorisation de l'administration (et non de l'avis de la commission) : si tel n'est pas le cas, cette autorisation deviendra caduque et l'agent devra cesser immédiatement de prêter son concours scientifique à l'entreprise.

1.4 ORIGINE DES SAISINES

1.4.1 Répartition des saisines par organisme gestionnaire et entreprise d'accueil

Pour faciliter la lecture du tableau suivant, seuls les principaux établissements ont été mentionnés parmi les 28 ayant saisi la commission. Il n'est guère surprenant de constater en tête de classement la présence de trois des principaux établissements de recherche français. Les entreprises d'accueil sont essentiellement des petites et moyennes entreprises, souvent en phase de démarrage.

Tableau n° 10 - Répartition des avis par nature pour les principales administrations gestionnaires – 2013

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Incompétence	Total
CNRS	2	25				27
INSERM	1	6				7
INRIA		4		1		5
Univ. Lille 1 sc. et techno.		3				3
Univ. Lille 2 droit et santé		2				2
Univ. Paris sud		3				3
UPMC Sorbonne		1	3			4
Paris-Descartes		2				2
Autres universités et organismes	1	16				17
Total	4	62	3	1		70

1.4.2 Répartition des saisines par catégorie d'agents et par « corps »

Tableau n° 11 - Origine des saisines par « corps » - Evolution (en %)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Moyenne
Directeur de recherche	22,2	17,1	18,85	19,83	16,4	18,57	18,82

Professeur des universités (1)	16	31,7	20,49	23,97	15,57	18,57	21,05
Maître de conférences	12,3	14,6	13,93	19,83	16,4	11,43	14,75
Chargé de recherche	16	11	19,67	12,4	9,02	25,72	15,63
Ingénieur de recherche	8,6	7,5	12,29	9,09	9,84	8,57	9,31
PU-PH	13,6	7,3	8,19	5,78	18,03	5,71	9,77
Assistant hospitalo-universitaire	-	-	-	-	0,82	-	0,14
Praticien hospitalier	-	-	0,82	0,83	2,46	1,43	0,92
Autres (2)	11,3	9,8	5,76	8,27	11,46	10	9,43
Total	100	100	100	100	100	100	100

(1) Inclut les professeurs en 2009.

(2) Post-doctorants, ingénieurs d'études, techniciens, maîtres assistants, professeur certifié de l'enseignement secondaire, ingénieurs hospitaliers, ingénieurs contractuels, professeur des écoles des mines, maître assistant.

Les demandes d'autorisation, qui, en moyenne, s'équilibrent entre les personnels de recherche et les enseignants-chercheurs, émanent en 2013 de façon beaucoup plus soutenue des personnels de recherche (directeurs, chargés de recherche et ingénieurs de recherche) que des personnels relevant des corps d'enseignants-chercheurs, y compris du secteur hospitalier, notamment avec une part relative des maîtres de conférence et des PU-PH en baisse marquée par rapport aux années antérieures et en forte augmentation pour les chargés de recherche.

1.5 SENS DES AVIS

Tableau n° 12 - Sens des avis par nature (2013)

	Nombre d'avis	En %
Favorable	4	5,71
Favorable sous réserve	62	88,57
Défavorable	3	4,29
Défavorable en l'état	1	1,43
Incompétence	0	0
Total	70	100 %

Tableau n° 13 - Sens des avis par nature et par cas de demande d'autorisation (2013)

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Incompétence	Total
L. 413-1	-	12	-	-	-	12
L. 413-8	2	49	3	1	-	55
L. 413-12	2	1	-	-	-	3
Total	4	62	3	1	-	70

La très grande majorité des avis sont favorables avec réserve (près de 89 %). Cette situation peut surprendre, mais elle s'explique essentiellement par le fait que l'octroi de l'autorisation est subordonné par l'article L. 413-8, devenu L. 531-8 du code de la recherche, à la conclusion d'une convention de concours scientifique entre l'entreprise privée et la personne publique. Avant la réforme introduite par la loi du 18 avril 2006 et le décret du 21 août 2006 pris pour son application, l'avis favorable de la commission pouvait également être subordonné à la conclusion du contrat de valorisation mentionné aux articles L. 413-1 et L. 413-8, devenus L. 531-1 et L. 531-8 du code de la recherche. Depuis 2006 cependant, ce contrat est conclu dans un délai maximum de neuf mois après la délivrance de l'autorisation : la commission ne peut donc plus inscrire, comme condition préalable à l'accomplissement de cette formalité, la conclusion du contrat de valorisation.

Les réserves peuvent également porter sur l'objet de l'entreprise dans le cas de l'application de l'article L 413-1, devenu L. 531-1 du code de la recherche, ou sur le mode de rémunération du chercheur qui apporte son concours scientifique.

En 2013, un seul avis défavorable en l'état, pour insuffisance du dossier, ensuite complété, et trois avis défavorables ont été rendus.

1.6 SUITES DONNEES AUX AVIS

Les articles L. 413-5, L. 413-10 et L. 413-13, devenus respectivement L. 531-5, L. 531-10 et L. 531-13 du code de la recherche, disposent que la commission « est tenue informée, pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Si elle estime que ces informations font apparaître une

atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche, la commission en saisit l'autorité administrative compétente.

La plupart des contrats qui ont été reçus au cours de l'année 2013 ont été conformes aux réserves formulées par la commission.

Il convient de rappeler aux administrations et aux établissements ayant saisi la commission de demandes d'autorisation qu'ils sont tenus de transmettre ces contrats et conventions à la commission, dès leur signature.

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 COMPÉTENCE DE LA COMMISSION

La commission n'est pas compétente pour se prononcer sur les régimes fiscal et social auxquels sera soumis le chercheur qui sollicite l'autorisation d'exercer un concours scientifique rémunéré, dès lors qu'ils sont sans incidence sur l'exercice de ce concours au regard des dispositions du code de la recherche (cas de l'agent qui adopte le régime dit de l'auto-entrepreneur pour percevoir la rémunération attachée au concours scientifique).

La commission n'est pas non plus compétente pour examiner le cumul d'activité que souhaite exercer un enseignant chercheur placé en délégation à mi-temps pour exercer, en qualité de salarié, des fonctions de chercheur dans une entreprise. L'article L. 421-3 du code de la recherche prévoit, en effet, en son point f) que dans le respect des dispositions de l'article 432-12 du code pénal, et par dérogation à l'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative fixée au premier alinéa de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, les personnels de recherche, autorisés à accomplir une période de service à temps partiel, peuvent être autorisés à exercer, en sus de leurs fonctions, une activité dans une entreprise exerçant une mission de recherche telle que définie à l'article L. 411-1 du même code. Par ailleurs, en vertu de l'article 11 du décret statutaire n° 84-431 du 6 juin 1984, les enseignants-chercheurs titulaires peuvent être placés, à des fins d'intérêt général, en délégation et continuent alors à percevoir leur rémunération et à bénéficier de l'ensemble des droits attachés à la position d'activité. Le c) de cet article prévoit que la délégation peut être prononcée auprès d'une entreprise ou de tout autre organisme public ou privé et, pour un temps incomplet en application de l'article 14-1 du même décret.

Le placement de cet enseignant-chercheur en délégation à mi-temps pour exercer, en qualité de salarié d'une école de commerce, des fonctions de directeur de recherche ne relève donc pas de l'appréciation de la commission (avis n°13E0539 du 11 avril 2013).

2.2 AGENTS POUVANT BÉNÉFICIER DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA RECHERCHE

Tout agent public peut bénéficier des dispositions du code de la recherche, dès lors qu'il appartient à une équipe de recherche et a accompli des travaux de recherche dont les résultats sont susceptibles d'être valorisés.

Ainsi, un agent public ayant été autorisé à participer à la création d'une entreprise en tant que cogérant dans le cadre d'un cumul d'activités sur le fondement du décret du 2 mai 2007 peut ensuite présenter une demande sur le fondement du code de la recherche pour valoriser ses travaux de recherche, et être autorisé à apporter son concours scientifique à cette entreprise, tout en conservant sa participation au capital de celle-ci.

A l'inverse, un chercheur qui avait été autorisé à apporter son concours scientifique à une société peut être autorisé, une fois admis à la retraite, à poursuivre cette collaboration s'il satisfait les conditions posées par les conditions de droit commun du décret du 26 avril 2007.

Une autorisation antérieure, ayant cessé de produire ses effets, n'empêche pas un chercheur de solliciter à nouveau une autorisation pour apporter son concours scientifique à une société pour laquelle il avait déjà obtenu, sept ans auparavant, une autorisation de même nature. En effet, la demande est fondée sur un nouveau contrat de valorisation.

Un chercheur placé en disponibilité pour convenance personnelle qui demande l'autorisation de participer à la création d'une entreprise qui valorise ses travaux de recherche doit, préalablement à la délivrance de l'autorisation, être replacé en position d'activité (avis n° 13R1540 du 12 septembre 2013).

Mais la commission émet un avis défavorable sur une demande présentée par un agent bénéficiant d'un contrat à durée déterminée parvenant à son terme et non renouvelé : l'intéressé, en effet, n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 413-1, devenu L. 531-1, du code de la recherche, dès lors qu'à la date à laquelle il souhaitait participer à la création de l'entreprise de valorisation, il n'appartiendra plus au service public de la recherche.

2.3 PROCEDURE

Une demande présentée sur le fondement de l'article L. 413-8, devenu L. 531-8, du code de la recherche ne peut faire l'objet d'un examen au titre de l'article L.413-12, devenu L. 531-12, du même code.

2.4 PORTEE DE L'AVIS

Les avis de la Commission ne peuvent avoir d'effet rétroactif. Ils ne valent donc qu'à compter de la date à laquelle ils sont donnés et ne peuvent régulariser la période antérieure. Il en résulte qu'une convention de concours scientifique qui est signée avant que la commission ait rendu son avis et que l'administration ait donné son autorisation est nulle.

La commission rappelle, par ailleurs, que lorsque les modalités du concours scientifique ne sont pas modifiées, le renouvellement de l'autorisation de concours scientifique peut être délivré par l'administration dont relève le chercheur sans qu'il soit besoin de la saisir à nouveau (avis n° 12.R1561 du 18 octobre 2012).

2.5 APPLICATION DES ARTICLES L. 413-1 ET SUIVANTS DU CODE DE LA RECHERCHE (devenus articles L. 531-1 et s.)

Objet de l'entreprise

La commission donne un avis favorable à une demande d'autorisation fondée sur l'article L. 413-1, devenu L. 531-1, du code de la recherche, sous réserve que l'objet de la société à créer mentionne les axes de recherche en rapport avec les travaux menés par le demandeur qui doivent être valorisés. En effet, si l'objet de la société peut être plus large pour ne pas entraver son développement, il doit présenter un lien suffisant avec les travaux qui font l'objet de la valorisation.

Examinant la demande d'un professeur des universités souhaitant participer en qualité de président à la création d'une SAS ayant pour objet la valorisation d'un brevet déposé dans le cadre d'un contrat de collaboration scientifique avec une autre société à laquelle il avait antérieurement été autorisé à apporter son concours scientifique, la commission émet un avis favorable à cette demande. Elle relève d'abord qu'une demande d'autorisation fondée sur les dispositions de l'article L. 413-1 du code de la recherche peut porter sur des travaux de recherche réalisés par un chercheur bénéficiant d'un concours scientifique accordé sur le fondement de l'article L. 413-8 du même code. Son avis est toutefois assorti d'une réserve, tenant à ce que l'objet de la SAS à créer soit précisé en mentionnant les activités ayant un lien avec les travaux de recherche de l'intéressé ayant abouti au brevet dont la valorisation sera poursuivie au sein de la société (avis n°13R1614 du 10 octobre 2013).

Fonctionnaires visés par le dispositif

Un maître de conférences des universités mis en délégation pour créer une entreprise au titre des articles L. 413-1 et suivants, devenus L. 531-1 et suivants, du code de la recherche, cesse toute activité au titre du service dont il relève, mais peut toutefois exercer des activités d'enseignement ressortissant à sa compétence dans des conditions fixées par le décret n° 87-889 du 29 octobre 1987, tel qu'il a été modifié par le décret n° 2000-1331 du 22 décembre 2000 : ainsi, les vacations correspondant à ces activités ne sauraient dépasser « soixante-quatre heures de cours, quatre-vingt-seize heures de travaux dirigés ou cent quarante-quatre heures de travaux pratiques annuellement, ou toute combinaison équivalente ».

Procédure

Un chercheur qui demande le bénéfice des dispositions de l'article L. 413-1 du code de la recherche en vue de participer à la création d'une entreprise qui

valorisera ses travaux de recherche, doit former sa demande avant l'immatriculation de l'entreprise au registre du commerce et des sociétés comme le prescrit l'article L. 413-2, devenu L. 531-2, du même code. Dans le cas où la société est déjà créée et immatriculée, la commission ne peut que donner un avis défavorable. Cet avis ne fait pas obstacle à ce que ce chercheur modifie son projet pour le fonder sur l'article L. 413-8, devenu L. 531-8, du même code ou les dispositions de droit commun applicables à tous les agents publics.

Lorsqu'elle instruit un dossier présenté en vue de la participation, à titre personnel, d'un chercheur à la création d'une société, en application des articles L. 413-1 et suivants, devenus L. 531-1 et suivants, du code de la recherche, l'examen de la commission ne s'étend pas à la convention de mise en délégation conclue entre l'établissement public d'origine et la société que va rejoindre ce chercheur (avis n° 13R0336 du 14 mars 2013).

Réintégration

L'article L. 413-6, devenu L. 531-6, du code de la recherche permet au chercheur qui a créé une entreprise valorisant ses travaux de sa recherche dans le cadre de la procédure prévue aux articles L. 413-1 et suivants, devenus L. 531-1 et s, de ce même code, de demander, après sa réintégration, à bénéficier de la possibilité d'apporter son concours scientifique à l'entreprise et de participer au capital de l'entreprise qu'il a quittée, selon la procédure prévue aux articles L. 413-8 et suivants, devenus L. 531-8 et s, du même code. Pendant la période intermédiaire entre la réintégration dans l'administration et la demande d'autorisation, l'intéressé ne doit cependant pas avoir exercé un contrôle ou participé à la surveillance de l'entreprise.

En outre, la participation au capital de l'entreprise ne peut être conservée que dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, l'intéressé bénéficiant d'un délai d'un an à compter de sa réintégration pour se mettre en conformité.

2.6 APPLICATION DES ARTICLES L. 413-8 ET SUIVANTS DU CODE DE LA RECHERCHE (devenus articles L. 531-8 et s.)

Fonctionnaires intéressés

Il n'appartient pas à la commission de se prononcer sur l'opportunité pour un organisme de recherche, d'autoriser sept de ses chercheurs, travaillant dans le même laboratoire et disposant de compétences très proches, d'apporter leur concours scientifique à la même entreprise.

A l'occasion de l'examen de demandes de concours scientifique concernant deux jeunes chercheurs sous contrat à durée déterminée, la commission fait application des dispositions de l'article 4 du décret n° 2001-125 du 6 février 2001, pris en application de l'article L. 413-15, devenu L.531-15, du code de la recherche, qui

subordonnent, notamment, l'autorisation à une condition de durée du contrat fixée à au moins un an de manière continue. La commission précise, confirmant ainsi sa doctrine, qu'à supposer même que cette condition de la durée d'engagement soit satisfaite, il convient, en tout état de cause, que l'échéance du contrat soit suffisamment éloignée dans le temps par rapport à la date de l'autorisation pour que la durée du concours scientifique soit suffisamment significative pour permettre la valorisation effective des travaux de recherche. En l'espèce, une durée de trois mois ne remplit pas, à l'évidence, ce dernier critère. (avis n°13R0382 et n°13R0383 du 14 mars 2013).

2.6.1. CONVENTION DE CONCOURS SCIENTIFIQUE

Date d'effet et signature

La convention de concours scientifique ne peut avoir été signée antérieurement à la saisine de la commission de déontologie, l'autorisation ne pouvant être accordée par l'administration qu'après avoir recueilli l'avis de cette instance.

Cette convention ne peut non plus avoir d'effet au-delà du terme du contrat de valorisation

Signataires

Lorsqu'un fonctionnaire appartient à une unité mixte, la convention de concours scientifique doit être signée par tous les organismes qui sont membres de cette unité.

Nature du concours scientifique

La qualité de dirigeant de la société est incompatible avec l'apport d'un concours scientifique à cette société, qui exclut toute fonction de direction.

La commission considère qu'une convention de délégation conclue entre l'organisme public de recherche et l'entreprise, sur le fondement du décret statutaire n°84-431 du 6 juin 1984, ne peut tenir lieu de convention de concours scientifique, pour l'application des articles L. 413-8 et L. 413-9 du code de la recherche, dès lors qu'elle spécifie que l'intéressé exerce dans cette entreprise les fonctions de directeur scientifique et que cette activité, au demeurant strictement indépendante de la valorisation des travaux de recherche menés au sein du service public, ne correspond pas à une activité de conseil ou d'expertise en vue de cette valorisation, mais le place dans une position hiérarchique au sein de cette entreprise (avis n°13R1162 du 11 juillet 2013).

En revanche, la commission considère que n'a pas la qualité de dirigeant, le chercheur qui exerce les fonctions de président du conseil scientifique de l'entreprise à laquelle il envisage d'apporter son concours scientifique et au capital social de laquelle il participe, dès lors que ce comité a seulement vocation à fournir un avis sur les grandes orientations du développement scientifique de l'entreprise, sans prendre aucune décision de gestion.

Par ailleurs, l'autorisation prévue par l'article L. 413-8, devenu L. 531-8, du code de la recherche est donnée au chercheur en tant que personne physique. Une personne morale, telle une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ne peut ainsi être autorisée à apporter à une entreprise le concours scientifique de son associé unique.

Temps consacré à la consultance

Le temps consacré à la valorisation doit être adapté à cet objectif. La commission a donné un avis favorable à une demande d'autorisation de concours scientifique, sous réserve que la convention de concours scientifique passée entre l'entreprise et les organismes publics précise que la clause relative au temps consacré à l'activité de consultance soit modifiée de manière à stipuler que l'intéressé se consacrera à son activité de consultance dans une mesure significative pour assurer la valorisation de ses compétences.

Rémunération

En application de l'article L. 413-9, devenu L. 531-9, du code de la recherche, l'administration dont relève le chercheur doit être tenue informée des revenus qu'il perçoit à raison de sa participation au capital de l'entreprise, des cessions de titres auxquelles il procède ainsi que des compléments de rémunération, dans la limite d'un plafond, déterminés, le cas échéant, par la convention de concours scientifique. Ce plafond de rémunération est fixé par le décret n° 99-1081 du 20 décembre 1999 modifié qui prévoit qu'il « *ne peut excéder le traitement brut annuel soumis à retenue pour pension correspondant au second chevron du groupe hors échelle E* ».

Le plafond des rémunérations ainsi prévu s'apprécie en tenant compte de toutes les autorisations de concours scientifiques accordées à un chercheur, et non entreprise par entreprise.

L'attribution de bons de souscription d'actions⁴ (BSA) constitue souvent un complément de rémunération pour le chercheur. Dans ce cas, la convention de concours scientifique doit prévoir expressément que les BSA seront pris en compte pour l'appréciation du plafond de rémunération et que leur attribution ne pourra avoir pour effet de porter la participation du chercheur au capital de l'entreprise au-delà de la limite de 49 % du capital fixée par l'article L. 413-9, devenu L. 531-9, du code de la recherche.

⁴ Un bon de souscription est un titre financier qui permet de souscrire à un prix fixé et dans une période et une proportion donnée à un autre titre financier (action ou obligation) de l'entreprise émettrice. Les BS ne sont pas eux-mêmes rémunérés et leur valeur peut devenir nulle si l'option d'achat qu'ils représentent n'a pas été levée à l'échéance.

Modifications

Par ailleurs, dans l'hypothèse où la convention prévoit que les conditions du concours scientifique sont susceptibles d'être modifiées, elle doit aussi préciser que les modifications induites feront l'objet d'un avenant communiqué à la commission de déontologie, et non d'une simple information du service public de la recherche (avis n° 13R0906 du 11 juillet 2013). Il en est notamment ainsi pour la modification des conditions de rémunération.

2.6.2 PARTICIPATION AU CAPITAL

Un agent peut, dans un premier temps, demander l'autorisation d'apporter son concours scientifique à une entreprise privée, puis, dans un second temps, celle de participer au capital de ladite entreprise : les deux démarches ne sont pas nécessairement simultanées. Néanmoins, un agent ne peut pas être autorisé à participer au capital d'une entreprise privée qui valorise ses travaux de recherche s'il n'est pas autorisé à lui apporter son concours scientifique.

La commission émet donc un avis défavorable sur la demande d'un agent tendant à être autorisé à participer au capital d'une entreprise valorisant ses travaux de recherche menés au sein du service public, dès lors qu'il n'avait pas été autorisé antérieurement à apporter son concours scientifique à cette entreprise et que la demande soumise à la commission n'avait pas cet objet.

Dans le cas d'un chercheur qui entend participer au capital d'une entreprise de valorisation constituée sous la forme d'une SAS dont l'un des associés est une société tierce, la commission rappelle que la participation de l'intéressé au capital de ladite entreprise ne peut excéder la limite de 49 % prévue par l'article L. 413-9, devenu L. 531-9, du code de la recherche, que ce soit directement ou indirectement par le biais d'une participation dans le capital de cette société tierce (avis n° 13R1530 du 13 septembre 2013 ; rapp. avis n° 06 AR 053 du 22 juin 2006 au rapport 2006 p. 73).

La commission considère que les fonctions exercées par un chercheur en tant que responsable scientifique d'une étude menée conjointement par l'entreprise de valorisation et le service public de la recherche sur la base d'un contrat de collaboration de recherche ne sont pas incompatibles avec la participation du chercheur au capital de l'entreprise dès lors que, ce faisant, celui-ci n'a ni exercé de contrôle sur l'entreprise, ni participé à l'élaboration de contrats ou de conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche (avis n°13R0800 du 16 mai 2013).

2.6.3 CONTRAT DE VALORISATION

Dans le cadre des dispositions des articles L. 413-8 et suivants, devenus L. 531-8 et suivants, du code de la recherche, la société à laquelle le chercheur apporte son concours scientifique doit conclure avec la ou les personne(s) publique(s) dont celui-ci dépend un contrat de valorisation des travaux réalisés par cet agent dans l'exercice de ses fonctions.

Objet du contrat

Le contrat de valorisation soumis à l'examen de la commission par un chercheur ne peut porter que sur les travaux de l'auteur de la demande d'autorisation, afin que la commission puisse vérifier la réalité des travaux présentés et leur possible valorisation et que soit préservée la faculté pour les autres chercheurs de l'équipe de bénéficier des dispositions du code de la recherche. Ce contrat ne peut donc faire référence aux travaux issus de la recherche scientifique d'un autre chercheur.

Par ailleurs, dans un dossier dans lequel le contrat de licence en préparation mentionnait l'intervention d'une société d'accélération de transfert de technologie (SATT), sans que le rôle de celle-ci soit clairement établi, la commission a rendu un avis favorable à la condition de faire expressément référence au contrat de mandat de gestion que les établissements publics concernés prévoyaient de souscrire avec cette SATT (avis n°12R2138 du 17 janvier 2013).

Clause d'exclusivité et bonne exécution du contrat

Cette clause, de portée générale, a vocation à protéger la faculté pour l'établissement public de valoriser les résultats de la recherche publique, dans le cas où la société à laquelle il a concédé une exclusivité d'exploitation connaîtrait, pour quelque motif que ce soit, des difficultés l'empêchant de poursuivre son objet. Afin de sauvegarder les intérêts du service public de la recherche comme celui de la société partenaire, la commission estime qu'un défaut d'exploitation de l'invention ne doit pas conduire inéluctablement à la cessation d'activité de la société, mais d'abord à la solution, moins coûteuse, de la perte d'exclusivité, avec l'introduction d'une clause précisant que « le caractère exclusif de la licence que les établissements envisagent de concéder à une société disparaîtra en cas de défaillance de ladite société ».

Ce point de doctrine, dégagé depuis plusieurs années par la commission, relève de sa mission qui est, notamment, de s'assurer de la protection efficace des intérêts matériels du service public de la recherche et a été rappelé à plusieurs reprises.

Toutefois, quand les modalités de résiliation du contrat négociées par les parties sont exposées sans ambiguïté en termes équivalents, il n'y a pas lieu à réserve de ce chef (avis n°12R2128 du 17 janvier 2013).

De même, la commission considère qu'aucune réserve ne s'impose lorsque le contrat de valorisation prévoit la levée de l'exclusivité à l'issue d'une période de temps nécessaire à l'entreprise pour développer l'exploitation de ses produits, soit, généralement, deux ou trois ans.

A titre d'exemple, il en va ainsi lorsque le contrat prévoit la levée de l'exclusivité si le licencié interrompt pendant plus de neuf mois les travaux de développement, si le licencié interrompt pendant plus de douze mois l'exploitation d'un produit à partir de sa première commercialisation et, enfin, en cas d'absence totale de

vente dans un délai de deux ans à compter de l'obtention d'une première autorisation de mise sur le marché (avis n°13R1435 du 12 septembre 2013).

Il en va de même lorsque le contrat prévoit la levée de l'exclusivité si, dans un délai de trois ans à compter de la signature du contrat, le licencié n'a pas mis en place les étapes nécessaires à la commercialisation des produits sans pouvoir en justifier (avis n°13R1466 du 12 septembre 2013).

Il en va également de même lorsque le contrat prévoit la levée de l'exclusivité si, dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur, l'entreprise n'a pas mis en place les étapes nécessaires à la commercialisation des produits sans pouvoir en justifier, ou si l'entreprise n'a pas réalisé de ventes significatives pendant une période de deux années consécutives à compter de la date de première commercialisation (avis n°13R1465 du 12 septembre 2013).

En revanche, la clause prévoyant la disparition du caractère exclusif d'un contrat de concession de licence dans l'hypothèse où l'entreprise de valorisation ne respecterait pas des engagements d'accueil de stagiaires et de recrutement de doctorants issus de l'établissement public concédant, dans le cadre de conventions industrielles de formation par la recherche (CIFRE), n'assure pas la protection efficace des intérêts matériels et moraux du service public (avis n° 13R0118 du 14 février 2013).

La clause d'exclusivité contenue dans un contrat de concession de licence ne peut produire d'effet au-delà du terme de ce contrat (avis n°13R0118 du 14 février 2013).

Conditions financières et intérêts du service public

La commission est attentive au contenu du contrat de valorisation signé entre le service public de la recherche et l'entreprise, notamment en ce qui concerne les contreparties financières accordées, qui doivent protéger les intérêts du service public de la recherche.

Elle estime qu'un taux de redevance de 1% du chiffre d'affaires résultant de l'exploitation directe du brevet, tel que fixé par le contrat de concession de licence, préserve suffisamment les intérêts du service public de la recherche, dès lors que ledit brevet doit être, le plus souvent, exploité de manière indirecte.

Elle admet également qu'un contrat de valorisation prévoit que la rémunération de l'organisme public de recherche prenne la forme d'une mise à disposition d'un doctorant à la condition que cette possibilité soit subordonnée à l'accord exprès de cet organisme (avis n° 12.A0289 du 15 février 2012).

Cessions des droits patrimoniaux

La commission donne un avis favorable à une demande d'autorisation de concours scientifique sous réserve d'amendement des stipulations du contrat de

valorisation, pour prévoir que la levée de l'option d'achat de la quote-part du brevet appartenant à l'établissement public de recherche par la société à laquelle en est confiée l'exploitation aura pour conséquence de mettre un terme au concours scientifique. Dans un tel cas, en effet, la levée de l'option d'achat rendrait sans objet le contrat de règlement de copropriété et en l'absence de tout autre contrat, notamment de savoir-faire, priverait de tout fondement la poursuite du concours scientifique (avis n° 12.A0674 du 16 mai 2012).

Clauses de propriété intellectuelle

Dans le cas où un contrat de collaboration de recherche et de licence d'utilisation d'un logiciel ne prévoit pas de clauses de propriété intellectuelle relatives aux développements à venir des logiciels existants, la commission émet un avis favorable sous réserve que tous les contrats qui pourraient être ultérieurement conclus relativement à ces développements soient soumis à son appréciation, ainsi que le prévoit l'article L. 413-10, devenu L. 531-10, du code de la recherche.

Règlement des litiges

La commission admet qu'un contrat de valorisation passé par un établissement public à caractère scientifique avec un organisme étranger stipule que les litiges nés de son exécution soient tranchés par la voie de l'arbitrage conformément à l'article L. 711-1 du code de l'éducation (avis n°12.E1055 du 12 juillet 2012).

2.7 PARTICIPATION AU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE SOCIETE : ARTICLE L.413-12 ET SUIVANTS (devenus articles L. 531-12 et s.)

La commission admet la participation d'un chercheur au conseil d'administration d'une société de droit italien constituée sous la forme d'une « *società per azioni* » (Spa), dès lors que cette forme de société est l'équivalent, en droit italien, de la société anonyme française (avis n°13R1914 du 14 novembre 2013).

La commission admet la participation d'un chercheur au conseil d'administration d'une société sous réserve que les statuts de celle-ci précisent le montant minimum de parts du capital social requis pour être membre du conseil d'administration (avis n°13R1914 du 14 novembre 2013).

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

L'année 2013 a été marquée par une importante baisse du nombre de dossiers soumis à la commission, au regard des cinq années antérieures. Cette situation ne tient pas au travail accompli par les plus grands organismes de recherche, notamment le CNRS, qui est l'organisme qui présente le plus grand nombre de dossiers, et dont les saisines conservent un niveau à peu près équivalent sur la période, mais à un déficit de dossiers présentés par les autres établissements et notamment les universités, dont il est difficile d'apprécier les causes.

CONCLUSION

La commission a eu l'occasion, en conclusion de ses précédents rapports d'activité, de présenter un bilan des aménagements de textes intervenus dans la période qui avait précédé la remise de ces rapports et de mettre en évidence un certain nombre de difficultés persistantes, tout en rappelant les conditions dans lesquelles elle exerce son activité, en toute indépendance. L'année dernière, elle avait présenté son rapport alors qu'une réforme des textes qui la régissent était annoncée par le Gouvernement. C'est dans cette perspective qu'elle avait entendu revenir sur certaines des observations qu'elle avait auparavant présentées et en ajouter d'autres, afin de contribuer aux débats auxquels devait donner lieu le projet de loi annoncé.

On se bornera ici à rappeler que la commission appelait, à cette occasion, à un réexamen des critères de sa saisine, rappelés en introduction du présent rapport, qui prévalent depuis la loi du 2 février 2007, ainsi que de la distinction entre les deux aspects, pénal et déontologique, de son contrôle défini par les textes actuels. La commission a également présenté des observations en ce qui concerne les cumuls d'activité, à la lumière de l'expérience accumulée depuis que le législateur de 2007 a admis la possibilité de cumuler avec des fonctions administratives une activité privée de création ou de reprise d'une entreprise, tout en prévoyant l'intervention obligatoire de la commission. Il est en effet apparu que l'évolution des textes depuis 2007 a conduit à brouiller la distinction initiale entre activités accessoires autorisées par l'administration seule, comme c'était le cas avant 2007, et dont la liste a progressivement été étendue, et cumuls pour création ou reprise d'entreprise. La commission a en particulier fait valoir les raisons pour lesquelles sa saisine ne devrait désormais être prévue en matière d'autorisation de cumul que lorsque la demande soulève des difficultés particulières.

Si les recommandations présentées sur ce dernier point n'ont pas été traduites dans le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, déposé au mois de juillet 2013 à l'Assemblée nationale, ce texte prend assez largement en compte pour le surplus les observations alors formulées, en rétablissant notamment la saisine obligatoire de la commission en ce qui concerne les départs dans le privé. Il étend en outre sensiblement ses missions en matière de prévention des conflits d'intérêts et, plus généralement, de respect des principes déontologiques.

Ce projet de loi n'ayant pas encore été examiné par le Parlement à la date du présent rapport, la commission entend contribuer au débat auquel la discussion de ce texte va donner lieu en formulant les deux séries d'observations suivantes.

*

Les premières concernent les modifications qui devraient être apportées au dispositif actuel, tant en amont qu'en aval des avis rendus, afin que la commission puisse exercer au mieux la mission qui lui est confiée par le législateur et ce, d'autant plus que celle-ci devrait être élargie si le projet de loi est adopté.

- En amont, il conviendrait d'abord de renforcer les pouvoirs d'investigation des rapporteurs qui ont parfois des difficultés à trouver auprès des administrations l'ensemble des informations nécessaires pour éclairer objectivement la commission sur la situation de l'agent intéressé. En l'état actuel des textes, ils ne trouvent en effet pas un appui suffisant dans les dispositions du deuxième alinéa de l'article 10 du décret du 26 avril 2007, qui prévoit que « *la commission peut recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission* ».

Un pouvoir légal d'enquête permettrait d'avoir accès à divers documents dont la communication peut s'avérer utile, voire indispensable, à une instruction effective du dossier, comme les rapports administratifs rédigés par le demandeur, les procès-verbaux de réunions ministérielles ou interministérielles auxquelles il a participé ou encore des notes de service. Le rapporteur général de la commission pourrait également se voir reconnaître un droit de communication sur des informations ou documents dont la connaissance lui paraîtrait nécessaire afin que la commission soit complètement informée sur les activités administratives d'un candidat au départ dans le privé, au regard notamment d'un éventuel risque pénal.

Dans le même ordre d'idée, la commission devrait avoir connaissance des alertes qui ont concerné le demandeur au cours des trois années précédant le départ. Elle pourrait aussi être dotée du pouvoir d'entendre toute personne dont le concours lui paraîtrait utile.

La commission suggère, dès à présent, de modifier le formulaire d'appréciation de la demande d'exercice d'une activité privée que doit remplir l'administration. L'article 3-1 du décret du 26 avril 2007 pourrait corrélativement être complété pour prévoir la production d'une analyse circonstanciée de la situation du demandeur et de ses conséquences sur le plan déontologique, à l'instar de ce que font d'ores et déjà certaines autorités, qui se sont dotées d'une expertise en la matière et transmettent à la commission leur avis formalisé.

- En aval, les avis de la commission pourraient gagner en effectivité, si était organisé un suivi des décisions prises ensuite par les administrations, notamment lorsque l'avis comporte des réserves. La commission rappelle, car cette obligation semble avoir été perdue de vue, qu'elle doit être informée, en application de l'article 14 du décret du 26 avril 2007, des décisions prises à l'égard de l'intéressé. Cette information pourrait être complétée par la communication des notifications qui en ont été faites aux services concernés et des modalités de suivi de leur exécution. Ce suivi gagnerait aussi en efficacité si les administrations transmettaient chaque année à la commission une note de suivi, permettant de retracer les suites données à ses avis et, éventuellement, des difficultés d'application.

Enfin, il serait pertinent que les entreprises qui accueillent un agent soient destinataires de la décision prise par l'administration sur le plan déontologique. Ce serait tout particulièrement utile dans les cas où, conformément à l'avis de la commission - dont le projet de loi prévoit qu'il liera désormais l'administration - l'autorisation a été assortie de réserves, au respect desquelles l'intéressé, et donc aussi son futur employeur, seront astreints dans les trois années suivant son recrutement dans le secteur privé.

*

Une seconde série d'observations vise à tirer les conséquences de la récente mise en place, en application de la loi du 11 octobre 2013, de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, dont les missions soulèvent des questions d'articulation avec celles de la commission de déontologie, essentiellement sur trois points.

En premier lieu, il apparaît que la Haute autorité et la commission de déontologie ont, pour partie, des compétences similaires, qui appellent des ajustements.

Alors qu'en vertu de la loi du 29 janvier 1993, la commission est compétente, ainsi qu'il est rappelé dans l'introduction du présent rapport, pour donner un avis sur les projets de départ des agents publics désireux d'exercer une activité privée lucrative, la nouvelle Haute autorité est désormais chargée de se prononcer, en application des articles 20 et 23 de la loi du 11 octobre 2013, « *sur la compatibilité de l'exercice d'une activité libérale ou d'une activité rémunérée au sein d'un organisme ou d'une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé avec des fonctions gouvernementales ou des fonctions exécutives locales énumérées au 2° du I de l'article 11 exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ».

En principe, les personnes ainsi concernées ne sont pas les mêmes, de sorte que le caractère similaire des attributions confiées à chacun de ces deux organismes ne pose pas d'autres problèmes que celui de l'harmonisation des « jurisprudences » : la Haute autorité pourra tenir compte de la doctrine élaborée par la commission, la seconde pouvant à son tour s'inspirer de ce que fera la première.

Il apparaît toutefois qu'un agent public relevant de la commission peut aussi relever de la Haute autorité s'il est ou a été, au cours des trois années précédentes, membre du Gouvernement ou titulaire d'un mandat tel que président de conseil régional ou général ou maire d'une commune de plus de 20 000 habitants. Son projet de départ dans le privé⁵ devra alors être simultanément soumis à ces deux instances. En outre, le

⁵ Cette notion n'est d'ailleurs pas définie de la même manière dans les deux textes : alors que la loi du 11 octobre 2013, en parlant « *d'un organisme ou d'une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé* », reprend le critère issu de l'article 432-13 du code pénal, qui s'applique aussi jusqu'à présent à la commission de déontologie, le nouvel article 25 sexies du statut général prévoit d'assimiler désormais à une entreprise privée « *toute personne morale de droit public exerçant une activité économique* », ce qui est plus large et a notamment pour conséquence d'inclure des organismes comme la Caisse des dépôts.

fait que le contrôle porte sur les fonctions exercées au cours des trois dernières années peut soulever une difficulté lorsqu'un ancien ministre ou titulaire d'une des fonctions exécutives locales visées par la loi du 11 octobre 2013 aura, au cours de la période de trois ans, exercé l'une des fonctions publiques mentionnées par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, que ce soit avant ou après avoir exercé les fonctions politiques à raison desquelles il relève de la loi du 11 octobre 2013.

En pareil cas, et même si le projet de départ dans le privé sera, de chaque côté, examiné au regard de fonctions politiques ou administratives distinctes, ces compétences concurrentes risquent d'aboutir à des situations dans lesquelles, par exemple, la commission émettrait un avis d'incompatibilité, lequel fait obstacle à la réalisation du projet, alors que la Haute autorité aurait donné son feu vert, ce qui vaut autorisation.

La solution pourrait consister à faire jouer dans ces hypothèses une règle de connexité au profit de la Haute autorité, en insérant un dispositif en ce sens dans la loi du 11 octobre 2013, par exemple à l'occasion de la discussion du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

En deuxième lieu, la Haute autorité et la commission sont chargées de veiller au respect des principes déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts d'agents publics qui sont, pour partie, les mêmes.

En effet, parmi les personnes astreintes par l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 au dépôt d'une déclaration d'intérêts auprès de la Haute autorité, il y a des agents publics qui relèvent par ailleurs de la commission : c'est le cas des membres des cabinets ministériels et des collaborateurs du Président de la République ainsi que des personnes qui ont été nommées en conseil des ministres pour exercer un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement.

La commission est ainsi amenée à examiner un risque de conflit d'intérêt concernant ces agents s'ils envisagent un départ dans le privé. Mais c'est la Haute autorité qui examine leurs déclarations d'intérêts et, en vertu du 2° de l'article 20, « *se prononce sur les situations pouvant constituer un conflit d'intérêts, au sens de l'article 2, dans lesquelles peuvent se trouver les personnes mentionnées aux articles 4 et 11 et, le cas échéant, leur enjoint d'y mettre fin* ». Ce risque de chevauchement pourrait s'accroître avec les dispositions insérées dans un nouvel article 25 quater du statut général par l'article 4 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, en vertu duquel certains agents « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient* » seront, eux aussi, astreints à déclaration d'intérêts, l'autorité hiérarchique pouvant transmettre la déclaration à la commission afin d'apprécier s'il y a conflit d'intérêts.

En dépit des interrogations qu'il peut susciter, le constat qui précède ne conduit pas nécessairement à remettre en cause le dispositif ainsi prévu, dans lequel, s'agissant d'agents publics d'un certain niveau, les uns relèveront intégralement de la

commission, qu'il s'agisse du contrôle de leurs déclarations d'intérêts ou de leurs projets de départ dans le privé, tandis que les autres relèveront de la Haute autorité sur le premier point et de la commission sur le second. D'une part, en effet, il ne paraît pas souhaitable de remettre en cause le choix récemment fait par le législateur, qui a entendu charger la Haute autorité de contrôler les déclarations d'intérêts, non seulement des titulaires de fonctions politiques mentionnés plus haut mais aussi d'agents publics tels que les membres des cabinets ministériels et les titulaires d'emplois à la décision du Gouvernement. D'autre part, l'option consistant à charger la Haute autorité d'examiner aussi leurs projets d'exercice de fonctions privées reviendrait à amputer la commission d'une de ses fonctions essentielles, ce qui ne serait guère cohérent avec les orientations d'un projet de loi qui tend, au contraire, à élargir ses missions.

En troisième lieu, le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires confie à la commission une nouvelle mission de vérification des déclarations de patrimoine qu'elle est mal outillée pour assumer.

Le même article 4 du projet de loi prévoit aussi d'imposer à certains agents de déclarer leur situation patrimoniale dans les deux mois qui suivent leur prise de fonction, cette déclaration étant systématiquement adressée à la commission.

Alors que la commission ne sera saisie des déclarations d'intérêts qu'en cas de difficulté et à l'initiative de l'autorité hiérarchique et que le lien avec ses missions traditionnelles est assez naturel, dans la mesure où la prévention des conflits d'intérêts est au cœur de ces missions, la vérification des situations patrimoniales est d'une autre nature. Le projet de loi charge en effet la commission d'apprécier la variation de la situation patrimoniale de l'intéressé entre la prise et la cessation de fonction et, en cas d'évolution dépourvue d'explications suffisantes, de transmettre son dossier à l'administration fiscale. Il s'agit là d'une tâche entièrement nouvelle, qui nécessitera un renforcement et surtout une adaptation significative des moyens de la commission.

Son ampleur dépendra certes de celle de la liste, à fixer par décret, des agents astreints à cette obligation. Mais on peut se demander s'il est bien raisonnable d'en charger la commission, alors que la même mission, à la fois nouvelle et très spécialisée, vient d'être confiée à la Haute autorité à l'égard de l'ensemble des personnes mentionnées à l'article 11 de la loi, ce qui vise non seulement les titulaires de certains mandats politiques mais aussi, ainsi qu'on l'a vu, certains agents publics relevant par ailleurs de la commission.

*

Quoi qu'il en soit, et tout en renouvelant le vœu, formé dans son rapport pour 2012, que les considérations qui précèdent contribueront à éclairer utilement le Parlement sur le projet de réforme dont il est saisi, la commission entend souligner à nouveau qu'elle ne pourra convenablement exercer les missions élargies qu'il est prévu de lui confier que si toutes les conséquences en sont tirées quant à ses moyens. Un renforcement de ceux-ci s'avèrera en effet nécessaire dans la mesure où le texte prévoit

d'accroître son intervention dans le domaine des départs dans le secteur privé et des cumuls d'activités où elle intervient déjà. Il le sera encore plus dès lors que la commission sera appelée à intervenir plus largement sur d'autres questions touchant à la déontologie de la fonction publique.

~ ANNEXES ~

1) Les membres de la commission de déontologie

2) Les principaux textes applicables

Textes généraux

- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires – article 25
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques – article 87
- Décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant exercé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie
- Décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat
- Code pénal - articles 432-12 et 432-13

Dispositions particulières

- Code de la santé publique - articles L6152-5-1 et R6152-97
- Code de la recherche - articles L531-1 à L531-16

3) Références des principaux autres textes applicables aux cas de cumul et de départ dans le secteur privé propres au secteur et aux personnels de la recherche -

4) Circulaires

- Circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, du décret n°2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie et du chapitre II du décret n° 2007-648 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat (sans les annexes)
- Circulaire n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités et portant application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 25, et du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat (sans l'annexe)

1) Les membres de la Commission de déontologie

Président : M. Jacques ARRIGHI de CASANOVA, président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'Etat.

Suppléant : M. André SCHILTE, conseiller d'État.

Membres communs aux quatre formations de la commission

En qualité de magistrat de la Cour des comptes

- Membre titulaire : M. Yves MEDINA, conseiller maître honoraire.
- Membre suppléant : M. Jean GAUTIER, conseiller maître.

En qualité de magistrat de l'ordre judiciaire

- Membre titulaire : Mme Marie-Hélène TRIC, conseiller honoraire.
- Membre suppléant : Mme Martine VALDES-BOULOUQUE, avocat général à la Cour de cassation.

En qualité de personnalité qualifiée

- Membres titulaires :
M. Patrick PIERRARD, préfet hors cadre.
M. Robert PISTRE, ingénieur général des mines honoraire.
- Membres suppléants :
M. Christophe BAULINET, inspecteur général des finances.
M. Remi TOUSSAIN, inspecteur général des finances en service extraordinaire.

Membres de la formation spécialisée compétente pour la fonction publique de l'État

- Le directeur des ressources humaines du ministère chargé de l'écologie et le directeur des ressources humaines des ministères économique et financier ou leurs suppléants.

Membres de la formation spécialisée compétente pour la fonction publique territoriale

En tant que représentant de l'Association des maires de France :

- Membre titulaire : M. Jean-Pierre BOUQUET, maire de Vitry-le-François.

En tant que représentant de l'Association des départements de France :

- Membre titulaire : M. Claudy LEBRETON, président du conseil général des Côtes d'Armor.
- Membre suppléant : M. Jean-Yves GOUTTEBEL, président du conseil général du Puy-de-Dôme.

En tant que représentant de l'Association des régions de France :

- Membre titulaire : M. Éric LOISELET, conseiller régional de Champagne-Ardenne.
- Membre suppléant : M. Guy HARAU, conseiller régional de Lorraine.

En tant que directeur ou ancien directeur des services d'une collectivité territoriale :

- Membre titulaire : M. Jean-Christophe BAUDOUIN, ancien directeur général des services du conseil général de l'Essonne.
- Membre suppléant : Mme Marie-Francine FRANCOIS, directrice générale des services de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard.

En qualité de membres de la formation spécialisée compétente pour la fonction publique hospitalière

En tant que personnalité qualifiée dans le domaine de la santé publique :

- Membre titulaire : M. Cédric ARCOS, directeur d'hôpital, directeur de cabinet du délégué général de la Fédération hospitalière de France.
- Membre suppléant : Mme Nadine BARBIER, directrice d'hôpital, responsable du pôle ressources humaines de la Fédération hospitalière de France.

En tant qu'inspecteur général des affaires sociales :

- Membre titulaire : M. Jacques METAIS, inspecteur général honoraire.
- Membre suppléant : M. Patrice LEGRAND, administrateur civil hors classe honoraire.

En qualité de membres de la formation spécialisée compétente pour l'application des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche

En tant que personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche et de la valorisation de la recherche :

- Membres titulaires : Mme Michèle HANNOYER, retraitée de la fonction publique ; M. Alain NEMOZ, professeur des universités émérite.
- Membres suppléants : M. Bernard FROMENT, inspecteur général de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche ; M. André TOUBOUL, professeur des universités de classe exceptionnelle.

2) Principaux textes applicables

Textes généraux

Article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires

I.- Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Sont interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités privées suivantes :

1° La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de [l'article 261](#) du code général des impôts ;

2° Le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ;

3° La prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent toutefois être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, à titre accessoire, une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui leur sont confiées et n'affecte pas leur exercice.

II.- L'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative et le 1° du I ne sont pas applicables :

1° Au fonctionnaire ou agent non titulaire de droit public qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, crée ou reprend une entreprise. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale de deux ans à compter de cette création ou reprise et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. La déclaration de l'intéressé est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à [l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993](#) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

2° Au dirigeant d'une société ou d'une association ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de [l'article 261 du code général des impôts](#), lauréat d'un concours ou recruté en qualité d'agent non titulaire de droit public, qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, continue à exercer son activité privée. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter du recrutement de l'intéressé et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. Sa déclaration est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à [l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée](#).

III.- Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial.

La production des œuvres de l'esprit au sens des [articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle](#) s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve des dispositions de l'article 26 de la présente loi.

Les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

IV.- Les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public, ainsi que les agents dont le contrat est soumis aux dispositions du code du travail en application des [articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000](#) relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet peuvent exercer, à titre

professionnel, une activité privée lucrative dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

V.- Sans préjudice de l'application de l'[article 432-12 du code pénal](#), la violation du présent article donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement.

Article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993

I.- Une commission de déontologie placée auprès du Premier ministre est chargée d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent cessant ses fonctions.

Ces dispositions sont applicables :

1° Aux fonctionnaires placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, disponibilité, détachement, hors-cadre, mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions ;

2° Aux agents non titulaires de droit public employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public ;

3° Aux membres d'un cabinet ministériel ;

4° Aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ;

5° Aux agents contractuels de droit public ou de droit privé des établissements mentionnés aux [articles L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1313-1, L. 1413-2, L. 1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique](#) ;

6° Aux agents contractuels de droit public ou de droit privé d'une autorité administrative indépendante.

Ces dispositions ne s'appliquent aux agents non titulaires de droit public mentionnés aux 2° et 6° que s'ils sont employés de manière continue depuis plus d'un an par la même autorité ou collectivité publique.

La commission est également chargée d'examiner la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise par un fonctionnaire sur le fondement du [1° du II de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983](#) portant droits et obligations des fonctionnaires avec les fonctions qu'il exerce. Elle examine en outre la compatibilité entre la poursuite de son activité privée par le dirigeant d'une société ou association sur le fondement du 2° du II du même article 25 et les fonctions qu'il exerce.

En application des [articles L. 413-3, L. 413-8 et L. 413-14 du code de la recherche](#), la commission donne son avis sur les autorisations demandées par les personnels de la recherche en vue de participer à la création d'entreprise et aux activités des entreprises existantes.

II.- La saisine de la commission est obligatoire au titre du I pour les agents chargés 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 des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Pour l'application du premier alinéa du présent II, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

La saisine de la commission est également obligatoire pour les collaborateurs du Président de la République et les membres d'un cabinet ministériel.

La commission peut être saisie :

a) Par tout agent entrant dans le champ du I ou par l'administration dont relève cet agent, préalablement à l'exercice de l'activité envisagée ;

b) Par son président, dans un délai de dix jours à compter de l'embauche de l'agent ou de la création de l'entreprise ou de l'organisme privé. Dans ce cas, la commission émet son avis dans un délai de trois semaines, qui peut être prolongé d'une semaine par décision de son président. Si la commission rend un avis d'incompatibilité, le contrat de travail de l'agent prend fin à la date de la notification de l'avis de la commission, sans préavis et sans indemnité de rupture.

Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales informent la commission avant d'exercer toute activité lucrative.

III.- La commission peut être saisie pour rendre un avis sur la compatibilité avec les fonctions précédentes de l'agent, de toute activité lucrative, salariée ou non, dans un organisme ou une entreprise privé ou dans une entreprise publique exerçant son activité conformément aux règles du droit privé dans un secteur concurrentiel ou d'une activité libérale que souhaite exercer l'agent pendant un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions. La commission examine si cette activité porte atteinte à

la dignité des fonctions précédemment exercées ou risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. Au cas où la commission a été consultée et n'a pas émis d'avis défavorable, l'agent public ne peut plus faire l'objet de poursuites disciplinaires et le IV ne lui est pas applicable.

IV.- En cas de méconnaissance des dispositions du présent article, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet de retenues sur pension et, éventuellement, être déchu de ses droits à pension après avis du conseil de discipline du corps auquel il appartenait.

V.- La commission est présidée par un conseiller d'Etat ou son suppléant, conseiller d'Etat. Elle comprend en outre :

1° Un conseiller maître à la Cour des comptes ou son suppléant, conseiller maître à la Cour des comptes ;

2° Un magistrat de l'ordre judiciaire en activité ou honoraire ou son suppléant, magistrat de l'ordre judiciaire en activité ou honoraire ;

3° Deux personnalités qualifiées ou leur suppléant, dont l'une doit avoir exercé des fonctions au sein d'une entreprise privée ;

4° Selon le cas, le directeur du personnel du ministère ou de l'établissement public ou le chef du corps dont relève l'intéressé, l'autorité investie du pouvoir de nomination dans la collectivité territoriale dont relève l'intéressé, le directeur de l'établissement hospitalier ou de l'établissement social ou médico-social dont relève l'intéressé ou leur représentant respectif.

La commission comprend, outre les personnes mentionnées ci-dessus :

a) Lorsqu'elle exerce ses attributions à l'égard d'un agent relevant de la fonction publique de l'Etat ou d'une autorité administrative indépendante, deux directeurs d'administration centrale ou leur suppléant ;

b) Lorsqu'elle exerce ses attributions à l'égard d'un agent relevant de la fonction publique territoriale, un représentant d'une association d'élus de la catégorie de collectivité dont relève l'intéressé ou son suppléant, ainsi que le directeur ou ancien directeur des services d'une collectivité territoriale ou son suppléant ;

c) Lorsqu'elle exerce ses attributions à l'égard d'un agent relevant de la fonction publique hospitalière, une personnalité qualifiée dans le domaine de la santé publique ou son suppléant, ainsi qu'un inspecteur général des affaires sociales ou un ancien directeur d'hôpital ou son suppléant ;

d) Lorsqu'elle exerce ses attributions en vertu des [articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche](#), deux personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche ou de la valorisation de la recherche ou leur suppléant.

Les membres de la commission sont nommés pour trois ans par décret.

La commission ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents lors de l'ouverture de la séance.

En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

VI.-La commission peut assortir ses avis de compatibilité rendus au titre du III de réserves prononcées pour trois ans suivant la cessation des fonctions.

Lorsqu'elle est saisie en application du sixième alinéa du II, la commission peut rendre un avis d'incompatibilité si elle estime ne pas avoir obtenu de l'agent ou de son administration les éléments nécessaires à son appréciation.

Le président de la commission peut rendre, au nom de celle-ci, un avis de compatibilité dans le cas où l'activité envisagée est manifestement compatible avec les fonctions antérieures ou actuelles de l'agent. Il peut également rendre, au nom de la commission, un avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou constatant qu'il n'y a pas lieu à statuer.

L'administration dont relève l'agent est liée par un avis d'incompatibilité rendu au titre du I.

Elle peut solliciter une seconde délibération de la commission dans un délai d'un mois à compter de la notification d'un avis.

Décret n° 2007-611 du 26 avril 2007

TITRE Ier : DISPOSITIONS PRISES POUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 87 DE LA LOI N° 93-122 DU 29 JANVIER 1993

Chapitre Ier : Activités interdites aux agents publics et à certains agents contractuels de droit privé.

Article 1 I.- Il est interdit aux agents mentionnés au I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée qui cessent temporairement ou définitivement leurs fonctions :

A.- De travailler, de prendre ou de recevoir une participation par conseil ou capitaux dans une entreprise privée, lorsque l'intéressé a été chargé, au cours des trois dernières années qui précèdent le début de cette activité, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées :

1° D'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise ;

2° De conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats ;

3° De proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Les interdictions mentionnées ci-dessus s'appliquent également aux activités exercées dans une entreprise :

a) Qui détient au moins 30 % du capital de l'entreprise susmentionnée, ou dont le capital est, à hauteur de 30 % au moins, détenu soit par l'entreprise susmentionnée, soit par une entreprise détenant aussi 30 % au moins du capital de l'entreprise susmentionnée ;

b) Ou qui a conclu avec l'entreprise susmentionnée un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

Ne sont toutefois pas interdites la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou la participation intervenant par dévolution successorale.

B.- D'exercer une activité lucrative, salariée ou non, dans un organisme ou une entreprise privé et toute activité libérale si, par sa nature ou ses conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, cette activité porte atteinte à la dignité desdites fonctions ou risque de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

II.- Les interdictions prévues au I ci-dessus s'appliquent pour une durée de trois ans à compter de la cessation des fonctions justifiant l'interdiction.

III.- Au sens du présent article, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé.

Chapitre II : Saisine de la commission de déontologie.

Article 2 Les agents mentionnés au I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée cessant temporairement ou définitivement leurs fonctions qui se proposent d'exercer une activité privée sont tenus d'en informer par écrit l'autorité dont ils relèvent un mois au plus tard avant la cessation temporaire ou définitive de leurs fonctions dans l'administration.

Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales en informent également dans le même délai et dans les mêmes formes la commission de déontologie.

Tout nouveau changement d'activité pendant un délai de trois ans à compter de la cessation de fonctions est porté par l'agent intéressé à la connaissance de son administration dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article.

Article 3 I.- Lorsque la saisine de la commission de déontologie présente un caractère obligatoire en application du II de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée :

1° L'autorité dont relève l'agent saisit par écrit la commission dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a été informée du projet de l'agent. Ce dernier reçoit copie de la lettre de saisine ;

2° L'agent intéressé peut saisir directement par écrit la commission, un mois au plus tard avant la date à laquelle il souhaite exercer les fonctions pour lesquelles un avis est sollicité. Il en informe par écrit l'autorité dont il relève.

II.- Lorsque la saisine de la commission revêt un caractère facultatif en application du III de l'article 87 de cette même loi :

1° L'agent intéressé peut saisir directement par écrit la commission un mois au plus tard avant la date à laquelle il souhaite exercer les fonctions pour lesquelles un avis est sollicité. Il en informe par écrit l'autorité dont il relève ;

2° L'autorité dont relève l'agent peut également saisir par écrit la commission au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle elle a été informée du début envisagé de l'activité. Ce dernier reçoit copie de la lettre de saisine.

III.- Lorsque la commission n'a pas été saisie préalablement à l'exercice de l'activité privée et que le président estime que, par sa nature ou ses conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, cette activité est susceptible d'être interdite par l'article 1er du présent décret, il saisit la commission de déontologie dans le délai prévu par le b du II de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée. Il en informe par écrit l'intéressé et l'autorité dont il relève, qui sont alors tenus de produire, le cas échéant, l'information mentionnée à l'article 3-1 du présent décret dans un délai de dix jours.

IV.- Lorsque la commission se prononce, en application du I du présent article, sur la compatibilité de l'activité privée projetée avec les fonctions exercées par l'agent au cours des trois années précédant le début de cette activité, elle vérifie également que l'agent n'exerce pas l'une des activités privées interdites par le B de l'article 1er.

Lorsqu'elle se prononce en application du II du présent article, la commission vérifie également que l'agent n'exerce pas l'une des activités privées interdites par le A de l'article 1er.

Article 3-1 L'information ou la saisine de la commission comporte au minimum une description détaillée des fonctions exercées par l'agent au cours des trois dernières années, les statuts de l'entreprise ou de l'organisme privés, ou à défaut une note détaillée sur son objet, son secteur et sa branche d'activité, ainsi que la nature des fonctions exercées au sein de cette entreprise ou de cet organisme.

TITRE II : DISPOSITIONS PRISES POUR L'APPLICATION DES ARTICLES L. 413-1 À L. 413-16 DU CODE DE LA RECHERCHE.

Article 4 L'agent qui sollicite le bénéfice de l'une des autorisations prévues aux articles L. 413-1, L. 413-8, L. 413-9 et L. 413-12 du code de la recherche en fait la demande par écrit à l'autorité dont il relève. Une explication détaillée du projet de l'agent est jointe à cette demande ainsi que, dans le cas des autorisations prévues aux articles L. 413-1 et L. 413-8, le contrat mentionné au premier alinéa desdits articles ou, si celui-ci n'est pas encore conclu, les éléments relatifs au projet de contrat.

L'intéressé porte à la connaissance de cette autorité tout changement d'activité professionnelle intervenu pendant la durée de l'autorisation ou lors d'une demande de renouvellement. Il lui fournit un document décrivant les fonctions qu'il souhaite exercer.

Lorsqu'elle est avisée d'un changement d'activité professionnelle, l'autorité compétente saisit la commission de déontologie par écrit dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle en a été informée. L'agent reçoit copie de la lettre de saisine.

L'agent intéressé peut également saisir par écrit la commission un mois au plus tard avant la date à laquelle il envisage de commencer son activité. Il en informe par écrit, dans les mêmes délais, l'autorité dont il relève.

Les auteurs de la saisine transmettent à la commission les informations mentionnées aux premier et deuxième alinéas du présent article.

Article 5 Le contrat prévu aux articles L. 413-1 et L. 413-8 du code de la recherche susvisé est transmis à la commission, par la personne publique partie au contrat, dès qu'il est conclu.

Pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, tous les contrats et conventions conclus entre le service public de la recherche et l'entreprise qui

valorise les travaux de recherche du fonctionnaire ou de l'agent contractuel intéressé ou la société anonyme dans laquelle le fonctionnaire est membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sont portés à la connaissance de l'autorité dont il relève par la personne publique partie au contrat. Cette autorité en informe la commission.

Lorsqu'elle estime que les informations portées à sa connaissance font apparaître une atteinte aux intérêts matériels ou moraux du service public de la recherche ou en l'absence de conclusion du contrat mentionné au deuxième alinéa, la commission, après avoir mis à même l'intéressé de produire ses observations, le cas échéant, l'avoir entendu et avoir recueilli les informations qu'elle juge nécessaires auprès de l'entreprise et de toutes personnes publiques ou privées, saisit l'autorité administrative compétente aux fins de retrait de l'autorisation.

Cette autorité informe la commission des suites qui sont données à cette saisine.

TITRE III : DISPOSITIONS RELATIVES À LA COMMISSION DE DÉONTOLOGIE

Chapitre Ier : Organisation.

Article 6 Le président et les membres de la commission mentionnés aux 1^o, 2^o et 3^o du V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée sont nommés pour trois ans par décret pris sur proposition du ministre chargé de la fonction publique.

Les membres de la commission mentionnés aux a, b, c, d du V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée sont nommés pour trois ans par décret pris sur proposition du ministre intéressé.

Article 7 Un rapporteur général et des rapporteurs sont choisis parmi les magistrats et fonctionnaires de catégorie A et assimilés. Ils présentent les dossiers et participent au délibéré avec voix consultative.

Deux rapporteurs généraux adjoints peuvent être désignés.

Le rapporteur général, les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs sont nommés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la fonction publique.

Chapitre II : Fonctionnement.

Article 8 La direction générale de l'administration et de la fonction publique assure le secrétariat de la commission, avec le concours de la direction générale des collectivités locales et de la direction générale de l'offre de soins.

Article 9 La commission siège en formations spécialisées compétentes respectivement pour la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale, la fonction publique hospitalière et pour l'application des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche.

La commission siège en formation plénière pour les questions d'intérêt commun.

Article 10 La commission peut entendre l'agent soit à sa demande, soit sur convocation si elle le juge nécessaire. L'agent peut se faire assister par toute personne de son choix.

La commission peut recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Article 11 La commission remet au Premier ministre un rapport annuel qui est rendu public.

Chapitre III : Avis.

Article 12 La commission émet son avis dans un délai d'un mois à compter de l'enregistrement du dossier de saisine par son secrétariat.

Toutefois la commission peut proroger une fois ce délai pour une durée d'un mois. Elle en informe sans délai l'administration, qui en avise l'intéressé.

Par dérogation aux dispositions des deux alinéas précédents, lorsque la commission est saisie en application du III de l'article 3, elle émet son avis dans un délai de trois semaines à compter de sa saisine. Si l'instruction le justifie, ce délai peut être prorogé d'une semaine par décision du président.

L'avis de la commission est transmis à l'autorité dont relève l'agent. Cette autorité en informe l'intéressé sans délai.

Le sens et les motifs des avis de la commission peuvent être rendus publics sur l'initiative du président de la commission.

Article 13 L'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de sa première saisine vaut avis favorable.

Ce délai est porté à deux mois dans le cas où la commission se prononce dans les conditions définies au deuxième alinéa de l'article 12.

Article 14 L'autorité dont relève l'agent l'informe de la suite donnée à l'avis de la commission et en informe celle-ci.

Le silence gardé par cette autorité pendant un délai d'un mois à compter de la notification de l'avis vaut décision conforme à cet avis.

Article 15 L'administration peut, par une demande motivée, solliciter une seconde délibération de la commission, dans le cas prévu aux deuxième et quatrième alinéas du VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée, dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis. L'intéressé est informé de cette demande.

Le silence de la commission pendant un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de cette demande vaut confirmation du premier avis rendu

Décret n° 2007-658 du 2 mai 2007

Chapitre Ier : Cumul d'activités à titre accessoire.

Article 1 Dans les conditions fixées au dernier alinéa du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée et celles prévues par le présent décret, les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public et les ouvriers régis par le régime des pensions des établissements industriels de l'Etat peuvent être autorisés à cumuler une activité accessoire à leur activité principale, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service. Cette activité peut être exercée auprès d'une personne publique ou privée. Un même agent peut être autorisé à exercer plusieurs activités accessoires.

Article 2 Les activités accessoires susceptibles d'être autorisées sont les suivantes :

I.- Dans les conditions prévues à l'article 1er du présent décret :

1° Expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 2° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 413-8 et suivants du code de la recherche ;

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 dans des exploitations agricoles non constituées sous forme sociale, ainsi qu'une activité exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale ;

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, à l'agent non titulaire de droit public ou à l'ouvrier d'un établissement industriel de l'Etat de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;

7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers.

II.- Dans les conditions prévues à l'article 1er du présent décret et à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale, outre les activités mentionnées au 1°, au 2°, au 3° et au 7° du I, et sans préjudice des dispositions de la loi du 13 juillet 1983 susvisée :

1° Services à la personne ;

2° Vente de biens fabriqués personnellement par l'agent.

Article 3 Les activités exercées à titre accessoire peuvent être également :

1° Une activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ;

2° Une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée.

Article 4 Le cumul d'une activité exercée à titre accessoire mentionnée aux articles 2 et 3 avec une activité exercée à titre principal est subordonné à la délivrance d'une autorisation par l'autorité dont relève l'agent intéressé.

Toutefois et sous réserve des interdictions d'exercice d'activités privées prévues aux 1°, 2° et 3° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, l'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif est libre.

Article 5 Préalablement à l'exercice de toute activité soumise à autorisation, l'intéressé adresse à l'autorité dont il relève qui lui en accuse réception, une demande écrite qui comprend les informations suivantes :

1° Identité de l'employeur ou nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité envisagée ;

2° Nature, durée, périodicité et conditions de rémunération de cette activité.

Toute autre information de nature à éclairer l'autorité mentionnée au premier alinéa sur l'activité accessoire envisagée peut figurer dans cette demande à l'initiative de l'agent. L'autorité peut lui demander des informations complémentaires.

Article 6 L'autorité compétente notifie sa décision dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande.

Lorsque l'autorité compétente estime ne pas disposer de toutes les informations lui permettant de statuer sur la demande, elle invite l'intéressé à la compléter dans un délai maximum de quinze jours à compter de la réception de sa demande. Le délai prévu au premier alinéa est alors porté à deux mois.

En l'absence de décision expresse écrite contraire dans le délai de réponse mentionné aux premier et deuxième alinéas, l'intéressé est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire.

L'activité accessoire ne peut être exercée qu'en dehors des heures de service de l'intéressé.

Article 7 Tout changement substantiel intervenant dans les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité exercée à titre accessoire par un agent est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité.

L'intéressé doit adresser une nouvelle demande d'autorisation à l'autorité compétente dans les conditions prévues à l'article 5.

Article 8 L'autorité dont relève l'agent peut s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité dont l'exercice a été autorisé, dès lors que l'intérêt du service le justifie, que les informations sur le fondement desquelles l'autorisation a été donnée apparaissent erronées ou que l'activité en cause ne revêt plus un caractère accessoire.

Article 9 Dans l'exercice d'une activité accessoire, les agents sont soumis aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal.

Article 10 Pour tenir compte des différences de nature ou de conditions d'exercice de fonctions, des conditions particulières plus restrictives d'application du présent chapitre à certains corps, cadres d'emplois, emplois ou professions peuvent être déterminées par décret ou par les dispositions ou les statuts particuliers qui les régissent.

Chapitre II : Cumul d'activités au titre de la création, de la reprise et de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise.

Article 11 L'agent qui, en application de la dérogation prévue au 1° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée et en dehors des activités mentionnées au II de l'article 2 du présent décret, se propose de créer ou de reprendre une entreprise industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole, présente une déclaration écrite à l'autorité dont il relève, deux mois au moins avant la date de création ou de reprise de cette entreprise.

Cette déclaration mentionne la forme et l'objet social de l'entreprise, son secteur et sa branche d'activités ainsi que, le cas échéant, la nature et le montant des subventions publiques dont cette entreprise bénéficie.

L'autorité compétente saisit la commission de déontologie prévue à l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée de cette déclaration, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle l'a reçue.

La commission de déontologie rend son avis dans un délai d'un mois à compter de l'enregistrement du dossier de saisine par son secrétariat.

Toutefois, la commission peut proroger une fois ce délai pour une durée d'un mois.

L'absence d'avis de la commission à l'expiration des délais susmentionnés vaut avis favorable.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche.

L'avis de la commission est transmis à l'autorité compétente, qui en informe l'intéressé.

Article 12 L'agent mentionné au 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée déclare par écrit à l'autorité dont il est appelé à relever, son projet de continuer à exercer une activité privée.

Lorsqu'il est recruté en qualité de fonctionnaire, il transmet cette déclaration à l'autorité compétente dès sa nomination en qualité de fonctionnaire stagiaire.

Lorsqu'il est recruté en qualité d'agent contractuel, il transmet cette déclaration à l'autorité compétente préalablement à la signature de son contrat.

L'autorité compétente saisit pour avis la commission de déontologie dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle est informée du projet de l'intéressé. La commission de déontologie rend son avis dans les formes et les délais définis à l'article 11. Cet avis est transmis à l'autorité compétente qui en informe l'intéressé.

Article 13 Pour l'application du présent chapitre, la commission de déontologie contrôle la compatibilité des projets de création et de reprise d'une entreprise ainsi que des projets de poursuite d'une activité au sein d'une entreprise ou d'une association, au regard des dispositions de l'article 432-12 du code pénal.

Elle examine également si le cumul d'activités envisagé porte atteinte à la dignité des fonctions publiques exercées par l'agent ou risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel il est employé.

Article 13-1 La commission peut entendre l'agent soit à sa demande, soit sur convocation si elle le juge nécessaire. L'agent peut se faire assister par toute personne de son choix.

La commission peut recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Article 14 L'autorité compétente se prononce sur la déclaration de cumul d'activités au vu de l'avis rendu par la commission de déontologie. Elle apprécie également la compatibilité du cumul envisagé d'activités au regard des obligations de service qui s'imposent à l'intéressé.

Sauf décision expresse écrite contraire, le cumul d'activités peut être exercé pour une durée maximale de deux ans, prorogeable pour une durée d'un an après dépôt d'une nouvelle déclaration un mois au moins avant le terme de la première période.

Les déclarations de prolongation de l'exercice d'activités privées mentionnées aux 1° et 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ne font pas l'objet d'une nouvelle saisine de la commission de déontologie.

L'autorité compétente peut à tout moment s'opposer au cumul d'activités qui contrevient ou ne satisfait plus aux critères de compatibilité mentionnés à l'article 13 et au premier alinéa du présent article.

L'agent ayant bénéficié des dispositions du présent chapitre ne peut solliciter l'exercice d'un nouveau cumul au titre de la création ou de la reprise d'une entreprise avant l'écoulement d'un délai de trois ans à compter de la date à laquelle a pris fin le cumul précédent.

Chapitre III : Régime du cumul d'activités applicable à certains agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet.

Article 15 Les agents mentionnés au IV de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée peuvent exercer, outre les activités accessoires mentionnées aux articles 2 et 3 du présent décret, une ou plusieurs activités privées lucratives, dans des conditions compatibles avec leurs obligations de service et sous réserve que ces activités ne portent pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service.

Article 16 L'intéressé informe par écrit l'autorité dont il relève, préalablement au cumul d'activités envisagé.

Cette autorité peut à tout moment s'opposer à l'exercice ou à la poursuite de l'exercice d'une activité privée qui serait contraire aux critères de compatibilité mentionnés à l'article 15.

L'agent qui relève de plusieurs autorités est tenu d'informer par écrit chacune d'entre elles de toute activité qu'il exerce auprès d'une autre administration ou d'un autre service mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée.

L'activité accessoire ne peut être exercée qu'en dehors des obligations de service de l'intéressé.

L'agent est soumis aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal.

Code pénal - articles 432-12 et 432-13

Article 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 d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000 euros.

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par [l'article L. 2122-26](#) du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de [l'article L. 2121-18](#) du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.

Article 432-13 Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, titulaire d'une fonction exécutive locale, 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.

Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.

Pour l'application des deux premiers alinéas, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la [loi n° 90-568 du 2 juillet 1990](#) relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

L'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale.

Dispositions particulières

Code de la santé publique – articles L6152-5-1 et R6152-97

Article L6152-5-1 Dans un délai de deux ans suivant leur démission, il peut être interdit aux praticiens hospitaliers ayant exercé plus de cinq ans à titre permanent dans le même établissement d'ouvrir un cabinet privé ou d'exercer une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un laboratoire privé d'examens de biologie médicale ou une officine de pharmacie où ils puissent rentrer en concurrence directe avec l'établissement public dont ils sont démissionnaires. Les modalités d'application du présent article sont fixées par voie réglementaire.

Article R6152-97 Les praticiens hospitaliers peuvent présenter leur démission au directeur général du Centre national de gestion, en respectant un délai de préavis de trois mois.

Dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande du praticien, le directeur général du Centre national de gestion notifie sa décision au praticien. Il peut demander au praticien démissionnaire d'assurer ses fonctions pendant la durée nécessaire à son remplacement sans que cette durée puisse excéder six mois à compter de la date de réception par le Centre national de gestion de la demande du praticien. Si le directeur général du Centre national de gestion ne s'est pas prononcé dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre de démission, la démission est réputée acceptée.

Lorsque le praticien démissionnaire prévoit d'exercer une activité salariée ou à titre libéral, lui sont applicables les dispositions de [l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993](#) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et la réglementation prise pour son application.

Code de la recherche – articles L531-1 à L531-16

Section 1 : Participation des personnels de la recherche à la création d'entreprises

Article L531-1 Les fonctionnaires civils des services publics et entreprises publiques définis à l'article L. 112-2 peuvent être autorisés à participer à titre personnel, en qualité d'associé ou de dirigeant, à la création d'une entreprise dont l'objet est d'assurer, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions.

Le contrat mentionné au premier alinéa est conclu dans un délai fixé par décret. A défaut, l'autorisation donnée à l'agent devient caduque.

Article L531-2 L'autorisation doit être demandée préalablement à la négociation du contrat prévu à l'article L. 531-1 et avant l'immatriculation de l'entreprise au registre du commerce et des sociétés. Le fonctionnaire intéressé ne peut pas représenter la personne publique ou l'entreprise publique dans une telle négociation.

Article L531-3 L'autorisation est accordée par l'autorité dont relève le fonctionnaire après avis de la commission prévue par l'[article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993](#) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, pour une période de temps limitée fixée par voie réglementaire.

L'autorisation est refusée :

- a) Si elle est préjudiciable au fonctionnement normal du service public ; ou
- b) Si, par nature ou par ses conditions et modalités et eu égard aux fonctions précédemment exercées par le fonctionnaire, la participation de ce dernier porte atteinte à la dignité desdites fonctions ou risque de compromettre ou mettre en cause l'indépendance ou la neutralité du service ; ou
- c) Si la prise d'intérêts dans l'entreprise est de nature à porter atteinte aux intérêts matériels ou moraux du service public de la recherche ou à remettre en cause les conditions d'exercice de la mission d'expertise qu'il exerce auprès des pouvoirs publics.

Article L531-4 A compter de la date d'effet de l'autorisation, le fonctionnaire est soit détaché dans l'entreprise, soit mis à disposition de celle-ci ou d'un organisme qui concourt à la valorisation de la recherche. Il cesse toute activité au titre du service public dont il relève.

Toutefois, il peut exercer des activités d'enseignement ressortissant à sa compétence dans des conditions fixées par décret.

Article L531-5 La commission mentionnée au premier alinéa de l'article L. 531-3 est tenue informée, pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Si elle estime que ces informations font apparaître une atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche, la commission en saisit l'autorité administrative compétente.

Article L531-6 Au terme de l'autorisation, le fonctionnaire peut :

- a) Etre, à sa demande, placé en position de disponibilité ou radié des cadres s'il souhaite conserver des intérêts dans l'entreprise ;
- b) Etre réintégré au sein de son corps d'origine.

Dans le cas mentionné au b), il met fin à sa collaboration professionnelle avec l'entreprise dans un délai d'un an et ne peut plus conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans l'entreprise. Il peut toutefois être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise, à conserver une participation dans le capital social de l'entreprise, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, et à être membre du conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci dans les conditions prévues aux sections 2 et 3 du présent chapitre.

Article L531-7 L'autorisation est retirée ou non renouvelée si les conditions qui avaient permis sa délivrance ne sont plus réunies ou si le fonctionnaire méconnaît les dispositions de la présente section. Dans ce cas, le fonctionnaire ne peut poursuivre son activité dans l'entreprise que dans les conditions prévues à l'[article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993](#) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. S'il ne peut conserver d'intérêts dans l'entreprise, il dispose du délai d'un an prévu au b de l'article L. 531-6 pour y renoncer.

Section 2 : Apport d'un concours scientifique à une entreprise existante et participation au capital d'une entreprise existante

Article L531-8 Les fonctionnaires mentionnés à l'article L. 531-1 peuvent être autorisés, pendant une période de temps limitée fixée par voie réglementaire, à apporter leur concours scientifique à une entreprise qui assure, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions. Le contrat mentionné au premier alinéa est conclu dans un délai fixé par décret. A défaut, l'autorisation donnée à l'agent devient caduque.

Les conditions dans lesquelles le fonctionnaire intéressé apporte son concours scientifique à l'entreprise sont définies par une convention conclue entre l'entreprise et la personne publique ou l'entreprise publique mentionnée au premier alinéa. Elles doivent être compatibles avec le plein exercice par le fonctionnaire de son emploi public.

Article L531-9 Le fonctionnaire peut également être autorisé à détenir une participation dans le capital social de l'entreprise, lors de la création de celle-ci ou ultérieurement, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, sous réserve qu'au cours des cinq années précédentes il n'ait pas, en qualité de fonctionnaire ou d'agent public, exercé un contrôle sur cette entreprise ou participé à l'élaboration ou à la passation de contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche.

Le fonctionnaire ne peut participer ni à l'élaboration ni à la passation des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Il ne peut, au sein de l'entreprise, ni exercer des fonctions de dirigeant ni être placé dans une situation hiérarchique.

L'autorité dont relève le fonctionnaire est tenue informée des revenus qu'il perçoit à raison de sa participation au capital de l'entreprise, des cessions de titres auxquelles il procède ainsi que des compléments de rémunérations, dans la limite d'un plafond fixé par décret, prévus, le cas échéant, par la convention mentionnée au deuxième alinéa.

Article L531-10 La commission mentionnée au premier alinéa de l'article L. 531-3 est tenue informée, pendant la durée de l'autorisation délivrée en application de l'article L. 531-8 ou de l'article L. 531-9 et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Si elle estime que ces informations font apparaître une atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche, la commission en saisit l'autorité administrative compétente.

Article L531-11 L'autorisation est accordée par l'autorité dont relève le fonctionnaire après avis de la commission mentionnée au premier alinéa de l'article L. 531-3, dans les conditions prévues par ce même article. Le renouvellement intervient après avis de la même commission si les conditions établies au moment de la délivrance de l'autorisation ont évolué depuis la date de l'autorisation. L'autorisation est retirée ou non renouvelée si les conditions qui avaient permis sa délivrance ne sont plus réunies ou si le fonctionnaire méconnaît les dispositions de la présente section. Dans ce cas, le fonctionnaire dispose, pour céder ses droits sociaux, d'un délai d'un an au terme duquel il ne peut plus conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans l'entreprise. Il ne peut poursuivre son activité dans l'entreprise que dans les conditions prévues à l'article L. 531-7.

Section 3 : Participation des personnels de la recherche au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société anonyme

Article L531-12 Les fonctionnaires mentionnés à l'article L. 531-1 peuvent, à titre personnel, être autorisés à être membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société anonyme afin de favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique. Leur participation dans le capital social de l'entreprise ne peut excéder 20 % de celui-ci ni donner droit à plus de 20 % des droits de vote. Ils ne peuvent percevoir de l'entreprise d'autre rémunération que celles prévues aux articles [L. 225-45](#) et [L. 225-83](#) du code de commerce, dans la limite d'un plafond fixé par décret.

L'autorisation ne peut être demandée si le fonctionnaire est autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise dans les conditions prévues à l'article L. 531-8.

Le fonctionnaire intéressé ne peut participer ni à l'élaboration ni à la passation des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche.

L'autorité dont relève le fonctionnaire est tenue informée des revenus qu'il perçoit à raison de sa participation au capital de l'entreprise et en sa qualité de membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ainsi que des cessions de titres auxquelles il procède.

Article L531-13 La commission mentionnée au premier alinéa de l'article L. 531-3 est tenue informée, pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Si elle estime que ces informations font apparaître une atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche, la commission en saisit l'autorité administrative compétente.

Article L531-14 L'autorisation est accordée par l'autorité dont relève le fonctionnaire après avis de la commission mentionnée au premier alinéa de l'article L. 531-3, dans les conditions prévues à ce même article. Le renouvellement intervient après avis de la même commission si les conditions établies au moment de la délivrance de l'autorisation ont évolué depuis la date de l'autorisation. L'autorisation est retirée ou non renouvelée si les conditions qui avaient permis sa délivrance ne sont plus réunies ou si le fonctionnaire méconnaît les dispositions de la présente section. En cas de retrait ou de non-renouvellement de l'autorisation, le fonctionnaire dispose d'un délai de trois mois pour céder ses droits sociaux. Il ne peut poursuivre son activité au sein de l'entreprise que dans les conditions prévues au dernier alinéa à l'article L. 531-7.

Section 4 : Dispositions générales

Article L531-15 Les conditions dans lesquelles des agents non fonctionnaires peuvent, sous réserve des adaptations nécessaires, bénéficier des dispositions prévues aux sections 1 et 2 du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article L531-16 Les modalités d'application du présent chapitre sont, en tant que de besoin, précisées par décret en Conseil d'Etat.

3) Références des principaux textes applicables aux cas de cumul et de départ dans le secteur privé propres au secteur et aux personnels de la recherche

- [Décret n° 84-135 du 24 février 1984 modifié portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires](#)
- [Décret n° 85-733 du 17 juillet 1985 modifié relatif aux personnels enseignants associés ou invités dans les établissements d'enseignement supérieur et de recherche relevant du ministre de l'éducation nationale](#)
- [Décret n° 91-267 du 6 mars 1991 modifié relatif aux enseignants associés ou invités dans certains établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur](#)
- [Décret n° 99-1081 du 20 décembre 1999 modifié fixant les plafonds de rémunération prévus aux articles 25-2 et 25-3 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France](#)
- [Décret n° 2001-125 du 6 février 2001 portant application des dispositions de l'article L. 951-3 du code de l'éducation et des articles 25-1 et 25-2 de la loi no 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France à certains personnels non fonctionnaires de l'enseignement supérieur et de la recherche](#)
- [Décret n° 2006-1035 du 21 août 2006 fixant les délais de conclusion des contrats prévus aux articles L. 413-1 et L. 413-8 du code de la recherche](#)
- [Décret n° 2012-279 du 28 février 2012 relatif à l'institut Mines-Télécom](#)
- [Circulaire du 7 octobre 1999 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche concernant les coopérations des personnels de recherche avec les entreprises](#)

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère du budget, des comptes
publics et de la fonction publique

Circulaire du 31 octobre 2007

Portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, du décret n°2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie et du chapitre II du décret n° 2007-648 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat

Le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique

**A Mesdames et Messieurs les ministres, directions des ressources humaines,
Mesdames et Messieurs les préfets de région et de département**

L'amélioration de la gestion des ressources humaines dans l'administration passe par le développement de la mobilité des fonctionnaires, à l'intérieur de l'administration et entre les différentes fonctions publiques, mais également entre le secteur public et le secteur privé. La mobilité externe doit en effet permettre aux agents publics d'effectuer des parcours professionnels plus riches et à l'administration de tirer profit des nouvelles compétences qu'ils auront acquises. Ces objectifs requièrent une adaptation et une clarification des obligations statutaires et pénales relatives à la déontologie.

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, en modifiant à la fois le code pénal et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, procède à une telle réforme.

La nouvelle rédaction de l'article 432-13 du code pénal, qui redéfinit l'incrimination pénale de prise illégale d'intérêts, vise à présent le fonctionnaire ou agent d'une administration publique qui, dans le cadre des fonctions qu'il a *effectivement* exercées, a été chargé soit de la surveillance ou du contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une telle entreprise 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. Un tel agent ne peut rejoindre une entreprise avec

laquelle il s'est trouvé en contact de l'une des manières décrites ci-dessus avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

L'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, dans sa version issue de la loi du 2 février 2007, substitue une commission de déontologie unique aux trois commissions auparavant compétentes pour la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Il renouvelle par ailleurs en profondeur le contrôle de déontologie opéré sur les agents qui envisagent d'exercer une activité dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel. Le champ et les modalités d'application de cet article sont précisés dans le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie.

En outre, en sus des compétences des anciennes commissions de déontologie, la commission de déontologie est désormais saisie de la déclaration d'un agent qui, tout en demeurant à temps plein ou en choisissant de se placer à temps partiel, souhaite cumuler ses fonctions avec la création, la reprise ou la poursuite d'une activité au sein d'une entreprise. Le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat précise les modalités de saisine et la portée des avis donnés par la commission.

La présente circulaire a pour objet de définir les modalités de contrôle de déontologie prévues pour :

- L'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions (I) ;
- La création, la reprise ou la poursuite d'activités au sein d'une entreprise (II).

Elle s'applique aux trois versants de la fonction publique.

I) Le contrôle de l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions

1) Champ d'application

1.1) Personnel soumis au contrôle de compatibilité

Le public visé par le contrôle de déontologie s'élargit.

Alors qu'auparavant étaient seuls concernés les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public cessant temporairement, par le biais de la mise en disponibilité ou du congé sans rémunération, ou définitivement, leurs fonctions, sont désormais concernés :

- les **fonctionnaires**, titulaires ou stagiaires, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, en disponibilité, en détachement, en position hors cadres, de mise à disposition ou d'exclusion temporaire de fonctions ;

- les **agents non titulaires de droit public** employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public et les agents contractuels de droit public employés par une

autorité administrative indépendante (voir ci-dessous) à condition qu'ils soient employés depuis plus d'un an par la même autorité ou collectivité publique ;

- les **membres de cabinet** ministériel et les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales;

- **certains agents contractuels de droit privé** :

- ceux exerçant leurs fonctions au sein des établissements relevant du domaine sanitaire (Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, Etablissement français du sang, Agence française de sécurité sanitaire des aliments, Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail, Institut de veille sanitaire, Agence de la biomédecine, Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé) ;
- ceux exerçant leurs fonctions au sein des autorités administratives indépendantes, c'est-à-dire dans toute institution de l'Etat qui n'est pas soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre, quelle que soit sa dénomination exacte (« autorité administrative indépendante », « autorité publique indépendante », « autorité indépendante »...).

Doivent faire l'objet d'une saisine obligatoire de la commission de déontologie les dossiers des agents ayant été effectivement chargés, au cours des trois années précédant leur demande :

- **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 des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.**

Par « surveillance ou contrôle » d'une entreprise (ou de toute autre personne morale privée), il convient d'entendre toute fonction de surveillance ou de contrôle susceptible de, donner lieu à des observations à l'égard de l'entreprise ou de conduire à l'intervention d'une décision favorable ou défavorable à cette entreprise.

Les contrats mentionnés par le décret sont tous ceux qui sont passés par une collectivité ou un établissement public en vue de la réalisation de travaux, de la fourniture de biens ou de la prestation de services. Sont notamment concernés les marchés publics, les délégations de service public, les partenariats publics-privés ainsi que toutes les conventions passées au nom de l'Etat avec des tiers (entreprises ou structures associatives) pour la réalisation d'études.

Lorsqu'un agent n'a pas exercé de telles activités ou n'a pas pris part à de telles décisions relatives à l'entreprise qu'il souhaite rejoindre ou le secteur concurrentiel dans lequel cette dernière évolue au cours des trois années précédant le début de l'activité privée envisagée, la saisine de la commission n'est pas obligatoire.

Il vous est demandé d'être particulièrement attentif à cette distinction entre les deux catégories de saisine et de vous abstenir de soumettre à l'avis de la commission de

déontologie les dossiers des agents qui n'ont effectivement exercé aucune des fonctions justifiant la saisine obligatoire, sauf si vous avez un doute sur le point de savoir si les fonctions exercées par l'agent entrent dans le champ du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 ou si vous estimez que l'activité envisagée pourrait porter atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou risquerait de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

1.2) Les entreprises privées concernées

a) Relèvent du contrôle de compatibilité :

- les activités professionnelles exercées dans toutes les entreprises privées ainsi que dans tous les organismes privés à caractère non lucratif (associations, fondations...)
- les activités privées libérales.

b) Les entreprises publiques du secteur concurrentiel opérant conformément aux règles du droit privé sont assimilées aux entreprises privées pour l'application du décret. Sont comprises dans cette dernière catégorie les sociétés remplissant les trois conditions suivantes :

- appartenir au secteur public, c'est-à-dire être une société dont le capital est majoritairement détenu, directement ou indirectement, par des personnes publiques (État, collectivités locales, établissements publics et autres entreprises publiques) ;
- exercer son activité dans le secteur concurrentiel ;
- exercer son activité selon les règles du droit privé.

Dans le cas des entreprises « mixtes », c'est-à-dire qui exercent leur activité en partie seulement dans le secteur concurrentiel, il convient de se référer à l'activité de la branche de l'entreprise dans laquelle l'agent souhaite travailler.

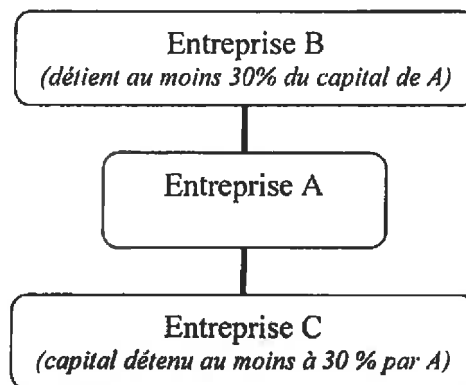
c) Sont également soumises au contrôle de la commission de déontologie les demandes d'exercice d'activité privée au sein d'une entreprise :

- 1 - qui détient au moins 30 p. 100 du capital de l'entreprise à l'égard de laquelle l'agent a été effectivement chargé des missions définies au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 : cette dernière est l'entreprise A, dont la « mère » est l'entreprise B ;
- 2 - ou dont le capital est, à hauteur de 30 p. 100 au moins, détenu par l'entreprise A (entreprise C, « fille » de l'entreprise A) ;
- 3 - ou dont le capital est détenu par une entreprise (entreprise E) détenant aussi 30 p. 100 au moins du capital de l'entreprise A (entreprise D, « sœur » de l'entreprise A) ;
- 4 - ou qui a conclu avec l'entreprise susmentionnée un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

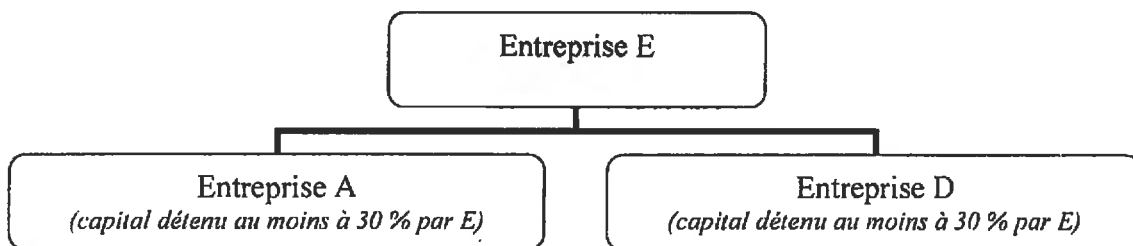
L'agent qui a contrôlé ou surveillé l'entreprise A ne peut donc pas non plus exercer une activité privée dans les entreprises B, C et D si le pourcentage minimal de capital commun est de 30 %.

Schéma explicatif

1) Cas 1 et 2



2) Cas 3



2) Nature du contrôle

Le contrôle de déontologie, défini au I-A et au I-B de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, présente une double caractéristique : il s'agit à la fois d'un contrôle de l'application de la loi pénale et d'un contrôle de nature déontologique.

Qu'elle soit saisie à titre obligatoire ou à titre facultatif, la commission vérifie, au titre du contrôle pénal, que l'agent n'a pas été, au cours des trois dernières années qui précèdent le début de l'activité privée, chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées :

- 1 - d'assurer la surveillance ou le contrôle de l'entreprise dans laquelle il souhaite exercer ;
- 2 - de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats ;
- 3 - de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Ce contrôle vise à prémunir l'agent contre le risque de mise en cause de sa responsabilité pénale au titre de la prise illégale d'intérêts.

Elle vérifie également que les activités concernées, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions exercées par l'intéressé au cours de cette période, ne compromettent pas le fonctionnement normal du service, ou ne mettent pas en cause l'indépendance ou la neutralité du service auquel il appartient, ou ne portent pas atteinte à la dignité des anciennes fonctions exercées par l'agent.

A la différence des situations qui sont mentionnées limitativement à l'article 432-13 du code pénal, les activités incompatibles d'un point de vue statutaire et déontologique ne font pas l'objet d'une liste limitative mais sont appréciées au cas par cas par l'administration, le cas échéant par la commission de déontologie et en cas de litige par le juge administratif. La consultation des rapports annuels de la commission de déontologie, accessibles sur le site www.fonction-publique.gouv.fr, fournit des indications sur la nature et la portée de ces interdictions déontologiques¹.

L'appréciation de la compatibilité de l'activité envisagée avec les précédentes fonctions exercées par l'agent pourra notamment se fonder :

- d'une part, sur les déclarations des administrations et des agents concernés décrivant les responsabilités et les missions du fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions,
- d'autre part, sur le contenu précis de l'activité envisagée dans le secteur privé.

3) Portée et conséquences du contrôle

3.1) Portée des avis

La commission émet **son avis dans un délai d'un mois** à compter de l'enregistrement du dossier de saisine par son secrétariat. Ce délai peut être porté à deux mois, notamment en raison de la complexité d'un dossier ou de la nécessité d'en poursuivre l'instruction. La commission en informe alors l'administration, qui en avise l'intéressé.

L'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de cette saisine (deux mois le cas échéant) vaut avis favorable.

Les avis d'incompatibilité rendus par la commission de déontologie lient la décision

¹ Prochainement, la jurisprudence de l'année en cours sera également en ligne sur le même site.

de l'administration.

En revanche, les avis de compatibilité laissent à l'administration le choix de la décision finale.

L'administration peut solliciter une seconde délibération de la commission dans la seule hypothèse où celle-ci a rendu un avis d'incompatibilité.

Cette demande doit être formulée dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, en informant l'intéressé de cette demande. Le silence de la commission pendant un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de cette nouvelle demande vaut confirmation du premier avis rendu.

Il est souhaitable que la décision finale, positive ou négative, de l'autorité dont relève l'agent, intervienne dans un délai raisonnable, à la date la plus proche possible de la notification de l'avis exprès ou tacite de la commission.

Si la notification de la décision administrative n'intervient pas dans le mois suivant la notification de l'avis de la commission, que celui-ci soit exprès ou implicite, cette décision sera réputée conforme à cet avis. Même lorsque l'administration est liée par un avis d'incompatibilité de la commission, il lui appartient de notifier sa décision à l'intéressé.

L'autorité administrative a toujours la possibilité de refuser la demande de l'agent dont le départ serait contraire à l'intérêt du service ou aux règles statutaires, même dans le cas où la commission se serait prononcée dans un sens favorable à la demande, en assortissant ou non son avis de réserves.

3.2) Conséquences du contrôle

a) La durée des interdictions

Les interdictions pénales et statutaires mentionnées à l'article 1^{er} du décret sont prononcées pour une durée de **trois ans à compter de la cessation des fonctions** (II de cet article).

Par exemple, un fonctionnaire qui cesserait les fonctions justifiant l'incompatibilité deux ans avant de quitter définitivement l'administration continuerait d'être soumis à l'interdiction une année suivant sa radiation des cadres.

b) Les sanctions

L'exercice des activités interdites mentionnées aux A et B de l'article 1^{er} du décret est passible de deux types de sanctions administratives :

- les **sanctions disciplinaires** pour les fonctionnaires n'ayant pas rompu tout lien avec l'administration. La gravité de la faute commise peut entraîner l'infliction de toute la gamme des sanctions statutaires, et notamment de sanctions du troisième, voire du quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation) ;
- les **retenues sur pension** pour les agents ayant rompu tout lien avec l'administration.

Dans les deux cas, les sanctions administratives sont prononcées après avis du conseil de discipline du corps auquel appartient ou appartenait l'intéressé.

Par ailleurs, en cas d'exercice des activités interdites mentionnées au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, les agents sont susceptibles de voir en outre leur responsabilité pénale mise en cause devant le juge répressif, au titre de la prise illégale d'intérêts, telle que définie à l'article 432-13 du code pénal. Le juge pénal n'est lié ni par l'avis rendu par la commission ni par la décision de l'administration.

Les procédures administratives et disciplinaires sont indépendantes : les activités interdites par le A du I de l'article 1er du décret sont passibles à la fois des peines prévues à l'article 432-13 du code pénal et des sanctions disciplinaires.

4) Procédure à suivre

4.1) *Obligation d'information préalable à la saisine*

Il appartient à l'autorité administrative de prendre toute mesure utile visant à informer les personnels des procédures entourant le départ d'un agent de l'administration vers le secteur privé, quelle que soit par ailleurs sa situation statutaire.

Il incombe à l'agent d'informer en temps utile l'autorité dont il relève de son projet d'exercer une activité professionnelle privée. Il est souhaitable que cette information intervienne le plus en amont possible afin que les délais d'instruction de sa demande ne retardent pas le projet professionnel de l'intéressé et la date de son départ **qui ne peut intervenir, en tout état de cause, lorsque la commission a été saisie, que postérieurement à l'avis rendu par celle-ci et à la décision administrative prise conséquemment.**

Cette obligation d'information s'impose à tout agent qui envisage d'exercer une activité privée et qui :

- doit être placé en position de disponibilité, de détachement, de position hors cadre, de mise à disposition, d'exclusion temporaire de fonctions ou de congé sans rémunération ;
- ou, déjà placé dans l'une de ces positions, souhaite rester dans cette position (sauf en ce qui concerne la position d'exclusion temporaire de fonctions) ;
- ou quitte la fonction publique, quels qu'en soient les motifs (départ à la retraite, démission, licenciement, révocation, etc.) ;
- ou a quitté la fonction publique depuis moins de trois ans.

La même obligation pèse sur l'agent qui, ayant cessé temporairement ou définitivement ses fonctions depuis moins de trois ans, souhaite changer d'activité privée.

En revanche, la simple poursuite d'une activité privée précédemment exercée n'impose pas d'obligation d'information.

La date de la cessation définitive de fonctions est celle de la date d'effet de l'acte de radiation des cadres pour les fonctionnaires, ou la date d'expiration du contrat qui le lie à l'administration pour l'agent non titulaire.

Vous inviterez l'agent à remplir la déclaration annexée à la présente circulaire (cf. annexe I). Cette déclaration pourra être remplie par l'intéressé en même temps qu'une éventuelle demande de changement de position administrative.

J'appelle votre attention sur la nécessité de **renseigner aussi précisément que possible** cette déclaration, qui fournira les éléments d'informations nécessaires, tant sur les fonctions

exercées par l'agent au sein de la fonction publique que sur l'activité privée envisagée et facilitera ainsi l'instruction du dossier par la commission de déontologie.

4.2) Saisine de la commission de déontologie

a) Pouvoir de saisine

La commission peut être saisie **soit par l'administration soit par l'agent** directement.

S'agissant de l'administration, le pouvoir de saisine appartient à l'autorité dont l'intéressé relève à la date à laquelle il introduit sa demande (ministre, autorité territoriale, directeur d'établissement, *etc.*).

Lorsque la commission est saisie par l'agent directement, l'administration doit, parallèlement à cette saisine de la commission, procéder à l'instruction de la demande de l'intéressé.

Lorsque la commission n'a pas été saisie par l'agent directement, le décret impose à l'administration de saisir la commission de déontologie :

- lorsqu'il s'agit d'une **saisine obligatoire** ou d'une saisine relative à un **changement d'activité** de l'agent pendant le délai de trois ans qui suivent la cessation de ses fonctions, dans un **délai de quinze jours** à compter de la date à laquelle vos services ont été informés du projet de l'agent ;
- lorsqu'il s'agit d'une **saisine facultative**, dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'agent vous a informé de la date à laquelle il envisage de débiter l'activité privée.

L'agent intéressé, à défaut d'avoir saisi directement la commission, doit vous avoir informé de son projet un mois au plus tard avant la date à laquelle il souhaite commencer à exercer son activité privée.

Ce dispositif ne remet pas en cause les procédures statutaires de droit commun et ne dispense pas l'administration de consulter, le cas échéant, l'organisme paritaire consultatif compétent.

c) Transmission du dossier de l'agent à la commission de déontologie

Afin de permettre à la commission de disposer de l'ensemble des éléments nécessaires à l'instruction du dossier, vous devez lui fournir, au moment de la saisine, outre la déclaration de l'agent, toutes informations utiles et précises, en particulier sur la nature des anciennes fonctions de l'agent, le cas échéant en vous rapprochant de l'administration auprès de laquelle l'intéressé aurait éventuellement été détaché ou mis à disposition au cours des trois années précédant son départ, ainsi que sur l'entreprise et sur l'activité que le fonctionnaire se propose d'exercer. Notamment, les sigles utilisés habituellement par l'administration dont relève l'agent seront explicités au moins une fois.

La liste complète des éléments à transmettre figure en annexe à la présente circulaire (annexe II). Deux documents en particulier doivent impérativement faire partie de cette saisine :

- le formulaire d'appréciation par l'autorité du projet de l'agent, au regard des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (annexe III) ;
- une fiche retraçant les différentes étapes de la carrière administrative de l'agent.

II) L'examen des déclarations de création, de reprise ou de poursuite d'activité au sein d'une entreprise

Le rôle de la commission de déontologie dans l'examen des demandes de cumul aux fins de créer, reprendre ou poursuivre une activité au sein d'une entreprise est défini à l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa version issue de la loi n° 20087-148 du 2 février 2007 ainsi qu'au chapitre II du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007.

1) Le cumul pour la création ou la reprise d'une entreprise

1.1) Personnel et activités soumis au contrôle de compatibilité

Sont soumis au contrôle de compatibilité les **fonctionnaires titulaires et stagiaires, les agents non titulaires de droit public et les ouvriers des établissements industriels de l'Etat** qui se proposent de créer ou de reprendre une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, quelle qu'en soit la forme juridique ;

Il est important de souligner que le cumul d'activités à titre accessoire, régi par les dispositions du chapitre Ier du décret du 2 mai 2007, n'est en revanche pas soumis à l'examen de la commission de déontologie.

1.2) Les entreprises concernées

Le statut de cette entreprise ne fait pas l'objet de restrictions : il peut ainsi s'agir d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise sous forme sociale (société en nom collectif, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, société à responsabilité limitée...).

La réglementation n'exclut pas la création d'une entreprise sous forme libérale, à condition qu'elle soit compatible avec les règles déontologiques. Cependant, l'exercice de certaines professions à titre libéral ne devra pas être de nature à mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service auquel l'agent appartient.

Il n'existe pas a priori d'incompatibilité, celles-ci étant appréciée au cas par cas par la commission de déontologie. Cependant, une présomption d'incompatibilité peut exister pour certaines professions au le risque déontologique semble particulièrement élevé.

Ainsi en est-il par exemple pour les professions de santé où, en dehors des cas expressément prévus par les textes, le cumul de l'activité publique avec la création ou la reprise d'une entreprise sous forme libérale est de nature porter atteinte au fonctionnement normal du service public s'il est exercé de manière identique dans le même secteur d'activité et dans la

même zone géographique que l'activité publique. La jurisprudence récente de la commission de déontologie indique l'impossibilité d'un tel cas de cumul.

Face à des demandes présentant un risque déontologique particulier, la commission de déontologie peut émettre un avis d'incompatibilité. Elle peut également être conduite à émettre un avis de compatibilité assorti de réserves qui, dans la pratique, peuvent faire obstacle la réalisation du projet personnel de l'agent.

La jurisprudence de la commission, consultable sur le site Internet du ministère de la fonction publique, éclairera utilement les administrations et les agents sur les conditions dans lesquelles la création d'une entreprise sous forme libérale est compatible avec les fonctions administratives exercées simultanément.

1.3) Les aides à la création ou à la reprise d'entreprises

Ces aides, nombreuses, revêtent des formes diverses (aides financières, allègements fiscaux, exonération de charges sociales, conseils, mise à disposition de locaux...). Elles sont mises en place par l'Etat ou les collectivités locales et sont accessibles sous certaines conditions, par exemple, d'âge du bénéficiaire ou de localisation de l'activité. Pour une présentation générale du dispositif français d'aide à la création d'entreprise, les agents intéressés pourront utilement consulter le site internet de l'Agence pour la création d'entreprises.² Les structures de conseil que sont les réseaux d'accompagnement de porteurs de projet seront utilement sollicitées, de même que, localement, les chambres consulaires (chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers...)³.

2) Le cumul pour poursuivre une activité au sein d'une société ou d'une association

2.1) Personnels soumis au contrôle de compatibilité

Il s'agit des **dirigeants de société ou d'association** qui, après avoir été recrutés en qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, souhaitent continuer à exercer temporairement leurs fonctions au sein de cette société ou de cette association. Cette poursuite d'activité peut avoir pour finalité d'organiser la transmission, dans les meilleures conditions économiques et sociales, d'une entreprise que l'agent public n'a plus vocation à diriger compte tenu de sa nouvelle orientation professionnelle. Elle offre aussi l'occasion à l'agent d'évaluer sereinement son choix entre l'éventuel retour dans le secteur privé et l'entrée définitive dans la fonction publique.

Par « dirigeants » il convient d'entendre notamment les personnes qui exercent en droit ou détiennent le pouvoir de direction dans une société ou une association, c'est-à-dire qui ont la responsabilité du fonctionnement ou de la gestion de cette société ou de cette association.

2.2) Les organismes concernés

La société dont le dirigeant peut conserver la responsabilité dans le cadre d'un cumul au sens de l'article 25-II-2° de la loi du 13 juillet 1983 peut revêtir toutes les formes sociales autorisées par la loi.

² Adresse : www.apce.com, rubrique « Créateur → Je crée mon entreprise → Toutes les étapes → Les aides ».

³ La liste de ces réseaux figure sur le site internet de la direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales (www.pme.gouv.fr, rubrique « Réseaux et partenaires »).

Le cumul ne doit être demandé par le dirigeant d'une association que si cette association poursuit un but lucratif et notamment ne satisfait pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts, c'est-à-dire ne présente pas un caractère social ou philanthropique et n'est pas gérée de manière désintéressée.

3) Nature du contrôle

L'article 13 du décret prévoit que la commission contrôle la compatibilité des projets de création et de reprise d'une entreprise, ainsi que des projets de poursuite d'une activité au sein d'une entreprise ou d'une association, au regard de deux catégories de critères.

- D'une part, la commission **vérifie que l'agent ne se place pas en situation de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 du code pénal**. Celui-ci punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « le fait, par toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé 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 ».

L'avis de la commission ne lie pas le juge pénal.

L'exercice des activités interdites par l'article 432-12 du code pénal est passible des peines prévues à ce même article, sans préjudice des sanctions disciplinaires prévues par le statut général, les deux procédures étant indépendantes.

- D'autre part, la commission **examine si le cumul d'activités envisagé porte atteinte à la dignité des fonctions publiques** exercées par l'agent ou risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel il est employé.

Il appartient à la commission, et, en cas de litige, au juge administratif, de porter une appréciation dans le cas d'espèce.

L'appréciation de la compatibilité des activités envisagées avec les fonctions actuellement exercées par l'agent est notamment fondée, d'une part, sur les déclarations des administrations et des agents concernés décrivant les responsabilités et les missions du fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions, d'autre part, sur le contenu précis de l'activité envisagée dans le secteur privé.

4) Portée et conséquences du contrôle

La commission rend son **avis dans un délai d'un mois**, étant entendu qu'aucune procédure d'avis tacite n'est prévue par le décret.

Toutefois, dans le cas où la commission estime ne pas disposer de toutes les informations utiles pour donner un avis sur la déclaration, elle invite l'agent, dans un délai maximum de quinze jours à compter de la réception de sa demande, à fournir des éléments complémentaires. Le délai d'examen par la commission est alors porté à deux mois.

Si la commission estime que l'activité de création ou la reprise d'une entreprise d'une part, ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise ou d'une association d'autre part, est incompatible avec l'exercice des fonctions administratives, **cet avis lie l'administration**. Dans ce cas, vous pouvez, par une demande motivée, solliciter une seconde délibération de la commission dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, en informant l'intéressé de cette demande.

Si la commission estime que l'activité envisagée par l'agent est compatible avec ses fonctions administratives, celle-ci peut être exercée sauf décision expresse écrite contraire de votre part.

Le fait pour l'agent de continuer à exercer une activité qui aurait été considérée par la commission comme incompatible est passible des sanctions disciplinaires de droit commun. Toute la palette des sanctions statutaires pourra être utilisée à proportion de la gravité de la faute. Celle-ci peut notamment entraîner l'infliction de sanctions du troisième et du quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation). Les sanctions administratives sont prononcées après avis du conseil de discipline du corps auquel appartient l'intéressé.

Lorsque l'avis de la commission de déontologie est favorable, l'administration ne peut pas refuser le temps partiel pour des motifs tirés de l'intérêt du service. En effet, le temps partiel est de droit pour l'agent qui crée ou reprend une entreprise (*cf.* article 37*bis* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, article 60*bis* de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et de l'article 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

5) Procédure à suivre

5.1) *Obligation d'information*

Il vous appartient d'informer vos agents sur les modalités d'application et de contrôle de ces deux nouvelles possibilités de cumul autorisées par la loi.

C'est à l'agent de vous avertir qu'il souhaite exercer une activité professionnelle privée dans le cadre d'un cumul. Il est dans son intérêt d'aviser son administration de son projet le plus en amont possible pour que la commission puisse statuer dans des délais compatibles avec son projet professionnel.

Vous devez alors l'inviter, s'il ne l'a pas déjà fait, à remplir la déclaration annexée à la présente circulaire (voir annexe IV-1/2). Cette déclaration doit comporter des informations précises sur la forme et l'objet social de l'entreprise, son secteur et sa branche d'activités, ainsi que, le cas échéant, la nature et le montant des subventions publiques dont cette entreprise peut bénéficier.

J'appelle votre attention sur l'importance de cette déclaration, qui doit fournir les éléments d'information nécessaires à l'instruction du dossier par la commission, tant sur les fonctions exercées par l'agent au sein de la fonction publique que sur l'activité privée envisagée.

Les agents qui, après avoir été recrutés dans la fonction publique, souhaitent poursuivre leur activité privée, transmettent cette déclaration à l'autorité compétente dès leur nomination en qualité de stagiaire s'ils sont fonctionnaires, ou préalablement à la signature du contrat s'il s'agit d'agents non titulaires.

5.2) Modalités de saisine de la commission

A la différence de la procédure mise en place pour le contrôle de déontologie, qui autorise la saisine soit par l'agent, soit par l'administration, dans le cadre de cette procédure, **il incombe à l'administration de saisir directement la commission de déontologie.**

Le pouvoir de saisine appartient au ministre « d'emploi » de l'intéressé si l'agent relève de la fonction publique d'Etat ou de la fonction publique hospitalière, à l'autorité territoriale s'il relève de la fonction publique territoriale et au directeur de l'établissement public si l'intéressé est agent d'un établissement public de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement hospitalier. Il peut appartenir, par délégation, au directeur du personnel ou au chef de corps.

Vous devez transmettre la déclaration rédigée par l'agent à la commission de déontologie **dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle vous l'avez reçue, ou bien à compter de la date à laquelle vous êtes informé du projet de l'intéressé** dans le cas de la poursuite d'activité dans une entreprise ou une association.

Vous joindrez à la déclaration de l'agent le formulaire d'appréciation du projet de celui-ci au regard des critères posés par l'article 13 du décret du 2 mai 2007 (voir annexe V-1/2).

5.3) Suites données à l'avis de la commission

Lorsque l'avis de la commission vous a été transmis, vous devez en informer l'intéressé.

En dehors du cas de l'avis d'incompatibilité, il vous appartient de vous prononcer sur la déclaration de cumul d'activités au vu de cet avis et au regard des obligations de service qui s'imposent à l'intéressé, sous réserve de l'hypothèse du temps partiel, accordé de plein droit aux agents qui se proposent de créer ou de reprendre une entreprise.

5.4) Durée du cumul

Cette possibilité de cumul n'est ouverte que **pour une période d'un an, renouvelable une fois**. La demande de renouvellement du cumul n'est pas soumise au contrôle de la commission de déontologie.

Vous pouvez à tout moment mettre fin à ce cumul s'il ne satisfait plus aux critères de compatibilité (non-respect de l'article 432-12, atteinte à la dignité des fonctions exercées, risque de mise en cause du fonctionnement normal, de l'indépendance ou de la neutralité du service, non-respect des obligations de service).

A l'issue de la période autorisée de cumul, l'agent est libre soit de rester dans son administration, soit de se consacrer pleinement à son activité privée. Il peut demander à être mis en disponibilité pour convenances personnelles dans les conditions prévues par les textes réglementaires (cf. article 44-b du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 pour la fonction publique de l'Etat, article 21 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 pour la fonction publique territoriale, article 31 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 pour la fonction publique hospitalière).

Si l'agent reste dans l'administration, il est alors soumis au régime de droit commun des cumuls.

III) Modalités pratiques

1) Transmission des dossiers à la commission de déontologie

Les dossiers doivent être transmis au **secrétariat de la commission, assuré par la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP)**, avec le concours de la direction générale des collectivités locales (DGCL) et de la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins (DHOS).

Concrètement, les saisines de la commission ainsi que les demandes d'audience émanant des intéressés, sont adressées au président :

- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique de l'Etat, ainsi que pour les demandes présentées au titre de l'application du code de la recherche, à la DGAFP (Bureau du statut général et du dialogue social, 32 rue de Babylone, 75007 Paris) ;
- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique territoriale, à la DGCL (sous-direction des élus locaux et de la fonction publique territoriale, 2 place des Saussaies, 75800 Paris Cedex) ;
- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique hospitalière, à la DHOS (sous-direction des professions paramédicales et des personnels hospitaliers, 8 avenue de Ségur 75350 Paris 07 SP).

2) Obligation d'information de la commission des suites données à ses avis

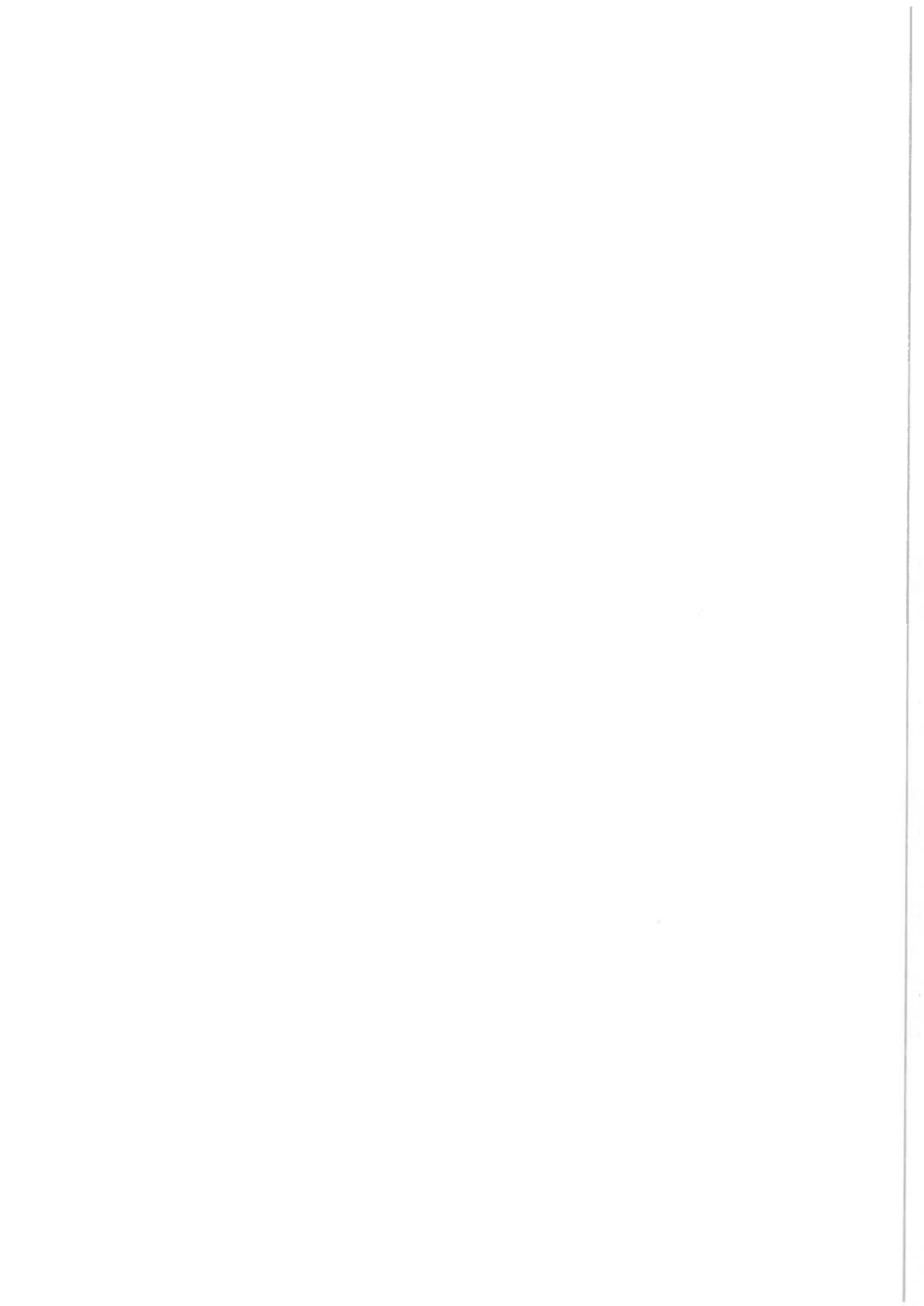
Il appartient à chaque administration d'adresser au secrétariat de la commission de déontologie :

- le bilan annuel des saisines de la commission au titre des demandes de départ vers le secteur privé et de cumul d'activités ;
- les suites qui ont été réservées aux avis de la commission, qu'elles soient positives ou négatives pour les intéressés.

Ce bilan est à transmettre, selon le même mode de répartition que celui décrit au point III-1, à la DGAFP, à la DGCL et à la DHOS.

Cette circulaire annule et remplace la circulaire du 17 février 1995 portant application du décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions instituées par l'article 4 de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994.

Pour le ministre et par délégation :
Le directeur général de l'administration
et de la fonction publique



RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère du budget, des comptes
publics et de la fonction publique

**CIRCULAIRE N° 2157 DU 11 MARS 2008 RELATIVE AU CUMUL D'ACTIVITES ET
PORTANT APPLICATION DE LA LOI N° 83-634 DU 13 JUILLET 1983 PORTANT DROITS ET OBLIGATIONS
DES FONCTIONNAIRES MODIFIEE, NOTAMMENT SON ARTICLE 25, ET DU DECRET N° 2007-648 DU 2
MAI 2007 RELATIF AU CUMUL D'ACTIVITES DES FONCTIONNAIRES, DES AGENTS NON TITULAIRES DE
DROIT PUBLIC ET DES OUVRIERS DES ETABLISSEMENTS INDUSTRIELS DE L'ETAT**

Le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique

à

Mesdames et Messieurs les ministres, directions du personnel/des ressources humaines

Selon un principe constant du droit de la fonction publique, les agents de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements hospitaliers doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées dans l'administration qui les emploie. De ce fait, les activités que ces agents pourraient exercer en plus des fonctions qu'ils exercent à titre principal obéissent à un strict régime de dérogations. Ce principe vise d'une part à dissuader les agents de négliger leurs obligations de service au bénéfice d'une activité étrangère aux missions du service public et, d'autre part, à éviter que des intérêts extérieurs ne les conduisent à méconnaître l'intérêt général dont ils sont les gardiens.

La réglementation antérieure

Jusqu'à l'entrée en vigueur des textes cités en objet, la réglementation applicable aux agents publics en matière de cumuls découlait de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions ainsi que des articles L. 324-1 et suivants du code du travail, qui définissaient les dérogations à cette interdiction. La loi posait le principe de l'interdiction de cumul tandis que le décret-loi définissait de manière limitative les dérogations à ce principe d'interdiction.

Parmi les dérogations à l'interdiction de cumul avec une activité privée figurait le cumul pour la production d'oeuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, les expertises, consultations ou enseignements donnés par des fonctionnaires dans les domaines relevant de leurs compétences et, pour les seuls personnels enseignants, l'exercice d'une profession libérale. Le même décret-loi prévoyait par ailleurs une dérogation spécifique relative aux cumuls d'emplois publics. Le cumul devait être autorisé par l'autorité dont relève l'agent, avoir une durée limitée et ne pas porter sur plus de deux emplois.

De son côté, l'article L. 324-1 du code du travail interdisait aux agents publics « d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer, à titre privé, un travail moyennant rémunération », la violation de cette interdiction étant pénalement sanctionnée.

La complexité de cette réglementation était source de difficultés d'interprétation et d'application, comme l'avait souligné le Conseil d'Etat, dans un rapport adopté par son Assemblée générale le 27 mai 1999.

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique abroge le décret-loi du 29 octobre 1936, de même que l'article L. 324-1 du code du travail, et réforme profondément dans son chapitre IV (articles 20 à 25) le régime du cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, en modifiant notamment l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 ci-dessus mentionnée.

Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur au moment de la publication du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat (*Journal officiel* du 3 mai 2007).

L'esprit de la réforme

La loi de modernisation de la fonction publique et son décret d'application ont modernisé la réglementation en vigueur pour atteindre les trois objectifs suivants :

1) Assouplir le régime de cumul pour tenir compte des évolutions économiques et sociales

- Certes, le **principe de non-cumul** est rappelé par l'article 25-I de la loi du 13 juillet 1983, selon lequel les agents publics « consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées » et « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ».

- Toutefois, les **dérogations à ce principe** (article 25-I, II et IV) - cumul avec une activité accessoire, cumul pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité dans une entreprise, cumul d'activités des agents à temps non complet ou incomplet – sont plus nombreuses et plus clairement précisées par le décret du 2 mai 2007.

- Les **libertés essentielles** des fonctionnaires – libre gestion du patrimoine personnel et familial, libre création des œuvres de l'esprit, liberté d'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions – sont rappelées dans la loi (article 25-III) et restent inchangées.

2) Clarifier le droit applicable

- La **procédure d'autorisation** de cumul accessoire est modernisée et expressément décrite dans le texte réglementaire.

- Les cas de **cumuls autorisés** sont précisément énumérés par le même texte, et la formulation en est simplifiée.

3) Promouvoir un principe de confiance et de responsabilisation

La demande d'autorisation de cumul constitue la base d'un accord entre l'agent et l'administration, fondé sur la confiance et la responsabilisation tant des agents qui demandent

l'autorisation de cumuler que des gestionnaires de proximité qui l'accordent en toute connaissance de cause.

Ce que change la réglementation

Sur le fond, les principaux changements peuvent être résumés en cinq points :

1) L'ouverture de nouveaux cas de cumul

Les dérogations au principe de non-cumul pour le cumul avec une activité accessoire à caractère privé sont étendues (ex. activité agricole, conjoint collaborateur...). Le cumul avec une activité accessoire à caractère public n'est plus limité à deux activités. Le plafonnement des rémunérations et le compte de cumul sont supprimés.

A côté du cumul d'activités à titre accessoire, qui était déjà autorisé, de nouvelles hypothèses de cumul sont ouvertes : le cumul pour création d'entreprise, et le cumul pour poursuite d'activités au sein d'une entreprise ou d'une association, avec un contrôle préalable de la commission de déontologie.

2) Une définition large du champ des agents auxquels s'applique le régime de cumul

Le nouveau régime de cumul s'applique à l'ensemble des agents publics (fonctionnaires, agents non titulaires de droit public et ouvriers des établissements industriels de l'Etat) quel que soit leur lieu d'affectation et la fonction publique dont ils relèvent.

Ce régime ne s'applique pas aux militaires, aux magistrats et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires.

Ce régime ne s'applique pas non plus aux agents en position de congé parental. En effet, la notion d'activité disparaît du fait de l'objet même du congé parental qui est d'élever son enfant. Si les règles relatives au cumul ne s'appliquent pas dans ce cadre, l'exercice d'une activité lucrative pourra être cependant jugé incompatible avec le congé. Il pourra s'agir soit d'un motif de refus du congé, soit, si le congé a été accordé et que l'agent s'engage dans une activité privée qui détourne le congé de son objet, d'un motif de fin anticipée du congé prononcée par l'administration. Seule une activité lucrative qui serait en lien avec le congé parental et ne porterait pas atteinte à l'objet même de ce congé (par exemple une activité d'assistante maternelle) pourrait être tolérée.

3) La simplification du droit existant pour certains cas de cumul

Les expertises et consultations peuvent être expressément réalisées auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés. Les enseignements et formations peuvent être dispensés sans qu'ils présentent nécessairement un lien avec les compétences mises en œuvre au titre de l'activité principale, comme cela était imposé sous l'empire de la réglementation antérieure.

4) La reprise du droit existant en matière de cumul d'activités des agents employés à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure au mi-temps et l'extension de ce régime de cumul aux agents à mi-temps

La présente circulaire, après avoir présenté le dispositif général (I), décrit les régimes de cumul applicables aux agents exerçant leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel (II). Elle

évoque ensuite les modalités du cumul d'activités au titre de la création, de la reprise ou de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise, qui sont précisées par la circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et relative au contrôle de la commission de déontologie (III). Elle explicite le régime de cumul applicable aux agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet (IV). Elle précise enfin les conséquences de ces nouvelles dispositions en matière de gestion du personnel (V).

I) LE DISPOSITIF GENERAL : L'ENCADREMENT DES POSSIBILITES DE CUMUL

A) L'interdiction de principe

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 rappelle le principe suivant lequel les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ce principe ne connaît d'exceptions que lorsqu'elles sont expressément prévues par un texte législatif ou réglementaire transversal, tel le décret du 2 mai 2007 ci-dessus mentionné, ou spécifiques à certains corps ou cadres d'emplois de fonctionnaires.

Ce principe est assorti de plusieurs interdictions, énumérées au même article.

Ainsi interdiction est faite aux agents publics de :

- participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations qui ne satisfont pas aux conditions fixées à l'article 261-7-1°-b du code général des impôts.

Les conditions, cumulatives, fixées par l'article 261-7-1°-b du code général des impôts sont les suivantes :

- l'organisme est géré et administré, en principe à titre bénévole, par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ;

- l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit ;

- les membres de l'organisme et leurs ayant-droits ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports.

Serait notamment considéré comme participant à de tels organes de direction un agent public qui soit aurait la qualité de gérant, même associé (société de personnes, société anonyme à responsabilité limitée), soit serait membre d'un organe collégial de direction (de premier degré, comme le conseil d'administration ou le conseil de surveillance dans une société anonyme, ou de second degré, comme le directoire, désigné par les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance).

Dans la mesure où elle est expressément prévue par un texte, la participation de fonctionnaires à des qualités et sans contrepartie financière à l'organe de direction d'un organisme à caractère public ou à caractère privé reconnu d'utilité publique ne constitue pas une activité accessoire. En effet,

cette participation est le prolongement ou l'un des aspects de la mission confiée aux agents intéressés ;

- donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre l'administration dans le cadre de litiges ;

- prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance au sein d'une entreprise avec laquelle ils peuvent avoir des relations dans le cadre de leurs fonctions.

B) Les exceptions au principe

1) *Les libertés essentielles rappelées par la loi*

Il s'agit de :

- la libre détention de parts sociales, et la libre gestion du patrimoine personnel et familial, cette liberté ayant pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant, de gérant ou de commerçant : un agent public peut détenir des parts sociales d'une entreprise et percevoir les bénéfices qui s'y attachent à condition de n'être qu'actionnaire de l'entreprise et de ne pas assurer de rôle dirigeant ; il peut également faire fructifier son patrimoine personnel, par exemple en louant un bien qu'il possède, sans que cette activité puisse le conduire à faire commerce de son bien dans un cadre professionnel. Cette interdiction d'avoir la qualité de gérant s'applique également aux sociétés civiles immobilières constituées pour gérer un patrimoine immobilier.

- la libre production des œuvres de l'esprit. La loi fait référence, pour définir ces œuvres, aux articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle. L'article L. 112-2 en particulier énumère les productions « notamment » considérées comme des œuvres de l'esprit¹.

- la possibilité, pour les personnels enseignants et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique, d'exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions est préservée.

Les professionnels libéraux ont le droit d'exercer selon les formes d'exercice autorisées pour chacune des professions concernées, étant rappelée l'interdiction visée au 1 du I de l'article 25 de la loi de 1983.

Même si la loi ne fait pas expressément obligation aux intéressés de solliciter, avant d'exercer une profession libérale, l'autorisation de l'administration dont ils relèvent, une information préalable de celle-ci est fortement recommandée. Elle permettra notamment à l'administration de s'assurer de l'existence d'un lien réel entre la profession libérale et la nature des fonctions des

¹ Livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; œuvres chorégraphiques, numéros et tours de cirque, pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; compositions musicales avec ou sans paroles, œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; œuvres graphiques et typographiques ; œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; œuvres des arts appliqués ; illustrations, cartes géographiques ; plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.

³ Activités autorisées : voir en dernière page de ce formulaire.

agents concernés et de veiller au respect des règles déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires.

2) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de la réglementation transversale issue du décret du 2 mai 2007

Issues du décret du 2 mai 2007, ces exceptions font chacune l'objet d'un chapitre du décret :

- le cumul d'activités à titre accessoire, assorti d'une procédure de demande d'autorisation : ce régime de cumul s'applique aux agents à temps complet ou à temps partiel et non aux agents à temps non complet ou incomplet employés pour une durée inférieure ou égale au mi-temps (chapitre Ier) ;

- le cumul d'activités au titre de la création, de la reprise ou de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise (chapitre II) ;

- le cumul d'activités applicable à certains agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet, sur la base d'un régime déclaratif (chapitre III).

3) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de dispositions particulières

a) Dispositions législatives

L'article 23 de la loi du 2 février 2007 maintient en vigueur les dispositions législatives qui ont édicté, en matière de cumul, des règles spéciales à certaines catégories de fonctionnaires.

Il en va ainsi notamment des architectes fonctionnaires ou salariés de l'Etat et des collectivités publiques (article 14 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture), des architectes des Bâtiments de France (dérogation pour exercer une activité libérale ouverte jusqu'au 31 décembre 2007, en vertu de l'article 38 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains), ou bien des praticiens hospitaliers (articles L. 6154-1 à L. 6154-7 du code de la santé publique). La liste énumérée à l'article 23 de la loi de modernisation de la fonction publique n'est pas limitative. Ces réglementations particulières continuent de s'appliquer de manière autonome.

b) Dispositions réglementaires particulières

L'article 10 du décret du 2 mai 2007 prévoit la possibilité de définir, par la voie réglementaire adéquate (décret autonome ou décret portant statut particulier d'un corps de fonctionnaire), des règles plus restrictives que le dispositif général en matière de cumul, afin de tenir compte des différences de nature ou de condition d'exercice de certaines fonctions ou des missions particulières confiées à des fonctionnaires par les statuts particuliers de leur corps ou cadre d'emploi.

Pour assurer la cohérence et le suivi de l'évolution de la réglementation en vigueur, les administrations intéressées sont invitées à se rapprocher des services de la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) lors de l'élaboration de ces réglementations spéciales.

II) LE CUMUL D'ACTIVITES A TITRE ACCESSOIRE DES AGENTS A TEMPS COMPLET OU A TEMPS PARTIEL

A) Le public visé

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 fait expressément entrer dans le champ de la réglementation relative au cumul d'activités « les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public » (article 25-I) ainsi que les « ouvriers régis par le régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat » (article 25-III).

Sont ainsi soumis à la législation et à la réglementation sur le cumul d'activités, à l'intérieur des trois fonctions publiques, les catégories d'agents suivants :

- les **fonctionnaires**, y compris les fonctionnaires stagiaires : les fonctionnaires sont les agents publics nommés dans un emploi permanent, et qui sont soit stagiaires, soit titularisés dans un grade d'une hiérarchie des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers. Seuls les fonctionnaires en service dans une administration sont concernés par le régime de cumul prévu par le décret du 2 mai 2007 ;

- les **agents non titulaires de droit public** : sont notamment concernés les contractuels qui entrent dans le champ d'application des décrets n° 86-83 du 17 janvier 1986 modifié (agents non titulaires de l'Etat), n° 88-145 du 15 février 1988 modifié (agents non titulaires de la fonction publique territoriale) et n° 91-155 du 6 février 1991 modifié (agents contractuels des établissements hospitaliers) ainsi que ceux à qui ces dispositions ont été rendues expressément applicables (par ex. les agents affectés dans des groupements d'intérêt public ou des autorités publiques indépendantes). Sont également compris dans cet ensemble les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales (décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié). En revanche, sont exclus des dispositions du décret du 2 mai 2007 les agents en service à l'étranger ainsi que les agents engagés pour exécuter un acte déterminé (vacataires) ;

- les **ouvriers des établissements industriels de l'Etat** qui relèvent du décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat : ce sont des agents publics non fonctionnaires, en poste principalement au sein des ministères chargés de la défense et de l'équipement.

Le régime de cumul s'applique aux fonctionnaires, aux agents non titulaires de droit public et aux ouvriers des établissements industriels de l'Etat quel que soit leur lieu d'affectation et qu'ils exercent leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel. En effet, **la loi a supprimé les restrictions aux possibilités de cumul qui s'imposaient auparavant aux agents à temps partiel**. Par conséquent, les dispositions des articles 7 et 13 de l'ordonnance n° 82-296 du 31 mars 1982 relative à l'exercice de fonctions à temps partiel par les fonctionnaires et les agents des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, qui reprenaient les restrictions aujourd'hui abrogées dans les lois statutaires, ne trouvent plus à s'appliquer.

Il convient d'ajouter à ces trois catégories principales celle des agents exerçant leurs fonctions à temps non complet ou à temps incomplet pour une durée inférieure ou égale au mi-temps (cf. III).

B) Le champ d'application

L'article 1er du décret introduit d'une manière générale la possibilité offerte aux agents publics à temps plein ou à temps partiel de cumuler des activités accessoires à leur activité principale, à condition d'y être autorisés et de ne pas porter atteinte, en exerçant ces activités, au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service.

Par activité principale, il convient d'entendre l'activité statutaire du fonctionnaire ou l'activité qui justifie le recrutement d'un agent non titulaire, telle que définie dans son contrat. C'est l'activité exercée dans le cadre professionnel habituel qui est qualifiée de « principale » et ce indépendamment de la quotité de temps de travail. *A contrario*, l'activité est réputée « accessoire » dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un cumul et qu'elle ne constitue pas une modalité d'exercice de l'activité principale de l'agent, inhérente à sa fonction et exercée dans le cadre de son service.

La réglementation de l'activité accessoire traduit l'objectif d'une plus grande souplesse dans le cumul d'activités accessoires à condition que celui-ci ne porte pas atteinte à l'activité pour laquelle un agent public a été recruté et est employé au sein d'une administration. Le cumul d'activités doit ainsi s'apprécier au regard des intérêts du service public et des règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics.

En effet, l'exercice d'une activité accessoire pourrait avoir pour effet, d'une part, de réduire l'attention portée par l'agent à ses fonctions administratives principales, d'autre part, d'exposer cet agent à des tentations et confusions d'intérêts, en particulier dans le cas où l'activité accessoire revêt un caractère privé.

Il pourrait ainsi être porté atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service si l'agent contribuait, de quelque manière que ce soit, à placer l'organisme à caractère privé auprès duquel il exerce son activité accessoire dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

L'autorisation donnée par l'administration à partir d'une demande écrite et détaillée permet une mesure réaliste du temps consacré à ou aux activité(s) accessoire(s). Cette procédure protège également l'agent d'éventuelles poursuites disciplinaires, voire pénales (voir *infra* sur le respect de l'article 432-12 du code pénal).

Le cumul avec des activités accessoires ne pourra intervenir dans le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, sauf autorisation donnée par le chef de service.

1) *Le caractère accessoire*

Le caractère accessoire de l'activité doit être apprécié au cas par cas, en tenant compte de trois éléments :

a) *l'activité envisagée* : pour caractériser l'activité, la technique du « faisceau d'indices » peut utilement être appliquée à partir des informations obligatoirement mentionnées par l'agent dans sa demande écrite d'autorisation. Ces informations, précisées à l'article 5 du décret du 2 mai 2007, portent au minimum sur l'identité de l'employeur, la nature, la durée, la périodicité et les

conditions de rémunération de l'activité. Elles serviront à l'employeur de critères pour déterminer si l'activité paraît accessoire au regard de l'activité professionnelle principale de l'agent ;

b) les conditions d'emploi de l'agent : cette appréciation est à rapporter aux modalités d'emploi de l'agent : une même activité peut présenter un caractère accessoire pour un agent à mi-temps alors qu'il pourra en être apprécié autrement pour un agent à temps plein ;

c) les contraintes et sujétions particulières afférentes au service dans lequel l'agent est employé, au regard notamment de l'impact de cette activité sur le service et la manière de servir de l'agent.

2) Les activités susceptibles d'être autorisées au titre du cumul accessoire

L'article 2 du décret du 2 mai 2007 établit une liste limitative des activités privées qui peuvent faire l'objet d'un cumul :

a) Les expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés sous réserve des dispositions du 2° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983

Ces expertises ou consultations ne sont pas limitées au seul domaine de compétence professionnel de l'agent ou à la nature des missions que celui-ci exerce actuellement dans l'administration. De portée très vaste, ce cas de cumul accessoire doit cependant tenir compte des règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics. En particulier, un agent ne saurait pratiquer des consultations et expertises qui seraient contraires aux intérêts de toute personne publique, et pas seulement de la personne publique qui l'emploie.

Pour ce type de cumul, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Même si le décret ne l'indique pas expressément, la possibilité demeure pour tout agent public d'effectuer des expertises ou consultations au profit d'une autorité administrative ou judiciaire.

b) Les enseignements ou formations

Tout agent public qui y est autorisé peut désormais dispenser, à titre accessoire, un enseignement ou une formation dans une matière ou un domaine qui ne présenterait pas nécessairement un lien avec son activité principale.

Les administrations sont invitées à demander aux agents sollicitant une autorisation les informations les plus précises possibles sur l'objet exact de l'enseignement ou de la formation dont il s'agit, ainsi que sur l'organisme au sein duquel s'exercera, le cas échéant, cette activité accessoire.

Ces précisions auront notamment pour effet d'éclairer l'administration quant au respect des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents. Elle vérifiera ainsi que l'activité exercée au titre du cumul ne porte pas atteinte à la dignité du service public.

Pour éclairer cette notion, les administrations pourront se référer à la jurisprudence de la commission de déontologie qui fournit des exemples d'activités manifestement incompatibles

avec le service. De manière générale, tout enseignement ou formation de nature à mettre en cause la dignité des fonctions d'un agent ne saurait être autorisée dans ce cadre.

c) Activité agricole

Deux types d'activités agricoles sont autorisés :

c-1: l'activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural dans des exploitations agricoles non constituées sous forme sociale

Aux termes de l'article L. 311-1 du code rural, « sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle ».

Toutes les activités agricoles se rattachant à cette définition peuvent être autorisées, pour autant qu'elles revêtent un caractère accessoire et ne s'exercent pas dans un cadre commercial. Il peut s'agir, à titre d'exemple, d'un agent public qui possède un patrimoine agricole de dimension modeste (cultures de petite taille, cultures vivrières...) et qui souhaiterait entretenir ce patrimoine au moyen de la vente des produits qu'il en retire, ou bien profiter de ses loisirs pour se constituer des ressources financières accessoires, sans que cette activité le conduise à créer une société civile ou commerciale.

c-2 : l'activité agricole exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale, sous réserve que l'agent public ne participe pas aux organes de direction d'une telle société, sauf lorsqu'il s'agit de la gestion de son patrimoine personnel et familial.

Cette liberté de gestion, rappelée par la loi (voir I-B-1 page 5), vise notamment à protéger la transmission des biens familiaux, dans le cas par exemple où un agent public se retrouve le conjoint survivant d'un exploitant agricole, ou bien l'héritier d'une exploitation de ce type.

Dans tous les autres cas, la création d'une société civile ou commerciale pour exercer une activité agricole n'est autorisée, pour une période limitée, que dans les conditions prévues par le chapitre II du décret du 2 mai 2007.

d) Travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage

Cette dérogation reprend une disposition de l'article L. 8261-3 du code du travail et vise les cas où la formalité de la demande d'autorisation est impossible à accomplir.

e) Travaux ménagers de peu d'importance réalisés chez des particuliers

Cette dérogation est également à rapprocher d'une disposition de l'article L. 8261-3 du code du travail. De tels travaux peuvent être rémunérés au moyen du chèque emploi service universel (cf. articles L. 129-5 et suivants du code du travail).

Il peut s'agir soit d'activités effectuées exclusivement à domicile (entretien de la maison, petits travaux de jardinage, garde d'enfants, gardiennage et surveillance temporaire, soins et promenades d'animaux domestiques *etc.*), soit d'activités partiellement réalisées en dehors du domicile, si la prestation fait partie d'une offre de service à domicile (livraison de repas à domicile, collecte et livraison à domicile de linge repassé, livraison de courses à domicile, *etc.*).

f) 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 à l'agent de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide

Cette disposition ouvre expressément à l'agent public le droit, en échange de l'aide qu'il apporte à un proche, de percevoir les allocations correspondantes, lorsqu'il en existe (ex. allocation personnalisée d'autonomie).

g) Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale ou commerciale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce et, s'agissant des artisans, à l'article 14 du décret n° 98-247 du 2 avril 1998

L'article R. 121-1 du code de commerce définit le conjoint collaborateur comme « le conjoint du chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du code civil ». Dans la mesure où une activité professionnelle régulière peut revêtir un caractère accessoire, ce cas de cumul peut faire l'objet d'une autorisation.

Le choix du statut de conjoint collaborateur n'est pas remis en question par le départ à la retraite de l'agent public.

Le cumul accessoire peut prendre des formes juridiques différentes et n'en exclut *a priori* aucune : contrat de travail, vacation, intervenant à titre libéral, *etc.*

3) Le cumul d'une activité publique principale et d'une activité d'intérêt général accessoire

L'article 3 du décret du 2 mai 2007 prévoit deux cas de cumul avec une activité d'intérêt général lucrative ou non lucrative :

a) Le cumul avec une activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif

a-1) L'intérêt général est une notion dont la plasticité est inhérente à l'évolution des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société.

Tout service public est chargé d'une mission d'intérêt général. *A contrario*, une activité d'intérêt général n'est pas forcément un service public. Le caractère d'intérêt général peut être apprécié au regard notamment :

- de la satisfaction d'un besoin collectif ;
- de la finalité de l'activité ou de l'objet de l'organisme qui en assure l'exercice, en lien avec les grandes fonctions de la puissance publique : finalité d'ordre ou de régulation ; finalité sanitaire, de protection et de cohésion sociale ; finalité éducative, culturelle ou sportive ; protection de l'environnement, etc.
- de la nature du lien existant avec la personne publique s'agissant d'une activité exercée auprès d'une personne privée à but non lucratif (procédure d'agrément) ;
- de l'applicabilité des règles de droit public à tout ou partie de cette activité ;
- du financement pour tout ou partie de l'activité par des fonds publics, etc.

La notion d'activité doit être entendue comme une action limitée dans le temps, qui peut être occasionnelle ou régulière : mission, vacation, expertise, conseil, formation, etc. S'agissant de l'activité assurée auprès d'une personne publique, en particulier, il ne peut s'agir de pourvoir un emploi vacant, y compris lorsqu'il s'agit d'un emploi à temps incomplet ou non complet et ce, quelque soit la quotité de travail de celui-ci.

a-2) Un agent peut cumuler une activité accessoire avec son activité principale non seulement auprès d'une personne publique, mais également auprès d'une personne privée à but non lucratif. Il peut s'agir, dans ce dernier cas, d'une association ou d'une fondation reconnue d'utilité publique, ou bien d'une association contribuant au service public, lié à elle en raison d'un acte unilatéral ou contractuel.

Les critères d'appréciation de la non-lucrativité - caractère intéressé ou non de la gestion, situation de l'organisme au regard de la concurrence, examen des conditions d'exercice de l'activité - s'apprécient au regard des dispositions fiscales (*Bulletin officiel des impôts* 4 H-5-06 du 18/12/2006).

b) Le cumul avec une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée

Comme le souligne le Conseil d'Etat dans un rapport relatif à la mobilisation de l'expertise publique sur les actions de coopération institutionnelle internationale (juillet 2003), de telles actions sont de plus en plus souvent accomplies par des agents publics à titre d'activité accessoire, parfois rémunérée, sans que ce type de mission relève explicitement d'un cas de cumul prévu par les textes en vigueur avant la publication du décret du 2 mai 2007.

Désormais, ce cas de cumul est prévu par le décret, au sens le plus large, c'est-à-dire en incluant les missions d'une durée limitée auprès d'un Etat étranger.

4) La liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif

L'exercice d'une activité bénévole relève de la vie privée des agents publics. A ce titre, elle n'est soumise à aucune demande d'autorisation préalable, à la condition de respecter les interdictions mentionnées à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (voir I-A : L'interdiction de principe).

Ainsi, même s'il s'agit d'une activité à but non lucratif, un agent public n'a pas le droit :

- de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations, sauf en ce qui concerne les organismes sans but lucratif dont la gestion est désintéressée et qui présentent un caractère social ou philanthropique ;
- de donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre l'administration ;
- de prendre, directement ou par personnes interposées, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance au sein d'une entreprise avec laquelle ils peuvent avoir des relations dans le cadre de leurs fonctions.

Ne constitue pas non plus une activité bénévole la conclusion d'un contrat de volontariat associatif avec une association ou une fondation reconnue d'utilité publique, prévue dans la loi n° 2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif. En effet, outre l'incompatibilité du contrat de volontariat associatif avec « toute activité rémunérée à l'exception de la production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques ainsi que des activités accessoires d'enseignement » (article 3 de la loi), la personne qui souscrit à un tel contrat n'a pas la qualité de bénévole (l'article 9 de la loi prévoit le versement d'une indemnité).

5) Le contrat vendanges

Ce contrat, prévu par les articles L. 122-3-18 à L. 122-3-20 du code du travail, a pour objet la réalisation des travaux de vendanges, des préparatifs de la vendange à la réalisation de celle-ci, travaux de rangement inclus. D'une durée maximale d'un mois, il a été expressément ouvert aux agents publics par la loi du 2 février 2007, qui a modifié le code du travail en ce sens (*cf.* article L. 122-3-20).

Dans le tableau ci-dessous figurent quelques exemples-types d'activités accessoires susceptibles ou non d'être autorisées.

1) Activités accessoires susceptibles d'être autorisées

Exemple 1 : un agent à temps plein dispense deux heures de formation par semaine dans un organisme public ou privé.

Exemple 2 : un agent à temps partiel (70 %) consacre une journée par semaine à effectuer des travaux de jardinage chez des particuliers.

Exemple 3 : un agent à temps plein aide à domicile à un parent le lundi et le vendredi à partir de 18 heures 30.

Exemple 4 : un agent à temps partiel (80%) qui exerce une activité de documentaliste dans une direction départementale de l'agriculture est employé le vendredi par l'office du tourisme de sa commune de résidence.

Exemple 5 : un agent à temps plein d'une commune exerce pendant trois mois une mission de coordination au sein d'un établissement public de coopération intercommunale qui vient d'être créé.

2) Activités accessoires non susceptibles d'être autorisées

Exemple 1 : un agent public à temps plein ne peut solliciter un cumul pour exercer une activité accessoire comme vendeur de biens (contrairement à la prestation de services qui est susceptible d'être autorisée sous la forme d'expertises ou de consultations).

Exemple 2 : la création d'entreprise n'est pas une activité accessoire ; le cumul à ce titre n'est possible que dans le cadre des dispositions du chapitre II du décret du 2 mai 2007.

Exemple 3 : une activité d'enseignement qui occuperait un agent public à temps plein pendant l'équivalent de trois journées par semaine n'a pas un caractère accessoire.

Exemple 4 : un agent public ne peut pas tenir le secrétariat ou la comptabilité de l'entreprise de son conjoint s'il n'a pas le statut de conjoint collaborateur.

Exemple 5 : un agent public ne peut donner des expertises ou des consultations auprès d'un organisme qui se trouverait en concurrence avec l'administration sur le même champ d'activités (ex. bureau d'études techniques en aménagement urbain qui se situerait dans le ressort de la direction départementale de l'équipement où travaille l'agent).

Exemple 6 : nonobstant l'existence de règles déontologiques propres, un inspecteur du permis de conduire ne peut dispenser une formation dans une auto-école qui préparerait des candidats devant passer l'examen devant cet inspecteur.

C) Le régime d'autorisation

Décrit aux articles 4 à 8 du décret du 2 mai 2007, le régime d'autorisation s'impose dans tous les cas, que le cumul de l'activité principale s'opère avec une activité accessoire à caractère privé ou à caractère public, hormis les cas où cette activité s'effectue à titre bénévole (*cf.* II-B-3-d).

1) *Obligation d'information*

Il appartient aux administrations de sensibiliser les personnels quant aux possibilités nouvelles de cumul prévues par le décret, et à la nécessité d'être préalablement autorisés pour en bénéficier. La faculté dont dispose l'administration de s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité autorisée antérieurement doit aussi être soulignée, en expliquant ce qui motiverait ce changement.

2) *Demande d'autorisation de cumul*

L'agent qui envisage de cumuler une ou des activité(s) accessoire(s) à son activité principale doit au préalable demander l'autorisation de pratiquer ce cumul à l'autorité hiérarchique appropriée selon les règles de gestion de personnel en vigueur au sein de l'administration dont il relève pour l'exercice de ses fonctions. Les agents concernés doivent accomplir toute diligence pour formuler cette demande dans des délais raisonnables avant le début de l'activité envisagée.

La demande d'autorisation préalable est écrite et l'autorité compétente doit en accuser réception dans la même forme. Cette demande comprend, au minimum, des informations sur :

- la nature de l'employeur ou de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité accessoire ;

L'employeur est une personne physique, personne morale, de droit public ou de droit privé, nationale ou étrangère.

- la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité.

Le demandeur précise la nature et les conditions dans lesquelles il exercera cette activité, le domaine d'activité dans lequel elle intervient et le lien éventuel avec son activité principale (cette dernière mention permettra au responsable hiérarchique d'apprécier la compatibilité du cumul avec les obligations déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires).

Il doit indiquer la durée totale de l'activité et si elle est fractionnée, le nombre de jours, de mois ou d'heures par semaine.

Il est souhaitable que soit précisé le montant de la rémunération totale ou rapportée au nombre d'heures passées dans le cadre de l'activité cumulée.

Au-delà de ce minimum, l'agent fournit toutes les informations complémentaires de nature à vous éclairer avant la délivrance de l'autorisation, de sa propre initiative ou si vous l'estimez nécessaire. Dans ce dernier cas, l'administration dispose d'un délai de quinze jours, à compter de la réception de la demande de l'agent, pour inviter l'intéressé à fournir ces informations complémentaires.

Dans le cas d'un détachement ou d'une mise à disposition, l'autorité hiérarchique est celle de l'administration d'emploi.

L'autorisation peut être partielle et n'accorder qu'une partie du cumul sollicité (limite dans la durée ou limites posées en cas de difficultés sur le plan déontologique).

Pour des raisons évidentes, le régime d'autorisation préalable peut s'avérer très contraignant dans le cadre de l'exécution de travaux d'extrême urgence (cf. article 2-4° du décret du 2 mai 2007). Une demande d'autorisation orale pourra néanmoins être formulée, et l'autorisation pourra être donnée dans les mêmes formes sous réserve d'une régularisation postérieure.

3) Renouvellement de l'autorisation

Une nouvelle demande d'autorisation doit être présentée par l'agent en cas de changement substantiel touchant les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité accessoire : en effet, un tel changement est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité, justifiant une demande d'autorisation distincte de la précédente.

Un changement substantiel vise une modification importante des conditions d'exercice de l'activité cumulée, en tenant compte des critères évoqués en II-B-1 (nature de l'employeur, nature de l'activité, durée, périodicité et conditions de rémunération). La reconduction d'une activité (par renouvellement d'un contrat par ex.) qui présentait un caractère ponctuel lors de la demande peut être considérée comme un changement substantiel. En revanche, n'est pas considéré comme substantiel un changement qui n'affecte pas les conditions d'exercice de l'activité cumulée et qui n'est pas de nature à modifier l'appréciation de l'autorité administrative qui autorise le cumul

(ex. : changement exceptionnel d'horaire dans le cas d'une activité périodique, dès lors que les nouveaux horaires n'empiètent pas sur les heures de travail).

En outre, si le décret du 2 mai 2007 ne prévoit pas d'échéance particulière à l'autorisation prononcée par l'autorité administrative, il lui est cependant loisible de limiter dans le temps la durée de son autorisation, notamment pour les activités présentant un caractère périodique et pouvant être reconduites indéfiniment. Dans ce cas, le supérieur hiérarchique peut autoriser le cumul pour une durée déterminée, correspondant par exemple à la durée du contrat d'engagement d'un agent non titulaire, ou une durée définie d'un commun accord avec l'intéressé, ou une durée fixée en référence avec le calendrier civil (une année calendaire, douze mois glissants à compter de la notification de l'autorisation, etc.).

A toutes fins utiles, un modèle de demande d'autorisation est proposé en annexe à la présente circulaire.

4) Décision de l'administration

Avant de prendre la décision d'autoriser un agent à exercer une activité accessoire, l'administration doit s'assurer que :

- cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ;
- dans l'exercice de cette activité, l'agent n'enfreindra pas les dispositions de l'article 432-12 du code pénal. Cet article punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service 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 ».

La décision de l'autorité hiérarchique doit être notifiée à l'agent dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Ce délai est porté à deux mois dans le cas où l'agent a été invité à fournir des informations complémentaires. En l'absence de décision expresse écrite contraire dans ce délai, l'agent est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire.

L'autorisation ainsi donnée n'est pas définitive, puisque l'administration peut à tout moment s'opposer à la poursuite de l'activité autorisée. Deux cas peuvent se présenter :

- *Premier cas* : l'autorisation de cumul a été accordée alors que les conditions exigées par la réglementation n'étaient pas remplies.

Dans ce cas, l'administration revient à la situation qui prévalait avant que ne soit édictée l'autorisation individuelle considérée en la retirant.

Le retrait est rétroactif et consiste à revenir sur les effets passés d'une décision.

Dans le cas où le non-respect des conditions réglementaires n'était pas intentionnel :

La décision d'autoriser le cumul, créatrice de droits, pouvant être implicite (voir article 6 du décret du 2 mai 2007), il y a lieu d'appliquer, le cas échéant, la règle posée à l'article 23 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les

administrations, selon laquelle une décision implicite d'acceptation ne peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative que dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision.

Dans le cas de l'autorisation explicite, le délai de retrait est de quatre mois (Conseil d'Etat, *Ternon*, 26 octobre 2001).

Dans le cas où le non-respect des conditions réglementaires était intentionnel :

Selon la jurisprudence, les décisions obtenues par fraude ne créent aucun droit et peuvent donc être retirées à tout moment (CE, 17 juin 1955 *Silberstein* : décision autorisant un étranger à postuler un diplôme universitaire en conséquence de la production d'un certificat mensonger ; CE 18 novembre 1966 *Silvani* : délivrance d'un certificat d'aptitude à la suite d'épreuves entachées de fraude).

La logique du retrait implique normalement le reversement des sommes perçues à l'occasion de l'exercice d'une activité qui ne pouvait pas être cumulée avec l'emploi principal.

- *Second cas* : les conditions auxquelles est assortie l'autorisation de cumul, remplies par l'agent à l'origine, cessent de l'être ultérieurement.

L'administration peut dans ce cas *abroger* l'autorisation de cumul dans le délai de recours contentieux, c'est-à-dire la remettre en cause *pour l'avenir* sans porter atteinte aux effets déjà produits par celle-ci, suite à un changement intervenu dans les circonstances de fait tel que les conditions ayant permis son intervention ne se trouvent plus remplies.

Il peut s'agir d'événements très variés concernant aussi bien l'activité principale que l'activité accessoire exercée par l'intéressé. Pour apprécier la compatibilité de la poursuite d'un cumul autorisé avec l'activité principale, l'administration pourra tenir compte, par exemple, du niveau du poste occupé par l'agent, de son degré d'implication dans son activité principale depuis qu'a été accordée l'autorisation de cumul, de la situation au regard des effectifs dans la structure où il l'exerce. Des questions de même nature pourraient se poser en cas de changement d'affectation du fonctionnaire ou de l'agent public intéressé. En outre, les conditions d'exercice de l'activité accessoire peuvent aussi avoir évolué depuis l'octroi de l'autorisation de cumul, dans des conditions amenant l'autorité compétente à estimer que son exercice risque de préjudicier à l'activité principale.

D'une manière générale, les décisions prises en matière de cumul entrent dans le champ d'application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée relative à la motivation des actes administratifs.

En vertu de l'article 1^{er} de cette loi, devront être motivées les décisions refusant une autorisation de cumul, les décisions subordonnant une telle autorisation à des conditions restrictives ou imposant des sujétions, ainsi que celles qui retireraient ou abrogeraient une autorisation de cumul. De telles décisions devront donc indiquer expressément à l'intéressé les considérations de droit (dispositions législatives et réglementaires applicables) et de fait (intérêt du service apprécié au regard de l'emploi occupé par l'agent, de l'activité accessoire qu'il souhaite cumuler avec ce dernier...) sur le fondement desquelles elle est prise.

D) Dispositions propres aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales

L'article 2 du décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales interdit à ces derniers d'être affectés à un emploi permanent d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public en relevant. Cette interdiction est rappelée à l'article 21 du décret du 2 mai 2007. Ces collaborateurs de cabinet peuvent toutefois être autorisés à cumuler leurs fonctions avec celles de collaborateur d'un député à l'assemblée nationale, d'un sénateur ou d'un représentant au Parlement européen.

III) LE CUMUL POUR LA CREATION, LA REPRISE OU LA POURSUITE D'ACTIVITE AU SEIN D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE ASSOCIATION

La loi du 2 février 2007 et le décret du 2 mai 2007 ont introduit deux nouvelles possibilités de cumul.

Un agent public peut créer ou reprendre une entreprise après déclaration à l'autorité dont il relève tout en poursuivant ses fonctions administratives. Cette déclaration est soumise à l'examen de la commission de déontologie, l'autorité administrative se prononçant au vu de l'avis rendu par la commission. Cette possibilité de cumul est ouverte pour une période d'une année renouvelable une fois. Pour exercer le cumul, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée de plein droit, même si l'agent peut choisir de rester à temps plein.

De même, un agent qui entre dans la fonction publique, par concours ou après un recrutement sur contrat, peut continuer à exercer son activité privée au sein d'une entreprise ou d'une association, pour la même durée d'un an renouvelable une fois, après déclaration à l'autorité dont il relève et avis de la commission de déontologie. La même possibilité d'exercer à temps partiel est ouverte.

Lorsqu'un agent souhaite, une fois écoulée la période consacrée à la création, à la reprise ou à la poursuite d'activité dans une entreprise, continuer à exercer la même activité, il peut choisir de se placer en disponibilité au titre de la création d'entreprise. La jurisprudence récente de la commission de déontologie indique qu'il n'est pas nécessaire de la saisir une nouvelle fois en l'absence de changement d'activité.

Les modalités d'application d'un tel cumul sont précisées par la circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie et du chapitre II du décret n° 2007-648 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat.

IV) LE REGIME DU CUMUL D'ACTIVITES APPLICABLE A CERTAINS AGENTS A TEMPS NON COMPLET OU EXERCANT DES FONCTIONS A TEMPS INCOMPLET

A) Le public visé

Il s'agit d'agents occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à la moitié de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics employés à temps complet.

Ces agents peuvent être :

a) des fonctionnaires ;

b) des agents non titulaires ;

c) des agents dont le contrat est soumis aux dispositions du code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Il s'agit d'agents contractuels qui exercent leurs fonctions soit dans la fonction publique de l'Etat, soit dans la fonction publique territoriale, auxquels la loi du 12 avril 2000 a reconnu le droit de bénéficier d'un contrat à durée indéterminée, en exerçant éventuellement leurs fonctions à temps incomplet (dans la fonction publique de l'Etat), et d'opter s'ils le souhaitent pour la soumission au droit privé (agents relevant de la jurisprudence dite « Berkani »).

Dans la fonction publique territoriale, les emplois permanents à temps non complet sont régis par le décret n° 91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet.

Dans la fonction publique hospitalière, seuls les agents non titulaires peuvent occuper des emplois permanents à temps non complet, et ce pour une durée inférieure au mi-temps (*cf.* article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

Les agents exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet sont des agents non titulaires de l'Etat, dont la durée de travail est inférieure à 70 % de la durée d'un emploi à temps plein.

Compte tenu des conditions d'emploi particulières de ces agents, les possibilités de cumul d'activité qui leur sont accordées sont plus larges que pour les agents à temps complet ou à temps partiel.

B) Le champ d'application

1) Le cumul avec une activité privée lucrative

Les articles 15 et 16 du décret prévoient que ces agents peuvent, en sus de leur activité publique, exercer une activité privée lucrative après en avoir informé l'autorité dont ils relèvent. Il ne s'agit donc pas d'un régime d'autorisation préalable, comme dans le cadre du cumul d'activités accessoires.

L'administration doit néanmoins vérifier que l'activité privée est compatible avec les obligations de service de l'intéressé et qu'elle ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à

l'indépendance ou à la neutralité du service. Si ces deux conditions ne sont pas respectées, l'administration peut s'opposer à l'exercice ou à la poursuite ou à l'exercice de l'activité privée.

Par ailleurs, dans le cadre de ce cumul, l'agent est soumis aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal relatif à la prise illégale d'intérêt dans l'exercice des fonctions.

2) Le cumul avec une ou plusieurs activité(s) publique(s)

L'article 17 du décret autorise le cumul d'activités publiques auprès des administrations et services mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983, c'est-à-dire les administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements, ainsi que les établissements publics hospitaliers, sociaux ou médico-sociaux.

La durée totale de travail résultant de ce cumul est toutefois plafonnée, puisqu'elle ne doit pas dépasser 100 % d'un emploi à temps complet pour la fonction publique de l'Etat et la fonction publique hospitalière. Cependant, pour les fonctionnaires territoriaux, ce plafond est relevé à 115 %, conformément à l'article 8 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991. En outre, l'agent doit tenir informée, par écrit, chaque autorité auprès de laquelle il exerce des fonctions de ce cumul.

V) LES CONSEQUENCES DU CUMUL EN TERMES DE GESTION DE PERSONNEL

A) Le traitement des autorisations de cumul déjà accordées

Les autorités compétentes disposent d'un délai de deux ans à compter de la publication du décret du 2 mai 2007 pour confirmer expressément les autorisations de cumul accordées sur la base des dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936. Si une telle confirmation n'est pas intervenue dans ce délai, les autorisations de cumul correspondantes sont abrogées.

Les agents bénéficiant d'une autorisation dans le cadre du régime antérieur pourront être invités à renouveler leur demande auprès de leur autorité hiérarchique.

B) Les informations versées au dossier de l'agent

Il s'agit :

- des demandes d'autorisation de cumul (chapitre Ier du décret du 2 mai 2007),
- des déclarations de cumuls d'activités (chapitre II),
- des décisions administratives prises sur leur fondement (chapitre I et II).

C) Les sanctions en cas de non-respect de la réglementation sur les cumuls

Elles sont de deux ordres :

- le reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement ;
- une des sanctions disciplinaires prévues par l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, l'article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et l'article 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier

1986, dont le niveau de sévérité est apprécié par l'autorité disciplinaire en fonction du degré de gravité du manquement à l'obligation de non-cumul constaté.

Ces sanctions administratives sont prononcées sans préjudice des peines qui peuvent être prononcées en cas de mise en cause de la responsabilité pénale d'un agent public, notamment sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

Les sommes indûment perçues devant être reversées sont exclusivement celles correspondant aux rémunérations de l'activité accessoire qu'il était interdit de cumuler avec l'activité principale (cf. CAA Paris, 4 mars 2004, *Lellouche*, req. N° 03PA00861).

D) La suppression du compte de cumul

Ce compte était institué par le décret n° 58-430 du 11 avril 1958 fixant les conditions d'application de l'article 12 du décret-loi du 29 octobre 1936, qui prévoyait l'existence d'un relevé de l'ensemble des rémunérations publiques perçues par un agent. Irrégulièrement appliqué selon les administrations et source de confusion, le compte de cumul disparaît avec l'abrogation du décret du 11 avril 1958, mais demeure applicable aux comptes arrêtés au 31 décembre 2006.

La suppression du compte de cumul n'implique pas que les modalités et l'ampleur des rémunérations n'entrent pas en compte dans l'appréciation de la compatibilité du cumul entre l'activité principale et une ou plusieurs activité(s) accessoire(s). Elle s'inscrit dans un cadre où la rémunération n'est que l'une des composantes objectives permettant de juger de la recevabilité d'une demande de cumul au regard de l'intérêt du service et des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics.

Pour le Ministre
et par délégation
Le Directeur général de l'Administration
et de la Fonction Publique



Paul PENK

Circulaire cumul – Sommaire

<u>La réglementation antérieure</u>	p. 1
<u>L'esprit de la réforme</u>	p. 2
Assouplir le régime de cumul pour tenir compte des évolutions économiques et sociales	
Clarifier le droit applicable	
Promouvoir un principe de confiance et de responsabilisation	
<u>Ce que change la réglementation</u>	p. 3
L'ouverture de nouveaux cas de cumul	
Une définition large du champ des agents auxquels s'applique le régime de cumul	
La simplification du droit existant pour certains cas de cumul	
La reprise du droit existant en matière de cumul d'activités des agents employés à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure au mi-temps et l'extension de ce régime de cumul aux agents à mi-temps	
I – LE DISPOSITIF GENERAL : L'ENCADREMENT DES POSSIBILITES DE CUMUL	p. 4
A) <u>L'interdiction de principe</u>	p. 4
B) <u>Les exceptions au principe</u>	p. 5
1) Les libertés essentielles rappelées par la loi	p. 5
2) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de la réglementation transversale issue du décret du 2 mai 2007	p. 6
3) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de dispositions particulières	p. 6
a) Dispositions législatives	p. 6
b) Dispositions réglementaires particulières	p. 6

II – LE CUMUL D’ACTIVITES A TITRE ACCESSOIRE DES AGENTS A TEMPS COMPLET OU A TEMPS PARTIEL.....p. 7

A) Le public visé.....p. 7

B) Le champ d’application.....p. 8

1) Le caractère accessoire.....p. 8

2) Les activités susceptibles d’être autorisées au titre du cumul accessoire.....p. 9

a) Les expertises ou consultations.....p. 9

b) Les enseignements ou formations.....p. 9

c) Activité agricole.....p. 10

d) Travaux d’extrême urgence.....p. 10

e) Travaux ménagers de peu d’importance réalisés chez des particuliers.....p. 11

f) Aide à domicile.....p. 11

g) Activité de conjoint collaborateur.....p. 11

3) Le cumul d’une activité publique principale et d’une activité d’intérêt général accessoire

a) Le cumul avec une activité d’intérêt général.....p. 11

b) Le cumul avec une mission d’intérêt public de coopération internationale.....p. 12

4) La liberté d’exercice d’une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif.....p. 12

5) Le contrat vendanges.....p. 13

Tableau : exemples-types d’activités accessoires susceptibles ou non d’être autorisées.....p. 13

C) Le régime d’autorisation.....p. 14

1) Obligation d’information.....p. 14

2) Demande d’autorisation de cumul.....p. 14

3) Renouvellement de l’autorisation.....p. 15

4) Décision de l’administration.....p. 16

D) Dispositions propres aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.....p. 18

III – LE CUMUL POUR LA CREATION, LA REPRISE OU LA POURSUITE D'ACTIVITE AU SEIN D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE ASSOCIATION.....p. 18

IV – LE REGIME DE CUMUL D'ACTIVITES APPLICABLE A CERTAINS AGENTS A TEMPS NON COMPLET OU EXERCANT DES FONCTIONS A TEMPS INCOMPLET.....p. 19

A) Le public visé.....p. 19

B) Le champ d'application.....p. 19

1) Le cumul avec une activité privée lucrative.....p. 19

2) Le cumul avec une ou plusieurs activité(s) publiques(s).....p. 20

V – LES CONSEQUENCES DU CUMUL EN TERMES DE GESTION DE PERSONNEL.....p. 20

A) Le traitement des autorisations de cumul déjà accordées.....p. 20

B) Les informations versées au dossier de l'agent.....p. 20

C) Les sanctions en cas de non-respect de la réglementation sur les cumuls.....p. 20

D) La suppression du compte de cumul.....p. 21

Commission de déontologie
de la fonction publique
Accès des agents publics
au secteur privé
Rapport d'activité - 2013
Rapport au Premier ministre

Ce rapport est le septième présenté par la Commission de déontologie issue de la réforme introduite par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 et compétente pour les trois fonctions publiques.

La commission est saisie, dans certains cas à titre obligatoire, dans d'autres cas à titre facultatif, pour donner un avis sur le départ des agents publics vers le secteur privé. Elle se prononce en outre sur les déclarations des agents publics qui souhaitent cumuler leurs fonctions avec la création ou la reprise d'une entreprise privée, ou bien sur celles des dirigeants d'entreprise privée recrutés dans la fonction publique et souhaitant poursuivre leur activité. Elle donne enfin un avis sur les autorisations demandées par des chercheurs pour participer à la création ou aux activités d'entreprises valorisant les résultats de leurs travaux.

Le rapport comporte deux parties. La première traite du cas des agents des trois fonctions publiques cessant leurs fonctions ou bien demandant à exercer un cumul. La seconde concerne les avis sur la participation des chercheurs à la création d'entreprise ou aux activités des entreprises existantes. Chacune de ces parties comprend un bilan statistique et une analyse de jurisprudence.

En conclusion, la Commission formule des remarques afin de contribuer aux débats auxquels va donner lieu le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

RAPPORT ANNUEL

Le Rapport annuel sur l'état de la fonction publique présente, dans la partie « Politiques et pratiques de ressources humaines », les grands axes de gestion des ressources humaines et, dans la partie statistique « Faits et chiffres », un bilan social de la fonction publique, dont sont issues les brochures « Chiffres-clés » et « Tableau de synthèse ».

OUTILS DE LA GRH

Destinée en priorité aux gestionnaires des ressources humaines, cette collection regroupe de nombreux outils d'aide au pilotage utilisés au quotidien par les services RH. Le Répertoire interministériel des métiers de l'État (Rime), le Dictionnaire des compétences, des guides ponctuels, le kit « Démarches, outils et acteurs de la mobilité » à titre d'exemples, en font ainsi partie.

POLITIQUES D'EMPLOI PUBLIC

Les publications regroupées au sein de cette collection traitent tous les thèmes rattachés à la gestion prévisionnelle des ressources humaines, de la gestion des connaissances à celles des compétences. Elle propose également les protocoles d'accord issus des négociations avec les organisations syndicales représentatives de la fonction publique.

LES ESSENTIELS

Cette collection - destinée à un large public - rassemble sous forme de fiches ou de livrets pédagogiques, les informations concernant le recrutement, les concours, les carrières, la formation et, au sens large, tous les aspects du parcours professionnel des agents de la fonction publique

STATISTIQUES ET RECHERCHE SUR LA FP

Cette collection est déclinée en quatre sous-collections, destinées aux décideurs, gestionnaires, statisticiens et chercheurs : « Stats rapides » présente des indicateurs et premiers résultats ; « Point Stat » livre une analyse synthétique des résultats d'enquêtes et d'études statistiques en quelques pages ; « Documents et méthodes » propose des points d'étape sur des travaux de recherche et de méthodologie ; « Études, recherche et débats » présente des analyses approfondies, aussi bien quantitatives que qualitatives.

REPÈRES DGAFP

Cette collection regroupe tous les documents, à usage interne ou externe, qui présentent et visent à faire connaître la DGAFP et ses missions.