



MINISTÈRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS
ET DE LA FONCTION PUBLIQUE

Commission de déontologie de la fonction publique

Accès des agents publics au secteur privé

Rapport d'activité - 2008

Rapport au Premier ministre

DGAFP

COLLECTION
Ressources humaines

JMAINES

RESSOURCES HUMAINES

RESSOU

ES ET PERSPECTIVES ETUDES ET PERSPECTIVES
CTIVES ETUDES ET PERSPECTIVES ETUDES ET
S ET PERSPECTIVES ETUDES ET PERSPECTIVE
VES ETUDES ET PERSPECTIVES ETUDES ET PE

SOMMAIRE

| | |
|---|-------|
| <u>INTRODUCTION</u> | p. 1 |
| PREMIERE PARTIE - Application des décrets n° 2007-611 du 26 avril 2007 et n° 2007-658 du 2 mai 2007 | p. 4 |
| 1. <u>LE BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION</u> | p. 5 |
| 1.1 SAISINES | p. 5 |
| 1.2 CAS DE SAISINES | p. 7 |
| 1.3 ORIGINE DES SAISINES | p. 9 |
| 1.3.1 Origine des saisines par administration gestionnaire | p. 9 |
| 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 |
| 1.3.4 Origine des saisines par sexe | p. 13 |
| 1.4 SENS DES AVIS | p. 13 |
| 1.4.1 Analyse d'ensemble | p. 13 |
| 1.4.2 Analyse des avis par catégorie | p. 15 |
| 1.5 SUITES DONNÉES AUX AVIS | p. 16 |
| 2. <u>LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION</u> | p. 17 |
| 2.1 LA PROCEDURE SUIVIE DEVANT LA COMMISSION DE DEONTOLOGIE DE LA FONCTION PUBLIQUE EN CAS DE CESSATION D'ACTIVITE OU DE CUMUL D'ACTIVITES | p. 17 |
| 2.1.1 Audition des agents | p. 17 |
| 2.1.2 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier | p. 17 |
| 2.1.3 Irrecevabilité | p. 17 |

2.2 LE CONTROLE DES ACTIVITES PRIVEES DES FONCTIONNAIRES OU AGENTS PUBLICS CESSANT LEURS FONCTIONS.....p. 18

2.2.1 Compétence de la commission en matière de cessation d'activité temporaire ou définitive.....p. 18

A) Quels sont les agents concernés ?.....p. 18

B) La notion de fonctions administratives.....p. 19

C) Les positions dans lesquelles le fonctionnaire ayant un projet de cessation d'activités doit se trouver pour que l'avis de la commission soit requis.....p. 20

D) Quelle est la nature des activités privées envisagées dans le cadre d'une cessation temporaire ou définitive d'activités, pour lesquelles la commission doit exercer son contrôle ?.....p. 20

1) 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.

.....p. 20
- *La notion d'entreprise privée*.....p. 20

- *Activités dans des organismes représentant des intérêts professionnels ou publics* p. 20

- *Activités dans des associations dont l'objet est lié à l'emploi, à l'insertion ou à l'action sociale*.....p. 21

- *Activités dans des entreprises ou des organismes publics*.....p. 21

2) Un contrôle approfondi sur le fondement du B du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007.....p. 22

- *Activité libérale*.....p. 23

E) Les périodes à prendre en considération par la commission dans le cas de l'agent qui cesse ses fonctions de manière temporaire ou définitive pour bénéficier des dispositions de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée et du décret du 26 avril 2007

.....p. 23

1) Période de l'activité administrative antérieure de l'agent public soumise au contrôle de la commission.....p. 23

2) Période de l'activité privée de l'agent public pouvant être soumise à interdiction ou à une réserve.....p. 23

3) Période de l'activité privée de l'agent public soumise à une obligation d'information...p. 23

2.2.2 La nature du contrôle et les principaux critères de ce contrôle en cas de cessation temporaire ou définitive d'activité.....p. 23

A) Les critères du contrôle de la commission au titre de la cessation temporaire ou définitive d'activité.....p. 24

1) Le respect de l'article 432-13 du code pénal.....p. 24

| | |
|--|-------|
| - La notion de fonctions effectivement exercées..... | p. 24 |
| - La notion de contrôle ou de surveillance..... | p. 24 |
| - La notion de conclusion de contrats ou de formulation d'un avis sur des contrats avec une entreprise privée..... | p. 25 |
| - La notion de proposition directe à l'autorité compétente..... | p. 26 |
| 2) Le respect des critères déontologiques..... | p. 27 |
| - La notion de dignité des fonctions administratives..... | p. 27 |
| - La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du service..... | p. 27 |
| B) <u>Jurisprudence par administration et catégorie d'agents</u> | p. 29 |
| - Les membres des cabinets ministériels..... | p. 30 |
| - Les autorités administratives indépendantes et les agences sanitaires..... | p. 31 |
| L'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS)..... | p. 31 |
| L'autorité des marchés financiers (AMF)..... | p. 31 |
| L'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)..... | p. 31 |
| Le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) | p. 31 |
| INTERIEUR..... | p. 32 |
| Le corps préfectoral..... | p. 32 |
| Les officiers et commissaires de police..... | p. 32 |
| Les gardiens de la paix et les gradés..... | p. 33 |
| MINISTERES ECONOMIQUES ET FINANCIERS | p. 33 |
| Direction générale des finances publiques..... | p. 33 |
| Direction de la législation fiscale..... | p. 33 |
| Directions régionales de la recherche, de l'industrie et de l'environnement (DRIRE)..... | p. 34 |
| DEFENSE ET ARMEMENT..... | p. 33 |
| La délégation générale pour l'armement (DGA)..... | p. 34 |
| AFFAIRES ETRANGERES..... | p. 35 |
| ECOLOGIE ET DEVELOPPEMENT DURABLE..... | p. 35 |
| AFFAIRES SOCIALES..... | p. 36 |

| | |
|--|-------|
| Travail et emploi..... | p. 36 |
| Santé..... | p. 36 |
| EDUCATION NATIONALE ET ENSEIGNEMENT SUPERIEUR..... | p. 36 |

2.3 LE CONTROLE DES ACTIVITES PRIVEES EXERCEES PAR UN FONCTIONNAIRE OU UN AGENT PUBLIC DANS LE CADRE D'UN CUMUL D'ACTIVITES.....p. 36

2.3.1 Compétence de la commission en matière de cumul d'activités.....p. 36

A) Quels sont les agents et les cas visés ?.....p. 36

B) Quelle est la nature des activités privées envisagées dans le cadre d'un cumul d'activités, pour lesquelles la commission est compétente ?.....p. 38

1) La commission est compétente pour examiner le cumul d'activités avec une profession libérale.....p. 38

2) En revanche, la commission n'est pas compétente dans le cas où les agents publics, « membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement (...) peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions » (III de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).....p. 39

3) La commission n'est pas compétente pour examiner les actes de gestion du patrimoine personnel ou familial (III de l'article 25 de la loi du 13 juillet).....p. 40

4) La commission n'est pas compétente pour examiner le cumul d'activités avec une activité accessoire au sens de l'article 2 (chapitre Ier) du décret du 2 mai 2007.....p. 41

a) *Expertises ou consultations*..... .p. 41

b) *Enseignements ou formations*..... p. 42

c) *Activité agricole*..... p. 42

d) *Conjoint collaborateur*..... p. 42

e) *Travaux réalisés chez des particuliers*..... .p. 42

5) La commission n'est pas compétente pour examiner le cumul avec une activité qui, bien que revêtant manifestement un caractère d'activité d'appoint, ne fait pas partie des activités mentionnées à l'article 2 du décret du 2 mai 2007.....p. 43

D) Les périodes à prendre en considération dans le cas du cumul d'activités.....p. 45

| | |
|--|--------------|
| 2.3.2 La nature du contrôle de la commission et les principaux critères de ce contrôle en cas de cumul d'activités..... | p. 45 |
| A) <u>Le respect de l'article 432-12 du code pénal.....</u> | p. 45 |
| B) <u>La notion de dignité des fonctions administratives.....</u> | p. 46 |
| C) <u>La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du service.....</u> | p. 47 |

DEUXIEME PARTIE - Application des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche.....p. 51

PRESENTATION..... p. 52

1 BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION..... p. 56

1.1 FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION..... p. 56

1.2 SAISINES ET AVIS..... p. 57

1.3 CAS DE SAISINES..... p. 57

1.4 ORIGINE DES SAISINES..... p. 58

1.4.1 Répartition des saisines par administration gestionnaire..... p. 58

1.4.2 Répartition des saisines par catégorie d'agents et par « corps »..... p. 59

1.5 SENS DES AVIS..... p. 60

1.6. SUITES DONNÉES AUX AVIS..... p. 61

2 LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION..... p. 62

2.1 CONTRAT DE VALORISATION (ARTICLE L. 413-1 ET SUIVANTS, ARTICLE L. 413-8 ET SUIVANTS)..... p. 62

*a) **Forme et contenu du contrat de valorisation.....*** p. 62

*d) **Sauvegarde des intérêts du service public de la recherche.....*** p. 62

*e) **Valorisation des travaux de recherche réalisés par l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions.....*** p. 62

2.2 PARTICIPATION AU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE SOCIETE (ARTICLES L. 413-12 ET SUIVANTS)..... p. 63

* *
*

INTRODUCTION

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique a modifié 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.

Sur le plan institutionnel, la loi 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. La composition du tronc commun et des formations spécialisées de cette commission figure désormais également dans la loi.

Sur le plan matériel, cette loi clarifie les règles de déontologie en introduisant une nouvelle rédaction de l'article 432-13 du code pénal qui redéfinit l'incrimination pénale de prise illégale d'intérêt : il est désormais interdit à un agent public de rejoindre une entreprise sur laquelle il a effectivement exercé, dans le cadre de ses fonctions, une surveillance ou un contrôle ou avec laquelle il a conclu des contrats ou formulé un avis sur de tels contrats, ou encore pour laquelle il a pu proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou formuler un avis sur de telles décisions, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions administratives.

La saisine de la commission n'est donc désormais obligatoire que dans le cas de personnes effectivement chargées, 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.

Lorsqu'un agent n'a pas exercé de telles activités, ou n'a pas pris part à de telles décisions concernant l'entreprise qu'il souhaite rejoindre ou le secteur dans lequel elle évolue au cours des trois années précédant le début de l'activité privée envisagée, la saisine de la commission est facultative. Elle est cependant recommandée en cas de doute sur le caractère obligatoire de la saisine ou sur le point de savoir si la demande de l'agent est conforme aux exigences déontologiques résultant du respect du fonctionnement normal du service, de son indépendance ou de sa neutralité. Dans les cas les plus simples, le contrôle de déontologie incombe désormais aux administrations elles-mêmes, qui ont, d'ailleurs, au moins pour certaines d'entre elles, instauré une structure chargée de la déontologie.

Il n'en reste pas moins que l'expérience récente a montré que le législateur de 2007 avait laissé subsister une lacune dans le contrôle de déontologie correspondant à l'hypothèse où l'agent et son administration s'accordent pour ne pas saisir la commission alors qu'elle aurait dû obligatoirement l'être. La proposition de loi du Président Warsmann comme celle de M. Derosier qui, répondant au souhait exprimé publiquement par la commission, donnent à celle-ci le pouvoir de se saisir elle-même d'un cas d'espèce lorsque les conditions en sont réunies, devraient permettre de combler cette lacune.

Le champ et les modalités d'application de l'article 87 de la loi 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.

La loi du 2 février 2007, en modifiant l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ouvre par ailleurs aux agents publics la possibilité :

- de cumuler, pendant une année renouvelable une fois, les fonctions qu'ils exercent dans l'administration avec la création ou la reprise d'une entreprise privée,

- de poursuivre leur activité dans une telle entreprise après leur entrée dans la fonction publique.

Pour pratiquer ce cumul, les agents publics peuvent soit demeurer à temps plein, soit se placer à temps partiel de droit. La déclaration de création, de reprise ou de poursuite d'activité dans une entreprise au titre du cumul est obligatoirement soumise à l'avis de la commission de déontologie.

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, sans qu'il soit besoin de saisir la commission de déontologie. Ces activités peuvent être exercées de façon pérenne, tandis que le cumul d'activités n'est autorisé, dans les autres cas, que pour un an, renouvelable une fois. La Commission a eu une interprétation large de certaines activités accessoires, comme les petits travaux chez les particuliers, afin de ne pas limiter le développement de petites entreprises qui n'auront pu trouver leur rythme de croisière dans le délai, trop bref, de deux ans.

La loi du 2 février 2007 confirme enfin la compétence de la commission de déontologie 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.

La nouvelle commission a été installée le 21 juin 2007. Elle présente ici son deuxième rapport, qui sera remis au Premier ministre comme le prévoit l'article 11 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007.

* *
*

| |
|------------------------|
| Première partie |
|------------------------|

**APPLICATION DES DECRETS 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

Globalement, la commission a été saisie de 2034 dossiers, dont 38 % correspondent à des demandes relatives à un cumul d'activités.

Il convient de prime abord de mettre en garde contre les comparaisons par rapport aux années précédentes, dès lors que les données statistiques sont affectées par plusieurs éléments. D'abord, l'évolution de la législation et l'entrée en vigueur du décret du 26 avril 2007 ont modifié les conditions de saisine de la commission, qui n'est plus obligatoirement saisie de la compatibilité d'une activité privée après la cessation des fonctions publiques jusque là exercées, d'où une diminution importante au titre de saisines de cette catégorie. Mais, en même temps, la commission est devenue compétente pour examiner les demandes relatives aux cumuls d'activité, avec l'entrée en vigueur du décret du 2 mai 2007.

Tableaux n°1 : nombre d'avis émis au titre de l'application des décrets du 17 février 1995, du 26 avril 2007 et du 2 mai 2007 – Evolution

Fonction publique de l'Etat

| | 2004 (1) | 2005 (1) | 2006 (1) | 2007 (2) | 2008 |
|----------------------|--------------|---------------|---------------|---------------|-------------|
| Nombre d'avis | 847 | 980 | 1189 | 1014 | 874 |
| Variation | +2,7% | +15,7% | +21,4% | -14,7% | -16% |

Fonction publique hospitalière

| | 2006 | 2007 | 2008 |
|----------------------------|------|-----------|-----------|
| Nombre d'avis total | 3100 | 1847 | 326 |
| Variation en % | | - 40,38 % | - 82,35 % |

Fonction publique territoriale

| | 2004 (1) | 2005 (1) | 2006 (1) | 2007 (2) | 2008 |
|----------------------|-------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Nombre d'avis | 536 | 638 | 825 | 957 | 834 |
| Variation | +12% | +11,9% | +12,9% | +11,6% | -8,71% |

(1) Application du décret n° 95-168 du 17 février 1995

(2) 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

| 2008 | Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007 | | Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007 | Total |
|--------------|---|--------------------|--|-----------------------|
| Avis motivés | 284 | | 105 | 389 (45,5%) |
| Autres Avis | Avis tacites 94 | Ordonnances 161 | Cumuls en forme simplifiée 230 | 485 (55,5%) |
| Total | 539 (62%) | | 335 (38%) | 874 (100%) |

Fonction publique hospitalière

| 2008 | Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007 | Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007 | Total |
|--------------|---|--|-----------------------|
| Avis motivés | 30 | | |
| Avis tacites | 172 | | |
| Total | 202 | 124(38%) | 326 (100%) |

Fonction publique territoriale

| | Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007 | | Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007 | Total |
|--------------------------|---|--------------------|--|-----------------------|
| Avis motivés | 101 | | 166 | 267 (32,01%) |
| Avis en forme simplifiée | Avis tacites 260 | Ordonnances 172 | Cumuls en forme simplifiée 135 | 567 (67,99%) |
| Total | 533 (63,91%) | | 301 (36,09%) | 834 (100%) |

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 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'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.

1) Dans la fonction publique de l'Etat, la compatibilité manifeste du projet soumis à l'examen de la commission avec les règles de déontologie a permis de rendre 255 avis tacites ou par ordonnance pour les départs de la fonction publique et 230 avis simplifiés en matière de cumul. Les avis en forme simplifiée représentent plus des 2/3 des avis rendus en matière de cumul, mais moins de la moitié pour les cessations d'activité.

2) Sur l'ensemble de l'année 2008, 326 avis ont été rendus pour la fonction publique hospitalière : 202 dossiers ont été présentés au titre des dispositions du décret du 26 avril 2007, et 124 au titre des dispositions relatives au cumul d'activités prévues par le décret du 2 mai 2007. Les avis tacites ont représenté plus de 85 % des avis rendus au titre du décret du 26 avril 2007, proportion habituelle dans cette fonction publique, compte tenu de l'absence de problèmes d'ordre déontologique pour un très grand nombre de dossiers. Ces dossiers concernent, d'une part, des personnels soignants qui souhaitent exercer leur activité, soit au sein d'établissements de soins privés, soit en secteur libéral, et, d'autre part, des personnels administratifs ou techniques qui souhaitent exercer des activités commerciales ou créer des entreprises sans rapport avec leurs fonctions.

Les avis relatifs à un départ temporaire ou définitif dans le secteur privé répondent à des demandes présentées essentiellement par des établissements de moyenne et de petite importance (centres hospitaliers spécialisés, hôpitaux locaux, établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes - EHPAD - ou maisons de retraite) qui ont continué à saisir la commission, pour des agents placés en disponibilité ou partant à la retraite.

Les demandes de cumul d'activités ont connu une progression similaire à celle constatée dans la fonction publique d'Etat. Ces demandes concernent principalement des personnels soignants qui souhaitent créer un cabinet libéral dans leur spécialité, tout en continuant à exercer leurs fonctions au sein de la fonction publique hospitalière, le plus fréquemment à raison de 80 % ou 50 % de leur temps de travail.

3) Dans la fonction publique territoriale, l'année 2008 a enregistré une nouvelle progression des demandes de cumuls pour création de micro entreprises, lesquelles reflètent, dès la fin de cet exercice, la montée en puissance du régime de l'auto-entreprise.

1.2 CAS DE SAISINES

Tableaux n° 3 : répartition des avis par positions (en %) - Evolution

Fonction publique de l'Etat

La possibilité de cumul pour création, reprise, ou poursuite d'activité dans une entreprise ou une association n'existant que depuis 2007, la rubrique n'est pas renseignée pour les années antérieures. Pour ne pas introduire de rupture dans la lecture des statistiques,

celles-ci ont été calculées sans le cumul pour les années 2007 et 2008. Le pourcentage des cas de cumul, sur la totalité des cas soumis à la commission de déontologie sur 2007-2008, est toutefois rappelé dans la dernière colonne.

| | Positions d'activité (1) | Démission | Retraite | Fin ou suspension contrats (2) | Total | Cumul |
|-------------|------------------------------------|------------------|-----------------|---------------------------------------|--------------|--------------|
| 2004 | 73,7 % | 5,7 % | 13,7 % | 6,9 % | 100% | |
| 2005 | 71,3 % | 8,8 % | 10,4 % | 9,5 % | 100% | |
| 2006 | 71,8 % | 7,7 % | 10,3 % | 10,2 % | 100% | |
| 2007 | 71,3% | 2,3 % | 10,3 % | 16,1 % | 100% | 13% |
| 2008 | 64,7 % | 1,7 % | 11,6 % | 22 % | 100% | 33,4% |

(1) Pour les années 2004 à 2006, il s'agit de la disponibilité et du détachement-mobilité (décret n° 2004-708 du 16 juillet 2004). Pour l'année 2007, où seuls sont pris en compte les avis rendus après la réforme, il s'agit, outre la disponibilité, du détachement, de la position hors cadres, de la mise à disposition ou de l'exclusion temporaire de fonctions.

(2) Pour les contractuels, ont été regroupées les situations suivantes : démission, retraite, congé sans rémunération, fin de contrat, licenciement. Les cas de cumul par des contractuels ont été regroupés avec les cas de cumul par des fonctionnaires.

Fonction publique territoriale

| | Positions d'activité | Démission | Retraite | Fin ou suspension de contrats | Total | Cumul |
|-------------|-----------------------------|------------------|-----------------|--------------------------------------|--------------|---------------|
| 2004 | 92,16% | 4,10% | 3,17% | 0,56% | 100% | |
| 2005 | 92,10% | 3,04% | 4,56% | 0,30% | 100% | |
| 2006 | 94,55% | 4,24% | 1,09% | 0,12% | 100% | |
| 2007 | 83% | 10% | 7% | - | 100% | 34,30% |
| 2008 | 97,4% | 0,2% | 0,9% | 1,5% | 100% | 36,10% |

Fonction publique hospitalière

| Année | Disponibilité | Démission | Retraite | Contractuels | Total | Cumuls |
|--------------|----------------------|------------------|-----------------|---------------------|--------------|---------------|
| 2006 | 95,9% | 1% | 2,9% | 0,20% | 100% | |
| 2007 | 94,1% | 1,1% | 4,1% | 0,7% | 100% | 1,51% |
| 2008 | 72,2% | 3% | 13,8% | 11% | 100% | 38% |

Pour les départs dans le secteur privé, la saisine de la commission peut intervenir à l'initiative de l'agent ou de l'administration, tandis que, dans le cas de demandes de cumul, la saisine ne peut être que le fait de l'administration.

1) Dans le premier cas, 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.

Ces dispositions assurent 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, faute de pouvoir se saisir elle-même en l'état actuel du droit, ne peut assurer son rôle de contrôle déontologique. La proposition de loi du Président Warsmann et celle de M. Derosier, répondant au souhait exprimé publiquement par la commission, et donnant à la commission le pouvoir de se saisir elle-même d'un cas d'espèce lorsque les conditions en sont réunies, devraient permettre de combler cette lacune.

L'institution d'une saisine facultative a conduit les administrations à faire elles-mêmes un contrôle déontologique sur les départs vers le privé, sachant qu'elles ont pu s'appuyer sur les informations juridiques que le secrétariat de la commission fournit de façon habituelle à celles d'entre elles qui le demandent.

Pour les départs dans le secteur privé, la grande majorité des saisines concerne toujours des fonctionnaires demandant à être mis en disponibilité ou sollicitant le renouvellement de celle-ci. En effet, l'extension par la loi du 2 février 2007 de l'intervention de la commission à d'autres positions administratives ne se traduit guère dans les faits. Ce constat vaut pour les trois fonctions publiques.

2) L'exercice d'une activité privée au titre du cumul est facilitée par la possibilité d'obtenir, pour la pratiquer, un temps partiel de droit, qui ne peut être inférieur au mi-temps. Les demandes de temps partiel ont d'ailleurs été de plus en plus nombreuses au cours de l'année 2008.

1.3 ORIGINE DES SAISINES

1.3.1 Origine des saisines par administration gestionnaire

Tableaux n° 4 : origine des saisines par administration - Evolution

Fonction publique de l'Etat

| | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | Moyenne |
|---|--------------|--------------|--------------|-------------|--------------|----------------|
| Ministères économiques et financiers | 18% | 19,2% | 21,4% | 28% | 27,6% | 22,8% |
| Ecologie et développement durable | 21% | 21% | 18,2% | 9% | 12,7% | 16,4% |
| Intérieur | 15,9% | 14,5% | 14,2% | 14% | 18,7% | 15,5% |
| Défense | 6,7% | 8,4% | 6,7% | 6% | 7,8% | 7,1% |
| Education nationale | 7,9% | 6,3% | 5,3% | 11% | 33,2% | 12,7% |

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

Fonction publique territoriale

| | 2006 | 2007 | 2008 |
|---|-------|-------|-------|
| Régions | 0,4% | 3,7% | 3,7% |
| Départements | 14,9% | 13,2% | 19,7% |
| Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) | | | 4,7% |
| Communes+CCAS | 57,2% | 57,2% | 52,5% |
| Regroupements de communes | 10,8% | 13,1% | 12,2% |
| Syndicats | 7,4% | 6,6% | 4,5% |
| Autres (2) | 9,3% | 6,2% | 2,7% |

(3) Les SDIS étaient inclus dans cette rubrique en 2006 et 2007

1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents

Tableaux n° 5 : répartition des avis par catégorie d'agents – Evolution

Fonction publique de l'Etat

| | Catégorie A | Catégorie B | Catégorie C | Contractuels | Total |
|---------|-------------|-------------|-------------|--------------|-------|
| 2004 | 46,5% | 14,4% | 26,9% | 12,2% | 100% |
| 2005 | 41,8% | 15,7% | 27,2% | 15,3% | 100% |
| 2006 | 41,75% | 15% | 26,66% | 16,59% | 100% |
| 2007 | 50% | 12% | 23% | 15% | 100% |
| 2008 | 57,6% | 13,5% | 15,6% | 13,3% | 100% |
| Moyenne | 48% | 14% | 24% | 14% | 100% |

Fonction publique hospitalière

| Année | Catégorie A | | Catégorie B | | Catégorie C | | Contractuels | | Total | |
|-------|-------------|-------|-------------|--------|-------------|--------|--------------|-------|-------|------|
| | | | | | | | | | | |
| 2006 | 289 | 9,32% | 2345 | 75,64% | 461 | 14,87% | 5 | 0,16% | 3100 | 100% |
| 2007 | 136 | 7,35% | 1508 | 81,6% | 192 | 10,38% | 12 | 0,64% | 1848 | 100% |
| 2008 | 45 | 13,8% | 196 | 60,12% | 63 | 19,32% | 22 | 6,74% | 326 | 100% |

Fonction publique territoriale

| Année | Catégorie A | | Catégorie B | | Catégorie C | | Total |
|-------|-------------|--------------|-------------|--------------|-------------|--------------|-------|
| | Titulaires | Contractuels | Titulaires | Contractuels | Titulaires | Contractuels | |
| 2006 | 10,3% | 1,8% | 19,4% | 0,6% | 67,5% | 0,4% | 100% |
| 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% |

1) Dans la fonction publique de l'Etat, les saisines émanant d'agents de catégorie A, avec une proportion importante d'enseignants, augmentent très sensiblement en 2008.

Pour les autres catégories, y compris les agents contractuels, les situations sont plus contrastées, avec une tendance à la baisse chez les agents de catégorie C et dans une moindre mesure chez les agents contractuels, et une légère hausse chez les agents de catégorie B.

2) Dans la fonction publique hospitalière, sur les 326 avis rendus cette année, 45 ont concerné des agents de catégorie A (13,8 %), 196 des agents de catégorie B (60,12 %), 63 des agents de catégorie C (19,32 %) et 22 des contractuels (6,74 %). La prépondérance des agents de catégorie B s'explique par la part des infirmiers qui souhaitent exercer une activité privée. En catégorie A, C, ou bien chez les contractuels, la grande majorité des dossiers sont des cas de cumul d'activités. Ainsi, sur un total de 45 agents de catégorie A, 36 avis¹ concernent des agents ayant demandé à exercer un cumul d'activités. Par ailleurs, 8 avis ont été émis par la commission concernant des directeurs d'hôpitaux et directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, ayant demandé à être placés en disponibilité pour exercer une activité privée.

Sur un total de 196 agents de catégorie B, 48 avis² concernent des agents ayant demandé à exercer un cumul d'activités et, pour 63 agents de catégorie C, 40 avis³ concernent des agents ayant demandé un cumul d'activités.

Les contractuels ont, pour leur grande majorité, présenté une demande de cumul d'activités (18 contractuels sur 22 au total).

3) Dans la fonction publique territoriale, la progression des demandes émanant d'agents de catégorie A est contrebalancée par une diminution, dans la même proportion, des demandes émanant d'agents des catégories B et C.

1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé

Tableaux n° 6 : origine des saisines par secteur d'activité envisagé (2008)

Fonction publique de l'Etat

Ne sont mentionnés dans le tableau ci-dessous que les secteurs d'activité pour lesquels le nombre de saisines est supérieur à 20.

| Secteurs | 2008 (1) |
|---|-----------------|
| Juridique, conseil | 92 (11) |
| Commerce, hôtellerie, restauration | 89 (49) |
| Informatique, télécommunications, internet | 66 (29) |
| Banque et assurances | 61 (5) |
| Autres | 52 (30) |
| Bâtiment travaux publics | 50 (15) |
| Aménagement, urbanisme, infrastructures | 47 (10) |
| Agriculture, pêche, forêt, agro-alimentaire | 39 (20) |

¹ 12 sages-femmes, 10 psychologues, 7 infirmiers anesthésistes, 6 ingénieurs hospitaliers, 1 puéricultrice.

² 20 infirmiers, 7 éducateurs spécialisés, 6 masseurs-kinésithérapeutes, 5 psychomotriciens, 4 orthophonistes, 2 manipulateurs en radiologie, 2 techniciens de laboratoire, 2 personnels administratifs.

³ 18 ouvriers professionnels spécialisés et maîtres ouvriers, 13 aides-soignants, 6 personnels administratifs, 2 agents de services hospitaliers, 1 conducteur ambulancier.

| | |
|---------------------------|---------|
| Transports | 35 (5) |
| Immobilier | 34 (16) |
| Enseignement | 34 (14) |
| Energie | 34 (3) |
| Communication, culture | 32 (23) |
| Sports, loisirs, tourisme | 27 (18) |
| Sécurité | 27 (2) |
| Entreprise artisanale | 20 (13) |

(1) Entre parenthèses et en italiques : dont cumuls.

Fonction publique territoriale

| Secteurs d'exercice des activités privées | Catégorie A | Catégorie B | Catégorie C | Total |
|--|--------------------|--------------------|--------------------|--------------|
| Industrie, restauration, commerce et développement économique | 7 | 18 | 80 | 105 |
| Médecine, médico-social, social | 8 | 9 | 8 | 25 |
| Sports, tourisme, enseignement, formation et culture | 12 | 9 | 28 | 49 |
| Travaux publics, urbanisme bâtiment, environnement et transports | 6 | 6 | 55 | 67 |
| Informatique et télécommunications | 4 | 6 | 17 | 27 |
| Agriculture | 1 | 1 | 10 | 12 |
| Profession libérale, artisanat et expertise | 11 | 14 | 26 | 51 |
| Banque et assurance, immobilier | 6 | 3 | 3 | 12 |
| Sécurité | 3 | 4 | 5 | 12 |
| Maîtrise d'œuvre | 1 | 2 | 1 | 4 |
| Communication, politique et management | 27 | 3 | 5 | 32 |
| Autres | 3 | | 3 | 6 |

Ce tableau comptabilise uniquement les dossiers passés en commission plénière.

1) Pour la fonction publique de l'Etat, les secteurs qui font l'objet de demandes sont sensiblement les mêmes que les années précédentes : droit, commerce, informatique, secteur bancaire... Pour les cumuls d'activités, les secteurs privilégiés sont le commerce, l'agriculture, la communication et la culture, les loisirs et le tourisme, l'artisanat.

2) Les praticiens et auxiliaires médicaux de la fonction publique hospitalière s'orientent, majoritairement, vers des activités libérales dans leurs spécialités respectives (sages-femmes, infirmiers, psychomotriciens, masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes...) traduisant une diversité des modes d'exercice pour répondre aux besoins de la population, notamment. Les ouvriers professionnels spécialisés et les maîtres ouvriers créent essentiellement des entreprises individuelles ou des sociétés spécialisées dans leurs différents domaines de compétences.

3) Dans la fonction publique territoriale, les demandes sont orientées, surtout dans le cadre du cumul d'activités, vers la création de petits commerces (restauration rapide, vente ambulante sur les marchés, aide à l'informatique) et l'exercice, dans un cadre libéral, des activités d'aides à la personne (petits travaux divers, jardinage, plomberie, peinture et électricité).

1.3.4 Origine des saisines par sexe

Dans la fonction publique de l'Etat, le pourcentage de saisines concernant des femmes reste stable en en 2008 par rapport à 2007 (29,8 %). Ce pourcentage est inférieur à celui des femmes dans la fonction publique de l'Etat (59 % fin 2008).

1.4 SENS DES AVIS

1.4.1 Analyse d'ensemble

Tableaux n° 7 : sens des avis

La commission de déontologie, lorsqu'elle se prononce sur le fond, peut rendre des avis de compatibilité, quelquefois assortis de réserves, ou d'incompatibilité. Il arrive aussi qu'elle soit incompétemment saisie, que le dossier ne lui permette pas de se prononcer ou que la saisine soit irrecevable.

Fonction publique de l'Etat

| | 2007 | 2008 |
|-----------------------------------|--------------|--------------|
| Compatibilité (1) | 74,0% | 62,8% |
| Compatibilité sous réserve | 22,3% | 25,7% |
| Incompatibilité | 1,4% | 1% |
| Incompatibilité en l'état | 0,5% | 1,5% |
| Incompétence | 1,6% | 8,9% |
| Irrecevabilité | 0,2% | 0,1% |
| Total | 100% | 100% |

(1) Y compris les avis tacites.

Fonction publique territoriale

| | 2007(1) | 2008(2) |
|-----------------------------------|----------------|----------------|
| Non lieu | / | 0,4% |
| Compatibilité | 29,3 % | 56,1% |
| Compatibilité sous réserve | 56,2 % | 34,7% |
| Incompatibilité | 4,5 % | 0,5% |
| Incompatibilité en l'état | 2,5 % | 0,2% |
| Incompétence | 7,4 % | 7,3% |
| Irrecevabilité | / | 0,8% |
| Total (1) | 100 % | 100% |

(1) Pour 2007 il s'agit uniquement des dossiers examinés en séance

(2) Pour 2008 l'étude porte sur l'ensemble des dossiers y compris les tacites

En ce qui concerne la fonction publique de l'Etat, les avis d'incompétence, qui correspondent à 76 demandes, ont été particulièrement nombreux en 2008. Ce chiffre s'explique notamment par les cas où le cumul d'activités pouvait être autorisé par la seule administration, dès lors que l'activité privée envisagée constituait une activité accessoire au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

Un seul cas d'irrecevabilité est à signaler en 2008. Une administration avait saisi une seconde fois la commission de déontologie pour le même dossier après un premier avis de compatibilité sous réserve : une telle demande, qui tend seulement à ce que la commission revienne sur les réserves formulées dans cet avis, n'est pas recevable, et il appartient à l'administration d'examiner le recours de l'intéressé sur les conditions de son départ de l'administration (avis n° 08.A0123 du 13 février 2008).

Les avis d'incompatibilité en l'état ont connu une augmentation en 2008. Ils sont justifiés 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 – y compris les avis tacites – représentent 63 % des avis rendus, mais leur part relative diminue par rapport à 2007 et aux années précédentes. Les avis de compatibilité avec réserve ont représenté 26 % en 2008 contre 22,3 % en 2007.

La 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.

Dans le cas du cumul d'activités avec une profession libérale, et tout particulièrement en ce qui concerne les professions de santé, la commission a émis un avis d'incompatibilité dans certains cas où l'activité libérale, de même nature que les fonctions publiques, devait en outre s'exercer dans la même zone géographique. Elle a toutefois tenu compte des besoins particuliers en matière de santé publique en permettant l'installation de professionnels exerçant également à titre libéral, lorsque leur activité était de nature à compléter l'offre du service public, en assurant un meilleur suivi des patients ou parturientes.

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

La proportion des avis d'incompatibilité rendus *in fine* ne saurait rendre compte de la réalité de la rigueur du contrôle de la commission. En effet la commission joue un rôle préventif, en liaison avec les administrations, qui a pour effet d'arrêter les dossiers contestables à un stade antérieur à celui de leur examen en séance. Le secrétariat de la commission, fréquemment sollicité par les administrations ou les agents, leur donne des informations sur la jurisprudence applicable qui peuvent conduire les premières à refuser le départ ou le cumul de l'agent, et les seconds à choisir un projet adapté à leur situation, ou à y renoncer ou encore à le modifier pour le rendre compatible avec les exigences de la déontologie.

En outre, passé ce stade préparatoire, il est exceptionnel qu'un agent qui a insisté pour présenter son dossier mais auquel le rapporteur désigné a fait des objections fondées sur la jurisprudence, maintienne néanmoins son dossier et demande à être entendu par la commission. La plupart des avis d'incompatibilité témoignent seulement de l'incompréhension par l'agent des règles déontologiques qui lui sont applicables.

1.4.2. Analyse des avis par catégorie

Tableaux n° 8 : sens des avis par catégorie (2007-2008)

Fonction publique de l'Etat

| Années | Compatibilité (1) | | Compatibilité sous réserve (1) | | Incompatibilité (1) | | Incompatibilité en l'état (2) | | Incompétence (2) | |
|-----------|----------------------|------|-----------------------------------|------|------------------------|------|----------------------------------|-------------|---------------------|--------------|
| | 2007 | 2008 | 2007 | 2008 | 2007 | 2008 | 2007 | 2008 | 2007 | 2008 |
| A | 67,1 | 60,6 | 29,6 | 27,9 | 0,7 | 0,4 | 1 | 6 (1,2%) | 6 | 49 (9,9%) |
| B | 72,3 | 69,8 | 21,5 | 24,1 | 3,1 | 1,7 | 1 | 0 (0%) | 1 | 5 (4,3%) |
| C | 93,7 | 74,5 | 5,5 | 13,1 | 0,0 | 2,9 | 0 | 3 (2,2%) | 1 | 10 (7,3%) |
| Contract. | 69,3 | 56 | 23,9 | 33,6 | 4,5 | 1,7 | 1 | 3 (2,6%) | 1 | 7 (6%) |
| Moyenne | 75,6 | 65,2 | 20,1 | 24,7 | 2,1 | 1,7 | | 1,5% | | 6,9% |

(1) En pourcentage

(2) En chiffres (et pourcentages pour 2008)

Fonction publique hospitalière

| | Compatibilité | | Compatibilité sous réserve | | Incompatibilité | | Incompatibilité en l'état | | Incompétence | |
|--------------|---------------|-------|-------------------------------|-------|-----------------|-------|------------------------------|------|--------------|------|
| A | 29 | 64,4% | 9 | 20% | 5 | 11,1% | 1 | 2,2% | 1 | 2,2% |
| B | 179 | 91,3% | 10 | 5,1% | 2 | 1,0% | 1 | 0,5% | 4 | 2,0% |
| C | 49 | 77,8% | 9 | 14,3% | 2 | 3,2% | 1 | 1,6% | 2 | 3,2% |
| Contractuels | 13 | 59,1% | 7 | 31,8% | 0 | 0,0% | 1 | 4,5% | 1 | 4,5% |
| Moyenne | 73,2% | | 17,8% | | 3,8% | | 2,2% | | 3% | |

Fonction publique territoriale

| | Compatibilité | | Compatibilité sous réserve | | Incompatibilité | | Incompatibilité en l'état | | Incompétence | |
|----------|---------------|------|----------------------------|------|-----------------|-----|---------------------------|-----|--------------|------|
| | 2008 | % | 2008 | % | 2008 | % | 2008 | % | 2008 | % |
| A | 48 | 39 | 58 | 47,2 | 1 | 0,8 | 1 | 0,8 | 15 | 12,2 |
| B | 83 | 58 | 46 | 32,2 | 2 | 1,4 | 1 | 0,7 | 11 | 7,7 |
| C | 339 | 60,5 | 185 | 33 | 1 | 0,2 | 0 | 0 | 35 | 6,3 |

Le tableau pour la fonction publique territoriale inclut les contractuels dans chacune des catégories, les ordonnances et les avis tacites.

1) Dans la fonction publique de l'Etat, une analyse de la répartition des avis par catégorie montre globalement une progression des avis d'incompétence de la commission, en particulier pour les agents de catégorie A : cette évolution s'explique par la nature de l'activité envisagée. Ces demandes émanent, en effet, souvent de membres du corps enseignant qui souhaitent exercer une activité d'expertise, de consultation, d'enseignement ou de formation, toutes au nombre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées par la seule administration, sans avis de la commission (voir plus bas, partie consacrée à la jurisprudence de la commission). Pour les agents des catégories B et C, les avis de compatibilité simple décroissent, au profit notamment des avis de compatibilité sous réserve, ce qui peut également s'expliquer par la nécessité d'accompagner de réserves l'autorisation dans les cas de cumul d'activités de même nature et sur la même zone géographique.

2) Pour les agents de catégorie A de la fonction publique territoriale, les avis de compatibilité sous réserve sont plus nombreux que les avis de compatibilité simple.

1.5 SUITES DONNEES AUX AVIS

En application de l'article 14 du décret du 26 avril 2007, les autorités gestionnaires des fonctionnaires et agents non titulaires de l'Etat dont les déclarations d'exercice d'activité privée ont été examinées sont tenues d'informer la commission de la suite donnée à chacun de ses avis. La circulaire du Premier ministre du 31 octobre 2007 rappelle cette obligation. Au 20 avril 2009, le recensement des réponses reçues fait apparaître un taux de réponse proche de 85 %, ce qui constitue une amélioration sensible par rapport à l'année 2007 (taux de 64 %), mais demeure encore insuffisant.

N'ont pas répondu pour l'année 2008 : le ministère de la culture (3 avis), le ministère du travail (4), le ministère de la santé (13), le ministère de la justice (protection judiciaire de la jeunesse, 4 avis), les services du Premier ministre (direction des services administratifs et financiers, 1 avis). Les établissements qui n'ont pas répondu pour l'année 2008 sont l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (10 avis), l'Institut de recherche pour l'ingénierie de l'agriculture et de l'environnement, dit le CEMAGREF (1), le Conservatoire national des arts et métiers (1), le Centre national de la cinématographie (1), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (2), l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé (1), l'Institut national des sciences appliquées (1), l'Office national des forêts (3).

Dans la fonction publique territoriale, si les employeurs s'acquittent de façon très irrégulière de leur obligation d'informer la commission, les avis de la commission sont en général suivis par les collectivités.

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 LA PROCEDURE SUIVIE DEVANT LA COMMISSION DE DEONTOLOGIE DE LA FONCTION PUBLIQUE EN CAS DE CESSATION D'ACTIVITE OU DE CUMUL D'ACTIVITES

2.1.1 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, quarante-huit agents se sont trouvés dans l'un ou l'autre cas.

2) Pour la fonction publique territoriale, les collectivités, membres de la commission, représentent l'agent concerné, mais leurs représentants se déplacent rarement. Trente-cinq d'entre eux l'ont fait en 2008. Les agents se déplacent encore moins : onze d'entre eux l'ont fait en 2008.

3) Aucun agent de la fonction publique hospitalière n'a demandé à être entendu.

2.1.2 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, le secrétariat envoie des courriers aux administrations en leur demandant de compléter le dossier et en les invitant à se conformer aux modèles.

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. C'est par exemple le cas lorsque le demandeur ne produit pas la déclaration d'activité qu'il est tenu de présenter (avis n° 2008-796 du 11 décembre 2008) ou lorsque l'état du dossier ne permet pas d'apprécier dans quelle mesure le demandeur a pu être en relations avec l'entreprise qu'il souhaite rejoindre (avis n°2008-92 du 14 février 2008).

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.

2.1.3 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 ;

3° La demande concerne un dossier sur lequel la commission s'est déjà prononcée.

2.1.4 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 d'un mois avant le départ de l'agent imparti pour saisir la commission.

Cependant, même lorsque ce délai n'est pas respecté, la commission accepte néanmoins d'instruire le dossier. En particulier, la commission accepte 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. L'avis ne régularise pas la période passée, mais permet à l'administration de prendre une décision éclairée pour l'avenir.

2.2 LE CONTROLE DES ACTIVITES PRIVEES DES FONCTIONNAIRES OU AGENTS PUBLICS CESSANT LEURS FONCTIONS

2.2.1 Compétence de la commission en matière de cessation d'activité temporaire ou définitive

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

Elle n'est donc pas compétente pour les cas où l'intéressé a déjà été autorisé, après sa mise en disponibilité pour exercer une activité privée, lorsqu'il poursuit la même activité privée dans une autre position statutaire ou après sa radiation des cadres.

Elle ne l'est pas non plus dans le cas d'un chercheur qui a été autorisé à apporter son concours scientifique à une entreprise en application des articles L. 413-8 du code de la recherche et qui demande à être placé en disponibilité pour continuer à exercer la même activité (avis n° 08.A0599 du 12 septembre 2008).

A) Quels sont les agents concernés ?

Les dispositions de la loi du 2 février 2007 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. 1323-1, L. 1336-1, L. 1413-2, L. 1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique ⁴;

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

Aux termes du I de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, 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.

Pour les autres agents non titulaires, il n'existe aucune durée minimale du lien contractuel.

Compte tenu de la définition donnée par la loi des agents concernés, la commission n'est pas compétente pour examiner la demande d'un officier sous contrat : en effet, les militaires servant en vertu d'un contrat qui souhaitent exercer une activité privée après leur départ de l'armée sont soumis aux dispositions du code de la défense et à celles du décret n° 96-28 du 11 janvier 1996 (avis n° 08.A0273 du 16 avril 2008).

En revanche, la commission est compétente pour examiner la demande d'un fonctionnaire, maître de conférences, qui demande à être placé en délégation pour exercer une activité privée : en effet, même si la mise en délégation n'est pas expressément mentionnée à l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, la compétence de la commission s'étend à « tout agent cessant ses fonctions » (avis n° 08.A0473 du 9 juillet 2008).

De même, la commission est compétente pour examiner la situation d'une personne qui, occupant les fonctions de délégué du procureur de la République, souhaite exercer une activité dans le secteur privé (en l'espèce une activité d'avocat libéral dans le même département), cette personne étant rémunérée par l'Etat et son activité étant déterminée et contrôlée par le parquet (avis n° 08.A0750 du 12 novembre 2008).

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. Le critère tient autant à la nature de l'activité qu'à l'organisme où elle s'exerce.

Des fonctions exercées dans le secteur concurrentiel ne sont pas des fonctions administratives au sens de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. Si elles l'ont été depuis plus de trois ans, la commission ne peut faire porter son contrôle sur cette période. Elle est ainsi incompétente pour examiner la situation d'un préfet qui a exercé auparavant les fonctions de directeur d'un office public d'aménagement et de construction : ces fonctions ayant été exercées

⁴ 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.

dans le secteur concurrentiel, elles ne peuvent être considérées comme administratives (avis n° 08.A0703 du 8 octobre 2008).

Elle n'est, de la même manière, pas compétente pour se prononcer sur la situation d'un agent qui occupait les fonctions de conseiller financier pour le compte de la Banque Postale depuis le 1^{er} janvier 2006 : en effet, la Banque Postale exerce son activité dans le secteur commercial dans des conditions de droit commun. L'intéressé ne peut donc être regardé comme ayant occupé des fonctions administratives. La commission demeure toutefois compétente pour se prononcer sur la compatibilité des fonctions qu'occupait cet agent avant le 1^{er} janvier 2006 (avis n° 08.A0026 du 16 janvier 2008).

Ne sont pas non plus considérées comme administratives des fonctions exercées en dehors de l'administration française. Ainsi, des fonctions exercées en qualité d'expert national détaché, mis à disposition de la Commission européenne, en dehors de l'administration française, ne sont pas des fonctions qui peuvent interdire à un agent public d'exercer une activité privée en application des dispositions du décret du 26 avril 2007 (avis n° 08.A0210 du 12 mars 2008).

C) Les positions dans lesquelles le fonctionnaire ayant un projet de cessation d'activité doit se trouver pour que l'avis de la commission soit requis

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).

D) Quelle est la nature des activités privées envisagées dans le cadre d'une cessation temporaire ou définitive d'activités, pour lesquelles la commission doit exercer son contrôle ?

1) Les avis susceptibles d'être 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.

- La notion d'entreprise privée

Cette notion est comprise essentiellement dans un sens économique : la commission, tout en prenant en considération le statut de l'organisme, s'attache en particulier à définir la nature de l'activité de celui-ci et son mode de financement.

- Activités dans des organismes représentant des intérêts professionnels ou publics

La commission a eu l'occasion en 2008 de confirmer sa jurisprudence concernant les organismes défendant des intérêts professionnels. Elle a ainsi estimé que compte tenu de son activité et de son mode de financement, l'association dénommée « Fédération des sociétés d'économie mixte », qui a pour objet de représenter et défendre les intérêts généraux des sociétés d'économie mixte auprès des pouvoirs publics et de tous organismes intéressés par leur activité, ne constitue pas une entreprise privée (avis n° 08.A0117 du 13 février 2008). Un avis de même nature a été émis à l'égard de la « Fédération des conservatoires naturels de France », qui a pour objet de promouvoir l'action de ces structures (avis n° 2008-418 du 12 juin 2008).

- Activité dans des associations dont l'objet est lié à l'emploi, à l'insertion ou à l'action sociale

L'association "Emplois Services" qui bénéficie d'un agrément et qui a pour objet exclusif l'insertion professionnelle des personnes en difficulté qui lui sont adressées par l'Agence nationale pour l'emploi, ne constitue pas une entreprise privée au sens du A du I du décret du 26 avril 2007 (avis n° 08.A0216 du 12 mars 2008).

Ne constitue pas non plus une entreprise privée le groupe "PRO BTP", organisme de protection sociale complémentaire professionnelle du bâtiment et des travaux publics, à but non lucratif, qui est géré par une association (avis n° 08 – 91 du 11 juin 2008), non plus que la Fédération française des associations et amicales de malades ou handicapés respiratoires (avis n° 08.A0478 du 9 juillet 2008) ou encore l'Association Départementale des Amis et Parents de l'Enfance Inadaptée, dont l'objet est la prise en charge du handicap (avis n° 08.A0632 du 12 septembre 2008), ou bien l'Association "GENETHON", dont l'objet est la recherche, le développement et la production de traitements à partir de la connaissance des gènes pour des maladies rares (avis n° 08.A0756 du 12 novembre 2008).

Il en est de même de la Fondation de l'Abbé Pierre (avis n° 2008-789 du 11 décembre 2008), ou d'une régie culturelle, qui ne dispose pas d'une personnalité morale distincte de sa collectivité de rattachement (avis n° 2008-790 du 11 décembre 2008), ou encore de l'établissement chargé de gérer le circuit automobile de Nogaro, dans la mesure où le capital social de cet établissement est majoritairement détenu par le département du Gers et qu'il n'exerce pas dans le secteur concurrentiel (avis n° 2008-538 du 19 septembre 2008).

En revanche, est considérée comme une entreprise privée une association d'assistance tutélaire, association qui a pour activité de gérer les mesures de tutelle des personnes protégées, ainsi que les aides éducatives (avis n° 08.A0389 du 11 juin 2008).

Il en est de même d'une « Association nationale des villes vidéo-surveillées », spécialisée dans le secteur de la vidéosurveillance urbaine, qui intervient dans le champ concurrentiel et dont les prestations auprès des collectivités publiques sont rémunérées (avis n° 2008-100 du 14 février 2008).

- Activités dans des entreprises ou des organismes publics

Selon que l'organisme intervient ou pas dans le secteur concurrentiel, la commission est amenée à exercer ou à décliner sa compétence.

En effet, aux termes du III de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, « est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans le secteur concurrentiel et conformément au droit privé ».

Ainsi, l'association « Coe-Rexecode » dont l'objet est l'analyse des politiques économiques et de suivi conjoncturel, intervient dans le secteur concurrentiel et constitue donc une entreprise privée au sens du A du I du décret du 26 avril 2007 (avis n° 08.A0473 du 9 juillet 2008).

Il en est de même d'une SEM locale, dont l'objet est l'aménagement et le développement des villes et du département du Val-de-Marne (avis n° 2008-779 du 11 décembre 2008).

A contrario, la commission est incompétente pour connaître des activités envisagées par l'agent :

- dans des collectivités publiques ou dans des établissements publics, y compris s'ils se situent à l'étranger, ou bien dans toute autre structure, y compris associative, ne regroupant que des personnes publiques ;

- dans des entreprises publiques dès lors que ces dernières ne peuvent être assimilées à des entreprises privées exerçant leur activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé.

C'est ainsi que la commission décline sa compétence dans les cas suivants :

- départ au sein de l'Agence d'urbanisme du Pays d'Aix (AUPA), association constituée entre l'Etat, la communauté d'agglomération du Pays d'Aix, la communauté de communes Luberon-Durance-Verdon, des collectivités territoriales et des chambres consulaires, en vertu de l'article L.121-3 du code de l'urbanisme (avis n° 08.A0669 du 12 septembre 2008) ;

- départ vers l'« Agence de développement du Val-de-Marne », organisme dont le rôle est d'assurer la promotion économique du département (avis n° 2008-05 du 17 janvier 2008) ;

- demande d'exercice d'une activité privée au sein d'une SEM locale, chargée de promouvoir l'économie numérique, compte tenu des liens étroits que cette SEM entretient avec la communauté d'agglomération et des missions d'intérêt public qui lui sont confiées (avis n° 2008-473 du 10 juillet 2008) ;

- départ d'un administrateur civil qui indique vouloir exercer les fonctions de président-directeur général d'une société d'économie mixte dont l'objet est d'assurer la maîtrise d'ouvrage de locaux d'hébergement destinés essentiellement à des personnes défavorisées, des demandeurs d'asile et des gens du voyage, et dont le capital est détenu majoritairement par l'Etat. En raison de l'objet de cette société, des conditions de son contrôle par l'Etat et de la nature de l'emploi de direction en cause auquel il est d'ailleurs pourvu par décret du Président de la République, l'emploi de président-directeur général de cette société revêt un caractère administratif : la nomination à ce poste n'est donc pas susceptible de donner lieu à un avis de la commission (avis n° 08.A0821 du 12 mars 2008).

2) Un contrôle approfondi sur le fondement du B du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007

Ces dispositions permettent à la Commission d'exercer le contrôle de déontologie qui a pour objet de s'assurer que l'activité envisagée ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service. Il vise toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé et toute activité libérale. Il intervient ainsi

soit en complément du contrôle de nature pénale, mais également lorsque celui-ci ne trouve pas à s'appliquer, notamment en raison de la nature des fonctions envisagées.

- Activité libérale

L'exercice d'une activité libérale ne constitue pas une activité dans une entreprise privée au sens des dispositions de l'article 432-13 du code pénal. Mais, cette activité privée est soumise au contrôle déontologique. Ainsi, en est-il de l'exercice d'une activité indépendante de gérant de tutelle (avis n° 08.A0129 du 13 février 2008).

E) Les périodes à prendre en considération par la commission dans le cas de l'agent qui cesse ses fonctions de façon temporaire ou définitive pour bénéficier des dispositions de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée et du décret du 26 avril 2007 :

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 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 tout autre entreprise ayant avec elle certains liens mentionnés au a) ou au b) du 3° du A du I de cet article.

2) Période de l'activité privée de l'agent public pouvant être soumise à 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.

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 (avis n° 2008-453 du 10 juillet 2008).

2.2.2 La nature du contrôle et les principaux critères de ce contrôle en cas de cessation temporaire ou définitive d'activité

Le contrôle effectué 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 où l'agent cesse ses fonctions, 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.

A) Les critères du contrôle de la commission au titre de la cessation temporaire ou définitive d'activité

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.

L'actuelle rédaction, issue de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, diffère essentiellement de la précédente 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 2008, la commission s'est employée à confirmer ou élaborer une jurisprudence à partir de ces différents éléments.

- La notion de fonctions effectivement exercées

Une activité de responsable « organisation méthodes qualité » auprès du centre régional d'une société dont l'objet est la gestion de l'eau en milieu urbain est incompatible avec les fonctions précédentes d'instructeur au service des polices de l'eau : dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, l'intéressé a réalisé des contrôles de systèmes d'assainissement de collectivités locales dont l'exploitation avait été déléguée à la société qu'il souhaite rejoindre (avis n° 08.A0530 du 9 juillet 2008).

- La notion de contrôle ou de surveillance

Pour que les dispositions du Code pénal s'appliquent il faut que le contrôle s'inscrive dans le cadre des fonctions administratives. Ainsi, le directeur des finances et de la stratégie de la Caisse des dépôts et consignations (CDC) peut exercer les fonctions de

président du directoire d'une société anonyme (SA) qui a pour activité l'exploitation de stations de sport d'hiver et de centres de loisirs, en tant que représentant de la CDC, actionnaire de la SA, sans se voir opposer les dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007. En effet, si l'intéressé, dans ses fonctions antérieures de directeur des finances et de la stratégie de la CDC, exerçait la présidence du conseil de surveillance de la filiale qu'il souhaite rejoindre, il le faisait dans les conditions de droit commun pour l'actionnaire CDC. Il n'était donc pas chargé d'un contrôle de nature administrative au sens du A du I du décret du 26 avril 2007 (avis n° 08.A0718 du 8 octobre 2008).

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

La commission a estimé compatible une activité de directeur de projets au sein d'une société dont l'objet est la réalisation de prestations d'ingénierie dans le domaine de la conception ou de l'assistance à la maîtrise d'œuvre et les fonctions précédentes au sein d'une direction régionale de l'équipement (DRE), sous la simple réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec cette DRE : certes, l'intéressé, ingénieur des travaux publics de l'Etat, en tant que délégué du chef du service maîtrise d'ouvrage, a contrôlé le déroulement de la programmation de travaux, mais il n'a toutefois exercé aucun contrôle sur l'exécution même des prestations fournies par les entreprises de travaux, parmi lesquelles l'entreprise qu'il rejoint, ce contrôle étant confié à des organismes spécifiques de contrôle technique (avis n° 08.A0285 du 16 avril 2008).

De même, il y a compatibilité entre une activité de responsable de la gestion et de la constitution des dossiers d'évolution des matériels ou missiles mer-sol balistiques stratégiques au sein d'une société ayant notamment pour objet la conception, la commercialisation et la vente de produits et systèmes dans le domaine de l'industrie spatiale et de défense, et les fonctions précédentes, au sein de la délégation générale pour l'armement (DGA), de technicien chargé du suivi de l'assurance qualité auprès des industriels fournisseurs de l'Etat en matière de matériels militaires et de défense, notamment auprès de cette société : en effet, même si à ce titre l'intéressé a réalisé, collégialement avec d'autres responsables de l'assurance qualité de la DGA et sous l'autorité de la sous-direction affaires de la direction de la qualité et du progrès de la DGA, les actions techniques nécessaires pour apporter à la maîtrise d'ouvrage étatique l'assurance de la qualité des prestations effectuées par ces fournisseurs, dont la société qu'il rejoint, il ne résulte pas des éléments soumis à la commission que l'intéressé ait été chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette société ; l'avis de compatibilité est toutefois assorti d'une réserve, tendant à ce que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec la sous-direction des affaires de la direction de la qualité et du progrès de la DGA (avis n° 08.A0633 du 12 septembre 2008).

La commission a également émis un avis de compatibilité dans le cas d'une assistante bibliothécaire municipale (catégorie B) souhaitant rejoindre une société spécialisée dans l'informatisation des bibliothèques, en qualité de technicienne et de formatrice, dès lors qu'il ressortait de l'instruction de sa demande qu'elle avait seulement émis un avis en tant qu'utilisatrice sur un logiciel acquis par la commune auprès de cette société mais n'était pas intervenue dans la procédure d'achat. Cet avis a été assorti de la réserve tendant à ce que l'intéressée s'abstienne de toute relation professionnelle avec la commune (avis n° 2008-412 du 12 juin 2008).

Est en revanche incompatible une activité de responsable de l'activité soutien des systèmes ACCS (« air command and control system ») au sein d'une société spécialisée dans les systèmes de défense aérienne avec les fonctions précédentes d'architecte de conception d'ensemble à la délégation générale pour l'armement (DGA) : en effet, l'intéressé a été chargé à plusieurs reprises de donner un avis sur des demandes de remises de pénalités concernant l'exécution des marchés publics conclus par la DGA avec cette entreprise et à donner des avis et valider la conformité technique des prestations fournies par cette entreprise en exécution desdits marchés (avis n° 08.A0634 du 12 septembre 2008).

Il y a de même incompatibilité entre une activité d'ingénieur travaux au sein d'une société de travaux publics et les fonctions antérieures exercées dans un Centre d'études techniques de l'équipement : au titre de ces fonctions, et au cours des trois années précédant le début d'exercice de l'activité privée, l'intéressé a été chargé de contrôler un chantier attribué à cette société (avis n° 08.A0722 du 8 octobre 2008).

Un avis d'incompatibilité a également été émis à l'égard d'un agent qui demandait à être placé en disponibilité pour exercer les fonctions de cadre technique au sein d'une menuiserie, alors qu'au cours des trois années précédant cette demande, l'intéressé avait participé aux réunions de chantier avec le maître d'œuvre dans le cadre d'exécution de contrats passés par la mairie avec cette menuiserie (avis n° 2008-481 du 10 juillet 2008).

Une activité privée de chef de projet dans une société dont l'objet est la fabrication et la commercialisation d'appareils électroniques, informatiques, scientifiques et industriels est incompatible avec les fonctions précédentes dans l'administration qui ont conduit l'intéressé, technicien supérieur d'études et de fabrication, à participer, dans le cadre du comité consultatif jouant le rôle de commission d'appel d'offres, à l'élaboration du rapport de choix qui a conduit à attribuer un marché de fourniture d'équipements à cette entreprise (avis n° 08.A0201 du 12 mars 2008).

Il en est de même pour la demande d'exercice des fonctions de technicien de bureau d'études au sein d'une société de climatisation et froid industriel, dès lors que l'intéressé, dans le cadre de ses fonctions à la direction des travaux neufs éco-énergie de la commune, avait été chargé d'analyser des offres émanant d'entreprises et notamment de la société qu'il souhaitait rejoindre puis de les classer, de contrôler les travaux effectués par cette société et de formuler des avis sur leur réception (avis n° 2008-411 du 12 juin 2008).

- La notion de proposition directe à l'autorité compétente

La commission a émis un avis d'incompatibilité à l'égard du chef de service des établissements sociaux et médico-sociaux pour les personnes âgées d'un département qui souhaitait exercer les fonctions de chargé du développement du secteur handicap au sein de la Mutualité française de ce département, alors que dans le cadre de la gestion des établissements pour personnes âgées, cet agent avait été chargé d'exercer un contrôle en participant à l'élaboration de la tarification et en proposant le prix de journée pour ces établissements (avis n° 2008-06 du 17 janvier 2008).

Un avis d'incompatibilité a été rendu à l'égard d'un demandeur qui avait été chargé directement, à raison même de ses fonctions de technicien supérieur, de proposer à son administration, depuis moins de trois ans, des décisions relatives à des opérations réalisées par

le bureau d'études qu'il souhaitait rejoindre et avait été amené à formuler des avis sur ces décisions (avis n° 2008-200 du 13 mars 2008).

La loi du 2 février 2007 a ajouté un cas de prise illégale d'intérêt, lorsque l'agent a été conduit à 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. En 2008, la commission n'a pas eu à rendre d'avis sur une situation de cette nature.

A partir du moment où le délai pénal de trois ans est écoulé, l'agent peut rejoindre une entreprise qu'il a contrôlée ou surveillée, ce qui parfois ne diffère le projet professionnel que de quelques mois.

Ainsi, après avoir rendu un premier avis d'incompatibilité, la commission s'est déclarée compétente pour se prononcer une seconde fois sur la même demande puisque entre temps, le délai de trois ans devant séparer la cessation des fonctions et le début d'exercice d'une activité privée dans une entreprise que l'agent a surveillée, s'était écoulé. La seconde demande a fait l'objet d'un avis de compatibilité avec réserve, qui n'entravait plus le départ de l'intéressé dans l'entreprise (avis n° 08.A0207 du 12 mars 2008).

2) Le respect des critères déontologiques

- La notion de dignité des fonctions administratives

La commission peut rendre des avis de compatibilité, d'incompatibilité, ou de compatibilité assortie de réserves, en vue de préserver la dignité des fonctions administratives occupées par l'agent.

La commission a ainsi considéré comme incompatible une activité d'expert chargé de l'examen des documents étrangers pour le compte d'une association dont l'objet est de développer les échanges économiques entre la Roumanie et la France avec les fonctions précédentes exercées par l'intéressé, capitaine de la police nationale, dans une direction interrégionale de la police aux frontières : cette association a été l'objet d'une enquête sur l'emploi illicite de main d'œuvre étrangère et dans l'exercice de ses fonctions, l'intéressé a auditionné son personnel (avis n° 08.A0645 du 12 septembre 2008).

- 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 réserves dont peuvent être assortis les avis de compatibilité sont adaptées, selon la nature des fonctions exercées. L'exercice de l'activité nouvelle est encadré, tant au plan géographique que pour ce qui concerne le 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.

En ce sens, la commission a considéré comme compatible une activité d'analyste financier au sein d'une banque de financement et d'investissement et les fonctions précédentes de chargé de mission au sein du département finances de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de rechercher des informations non publiques auprès de la CRE (avis n° 08.A0173 du 12 mars 2008).

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.

Ainsi, la commission a estimé compatible une activité privée d'avocat collaborateur au sein d'un cabinet d'avocat et les fonctions antérieures, au bureau E1 de la direction de la législation fiscale (DLF) du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, de directeur divisionnaire puis de chef de section en charge de la négociation et de l'interprétation des conventions fiscales internationales, des procédures amiables d'élimination des doubles impositions et des travaux de doctrine en matière de prix de transfert en liaison avec l'OCDE, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, d'une part à son initiative, avec le bureau E1 de la DLF pour la mise en œuvre des procédures de règlement amiable conventionnel et d'autre part avec les entreprises dont il aurait eu à connaître la situation fiscale (avis n° 08.A0300 du 16 avril 2008).

Dans le même sens, la commission a émis un avis de compatibilité à l'égard de :

- un colonel de sapeur-pompier, directeur d'un service départemental d'incendie et de secours (SDIS), qui souhaitait, après sa mise à la retraite, exercer les fonctions d'expert en sécurité dans une société, sous réserve qu'il s'abstienne d'intervenir sur des dossiers relatifs à des ouvrages situés dans le même département que celui du SDIS (avis n° 2008-724 du 14 novembre 2008) ;

- un ingénieur, qui souhaitait exercer les fonctions de responsable de programmes immobiliers au sein d'une société dont l'objet est le développement de programmes et d'investissements en immobilier, alors que dans ses fonctions administratives il avait été chargé de mission pour l'accueil et l'implantation d'entreprises au sein de la communauté d'agglomération dont il relève, sous réserve qu'il s'abstienne de toute relation professionnelle avec cette communauté d'agglomération et les communes qui la composent, les établissements publics et les sociétés qui dépendent de cette communauté et de ces communes (avis n° 2008-795 du 11 décembre 2008) ;

- un ingénieur, qui souhaitait exercer les fonctions de directeur d'une agence d'aménagement et de construction d'une société, alors qu'il avait exercé des fonctions administratives au sein du service de l'urbanisme et du foncier d'une communauté d'agglomération, sous réserve qu'il s'abstienne d'intervenir dans des opérations ou des projets d'affaires qu'il aurait eu à connaître au sein des services de la communauté d'agglomération et

qu'il s'abstienne en outre de toute relation professionnelle avec cette dernière (avis n° 2008-337 du 15 mai 2008) ;

- un agent de police municipale souhaitant exercer les fonctions d'enquêteur au sein d'une agence privée de recherche, sous réserve qu'il s'abstienne de se prévaloir de sa qualité d'agent de police municipale dans le cadre de ses fonctions d'enquêteur ainsi que de toute relation professionnelle avec la commune dont il relevait (avis n° 2008-331 du 15 mai 2008) ;

- d'un attaché, secrétaire de mairie, qui souhaitait créer une société anonyme à responsabilité limitée de services aux entreprises, sous réserve qu'il s'abstienne de faire des offres à des entreprises qu'il a eu à connaître dans le cadre de ses fonctions ainsi que de toute relation professionnelle avec la commune (avis n° 2008-353 du 15 mai 2008).

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. Un seul cas est à noter en 2008. La commission a ainsi pu considérer qu'il y avait incompatibilité entre une activité de gestionnaire du service des demandes de visas français au sein d'une société dont l'objet est le conseil en gestion et dont le siège social est situé à Shanghai (Chine) et les fonctions antérieures de gardien de la paix à la direction de la police de l'air et des frontières (DPAF) de l'aéroport de Roissy : compte tenu des fonctions que l'intéressé a exercées auparavant au sein de la DPAF et de sa connaissance des modalités de fraude à l'entrée en France, ses fonctions de dirigeant d'une entreprise chargée par le consulat de France à Shanghai de préparer les dossiers de demande de visas, risquaient de l'exposer à des pressions extérieures susceptibles de compromettre ou de mettre en cause l'indépendance et la neutralité du service auquel, dans une situation de disponibilité, il demeurerait rattaché (avis n° 08.A0489 du 9 juillet 2008).

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). Cet avis peut faire l'objet d'un recours gracieux devant elle : l'avis d'incompatibilité de la commission a le caractère d'une décision faisant grief susceptible d'être déférée devant le juge administratif. Le recours gracieux contre cette décision dont est saisie la commission, doit être examiné par elle. C'est ce qui a été fait une fois, lors de la séance du 16 janvier 2008 : en l'espèce, la commission ayant obtenu des précisions sur le contenu de l'activité exercée dans le cadre du cumul, a émis un second avis, cette fois de compatibilité sous réserve (avis n° 07-1821 *bis* du 16 janvier 2008).

Il est rappelé qu'aux termes de la loi, c'est l'administration, et non l'intéressé directement et seul, qui demande la seconde délibération.

B) Jurisprudence par administration et catégorie d'agents

Les paragraphes qui suivent regroupent, par administrations et catégories d'agents, les principaux avis de compatibilité, de compatibilité sous réserve et d'incompatibilité émis par la commission en matière de cessation d'activité.

- Les membres des cabinets ministériels

Les demandes émanant de membres de cabinet ministériel ont été moins nombreuses cette année, qui a connu moins de mouvements ministériels que 2007. Mais les cas examinés ont permis de mettre en évidence les lacunes de la législation, notamment en raison du caractère facultatif de la saisine de la commission dans certains cas. Lorsqu'elle est saisie, le contrôle qu'elle mène est, en tout état de cause, différent de celui qu'elle exerce pour les autres agents. En effet, les fonctions de conseiller technique ne préjugent pas de la nature de l'activité exercée et du domaine de compétences qui, souvent, n'a pas été défini de façon exhaustive au moment de la nomination. Il convient donc de vérifier au cas par cas, si l'agent intéressé est effectivement intervenu sur tel ou tel dossier. L'instruction des demandes émanant des membres des cabinets ministériels implique donc des investigations plus approfondies du rapporteur.

La commission a reconnu qu'était compatible l'activité de directeur général d'une association dont l'objet est l'encouragement à l'élevage des chevaux « pur sang », l'élaboration et la mise en œuvre du programme des courses de galop et l'application du code des courses avec les fonctions précédentes de conseiller spécial au sein du cabinet du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique qui appartenaient déjà à ce cabinet lorsqu'il y était en fonction (avis n° 08.A0649 du 12 septembre 2008).

De même, il y a compatibilité entre une activité de chef de projets acquisitions au sein de la direction exploration – production d'un groupe qui a notamment pour objet la production et la commercialisation de gaz combustible et d'électricité, et les fonctions antérieures de conseiller technique en charge des questions industrielles, commerciales et de développement durable au cabinet du secrétaire d'Etat aux affaires européennes, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet du secrétaire d'Etat aux affaires européennes qui appartenaient à ce cabinet lorsque l'intéressé y était en fonction (avis n° 08.A0661 du 12 septembre 2008).

Est également compatible une activité de directeur général adjoint au sein d'une société dont l'objet est l'établissement de projets d'aménagements immobiliers d'équipements et de services (logistique et transport), avec les fonctions antérieures de directeur adjoint, puis de conseiller en charge du transport ferroviaire et fluvial au cabinet du secrétaire d'Etat aux transports, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet du secrétariat d'Etat aux transports qu'il a pu connaître dans l'exercice de ses fonctions au cabinet (avis n° 08.A0205 du 12 mars 2008).

La commission a enfin considéré comme compatible l'activité de directeur du cabinet du président d'une société d'économie mixte dont l'objet est d'assurer la maîtrise d'ouvrage et la gestion locative d'hébergements pour travailleurs migrants, de logements sociaux, de structures d'accueil et d'urgence avec les fonctions antérieures de conseiller technique pour le budget au cabinet du ministre de la culture et de la communication, puis celles de conseiller technique au cabinet du ministre du budget des comptes publics et de la fonction publique, chargé des budgets de l'emploi, du travail, de l'immigration et de la solidarité, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative avec les membres de l'actuel cabinet du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique (avis n° 08.A0775 du 12 novembre 2008).

- Les autorités administratives indépendantes et les agences sanitaires

L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS)

La commission a considéré qu'il y avait compatibilité entre une activité de pharmacien chargé des affaires réglementaires et de l'assurance qualité au sein d'une société dont l'objet est la fabrication, pour les professionnels, de produits pour la perfusion, l'irrigation, le remplissage vasculaire, la nutrition entérale et parentérale, et les fonctions précédentes d'évaluateur des dispositifs médicaux à l'unité « Evaluation et contrôle du marché des dispositifs médicaux » du département « Surveillance du marché » de la direction de l'évaluation des dispositifs médicaux de l'AFSSAPS, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec l'unité « Evaluation et contrôle du marché des dispositifs médicaux » du département « Surveillance du marché » de la direction de l'évaluation des dispositifs médicaux de l'AFSSAPS (avis n° 08.A0653 du 12 septembre 2008).

La commission a de même estimé compatible une activité de pharmaco-épidémiologiste au sein d'une société qui conçoit et commercialise des produits chimiques et pharmaceutiques et les fonctions précédentes d'évaluateur au sein du service de l'évaluation et de la surveillance du risque et de l'information sur le médicament de la direction de l'évaluation des médicaments et des produits biologiques de l'AFSSAPS, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative avec le service de l'évaluation et de la surveillance du risque et de l'information sur le médicament de la direction de l'évaluation des médicaments et des produits biologiques de l'AFSSAPS (avis n° 08.A0689 du 8 octobre 2008).

L'Autorité des marchés financiers (AMF)

La commission a considéré comme compatible une activité de déontologue au sein d'une société dont l'objet est notamment la réalisation, dans des entreprises, de travaux de contrôle des procédures de contrôle interne et des contrôles de conformité ou des règles déontologiques et les fonctions antérieures de chargé de dossier au sein du pôle prestataires du service des prestataires et des produits d'épargne de l'AMF sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation d'affaires avec des sociétés dont il a examiné la situation dans le cadre de ses fonctions au sein du pôle prestataires de l'AMF (avis n° 08.A0511 du 9 juillet 2008).

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)

La commission a estimé compatible les fonctions de senior vice-président, « president of public affairs » au sein d'une entreprise dont l'objet est l'étude, la fabrication et l'exploitation d'équipements notamment de télécommunications et les fonctions précédentes de membre du collège de l'ARCEP, cette entreprise n'étant pas un opérateur soumis au contrôle de l'ARCEP (avis n° 08.A0851 du 10 décembre 2008).

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)

Une activité de directeur des relations institutionnelles France et International au sein d'une société d'édition est compatible avec les fonctions antérieures de directeur des études

et de la prospective au CSA, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le CSA (avis n° 08.A0723 du 8 octobre 2008).

INTERIEUR

Le corps préfectoral

Un sous-préfet à la retraite et qui au cours des trois années précédant le début de son activité privée exerçait les fonctions de directeur général des services d'un conseil général peut exercer une activité de consultant à titre libéral dans une entreprise en création dont l'objet est le conseil aux collectivités locales et la conciliation auprès des tribunaux administratifs ou civils, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le conseil général (avis n° 08.A0262 du 16 avril 2008).

Les officiers et commissaires de police

La commission a estimé compatible une activité d'agent commercial, à titre libéral, pour le compte notamment d'une société d'investigation et d'audit économique et financier, et les fonctions précédentes de chef de groupe opérationnel au sein de la brigade de répression de la délinquance économique de la sous-direction des affaires économiques et financières de la direction régionale de la police judiciaire de la Préfecture de Police, sous réserve que l'intéressé, commandant de la police nationale, s'abstienne d'entrer en relation professionnelle avec l'ensemble de cette sous-direction de la Préfecture de Police et avec des personnes dont il a eu à connaître dans le cadre de ses fonctions administratives dans les trois années précédant la cessation définitive de ses fonctions : l'étendue de la réserve s'explique par le fait que les brigades travaillent en étroite collaboration les unes avec les autres et que les affaires sont souvent transversales (avis n° 08.A0176 du 12 mars 2008).

Une activité de consultant en ressources humaines au sein d'une entreprise dont l'objet est le recrutement de collaborateurs au profit des entreprises est compatible avec les fonctions précédentes de commandant de police au sein de la direction départementale de la sécurité publique (DDSP) du département d'exercice de l'activité privée, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation à son initiative et pour les besoins de ses nouvelles fonctions avec la DDSP (avis n° 08.A0812 du 10 décembre 2008).

Une activité d'agent privé de recherche au sein d'une société qui a pour activité le traitement d'investigations privées, de missions d'assistance et d'audit en sécurité est également compatible avec les fonctions précédentes de chef de la brigade financière à la DDSP du département d'exercice de l'activité privée, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, à son initiative, avec la brigade financière de la DDSP ; en outre, en vertu de l'article 27 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 sur les activités privées de sécurité, il lui est interdit de faire mention dans les documents qu'il utilise à titre professionnel, de ses anciennes fonctions (avis n° 08.A0854 du 10 décembre 2008).

Lorsque les policiers retraités appartiennent en outre à la réserve civile, la commission tient compte des fonctions qui peuvent être remplies dans ce cadre et en vérifie la compatibilité avec l'activité privée envisagée. La commission a ainsi pu prévoir d'interdire toute fonction sur un poste donnant à l'intéressé accès aux fichiers de la police.

Les gardiens de la paix et les gradés

Une activité de gestionnaire au sein d'une société dont l'objet est le conseil en gestion qui a obtenu le marché de la gestion des demandes de visas français et dont le siège social est situé à Shanghai (Chine) est incompatible avec les fonctions antérieures de gardien de la paix à la direction de la police de l'air et des frontières (DPAF) de l'aéroport de Roissy (voir ci-dessus avis n° 08.A0489 du 9 juillet 2008).

MINISTERES ECONOMIQUES ET FINANCIERS

Direction générale des finances publiques

La commission a estimé compatible, sans émettre de réserve, une activité d'avocat à titre libéral et les fonctions précédentes de conservateur des hypothèques dans un autre département (avis n° 08.A0219 du 12 mars 2008).

Une activité d'avocat fiscaliste au sein d'une société est compatible avec les fonctions précédentes d'un inspecteur des impôts, vérificateur à la 14^{ème} brigade de la direction des vérifications nationales et internationales, en charge du contrôle du secteur de la grande distribution, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les entreprises dont il a eu à examiner la situation fiscale dans le cadre de ses fonctions au cours des trois années précédant son départ (avis n° 08.A0217 du 12 mars 2008).

Cette réserve, habituelle, est parfois renforcée pour éviter tout contact avec l'ancien service.

Ainsi, une activité d'avocat est compatible avec les fonctions antérieures de vérificateur au sein de la direction des services fiscaux (DSF) de Paris Est, puis celles de rédacteur au sein de la direction nationale des vérifications de situations fiscales (DNVSF), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation avec la DSF de Paris Est, ainsi que d'intervenir sur les dossiers dont il a eu à connaître dans l'exercice de ses fonctions au service contentieux de la DNVSF (avis n° 08.A0858 du 10 décembre 2008).

Une activité d'agent commercial au sein d'une société dont l'objet est la prospection et la négociation de biens immobiliers, est compatible avec les fonctions précédentes de contrôleur des impôts dans une recette des impôts puis dans un service des impôts des entreprises qui se situent dans le même département que celui où va s'exercer l'activité privée, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de prospecter les personnes avec lesquelles il a pu être en contact dans l'exercice de son activité professionnelle antérieure (avis n° 08.A0818 du 10 décembre 2008).

Direction de la législation fiscale

Une activité privée d'avocat collaborateur au sein d'un cabinet d'avocats est compatible avec les fonctions antérieures, au bureau E1 de la direction de la législation fiscale (DLF) du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, de directeur divisionnaire puis de chef de section en charge de la négociation et de l'interprétation des conventions fiscales internationales, des procédures amiables d'élimination des doubles impositions et des travaux de doctrine en matière de prix de transfert en liaison avec l'OCDE, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, d'une part à son initiative, avec le bureau E1 de la

DLF pour la mise en œuvre des procédures de règlement amiable conventionnel et d'autre part avec les entreprises dont il aurait eu à connaître la situation fiscale (avis n° 08.A0300 du 16 avril 2008).

Directions régionales de la recherche, de l'industrie et de l'environnement (DRIRE)

Une activité de directeur adjoint au sein d'une société qui a pour activité l'achat, la vente ou la transformation des métaux, l'enlèvement d'ordures ménagères et industrielles, ainsi que l'exploitation de décharges contrôlées, est compatible avec les fonctions précédentes exercées au pôle « risques technologiques » de la DRIRE Nord – Pas de Calais, puis au groupe de subdivisions du littoral de la même DRIRE, en qualité d'adjoint au chef de groupe, spécialisé dans les thématiques liées aux « risques technologiques, métallurgiques, traitement de surfaces, biocarburant et pétrole », sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les services de l'Etat chargés des risques technologiques dans la région Nord Pas-de-Calais, cette réserve tenant compte de la réorganisation des services déconcentrés de l'Etat dans le domaine de l'équipement (avis n° 08.A0405 du 11 juin 2008).

DEFENSE ET ARMEMENT

La délégation générale pour l'armement (DGA)

Une activité de responsable technique dans le domaine de l'hydrodynamique au sein d'une société dont l'objet est la construction navale, notamment de paquebots, est compatible avec les fonctions antérieures d'architecte d'ensemble de bâtiments de surface au département plateformes navales de la Délégation générale pour l'armement (DGA), puis des fonctions de sous-directeur technique au Bassin d'essais des carènes de la DGA (avis n° 08.A0401 du 11 juin 2008).

Une activité de responsable de la gestion et de la constitution des dossiers d'évolution des matériels ou missiles mer-sol balistiques stratégiques au sein d'une société ayant notamment pour objet la conception, la commercialisation et la vente de produits et systèmes dans le domaine de l'industrie spatiale et de défense, est également compatible avec les fonctions précédentes, au sein de la délégation générale pour l'armement (DGA), de technicien chargé du suivi de l'assurance qualité auprès des industriels fournisseurs de l'Etat en matière de matériels militaires et de défense, notamment auprès de cette société (voir ci-dessus avis n° 08.A0633 du 12 septembre 2008).

En revanche, une activité de responsable de l'activité soutien des systèmes ACCS (« air command and control system ») au sein d'une société spécialisée dans les systèmes de défense aérienne est incompatible avec les fonctions précédentes d'architecte de conception d'ensemble à la délégation générale pour l'armement (DGA) : en effet, l'intéressé a été chargé à plusieurs reprises de donner un avis sur des demandes de remises de pénalités concernant l'exécution des marchés publics conclus par la DGA avec cette entreprise et à donner des avis et valider la conformité technique des prestations fournies par cette entreprise en exécution desdits marchés (avis n° 08.A0634 du 12 septembre 2008).

AFFAIRES ETRANGERES

Une activité de conseiller auprès du directeur général adjoint au sein d'un établissement bancaire français qui souhaite ouvrir une banque au Laos en partenariat avec la Banque du commerce extérieur du Laos est compatible avec les fonctions précédentes d'ambassadeur de France au Laos, sans qu'aucune réserve ne soit nécessaire, eu égard aux conditions particulières d'intervention tenant notamment à l'organisation institutionnelle et politique du Laos (avis n° 08.A0433 du 11 juin 2008).

Une activité de « Country President Russia » au sein d'une société dont le domaine d'activité est l'énergie et les transports est compatible avec les fonctions précédentes de premier conseiller à l'ambassade de France à Moscou (avis n° 08.A0498 du 9 juillet 2008).

ECOLOGIE ET DEVELOPPEMENT DURABLE

La commission a prêté une attention particulière au cas des agents des administrations de l'équipement et de l'agriculture qui, en raison de la réorganisation des services et à l'abandon de certaines activités, ont été incités à démissionner et à créer leur entreprise.

La commission a cherché à ne pas entraver la démarche des agents de ces ministères en évaluant le plus strictement possible les réserves dont l'exercice de leurs nouvelles fonctions devait éventuellement être assorti.

Une activité salariée à temps partiel au sein d'une société qui a notamment pour objet la maîtrise d'œuvre en direction de personnes privées ou de collectivités locales est compatible avec les fonctions précédentes de chef de cellule au service ingénierie publique et construction d'une direction départementale de l'équipement (DDE) puis celles de responsable du pôle aménagement au service ingénierie sécurité crise au sein de la même DDE, l'activité de la société ne s'exerçant pas dans le même département (avis n° 08.A0847 du 10 décembre 2008).

Une activité de gérant d'une société de travaux publics est compatible avec les fonctions précédentes de chef d'exploitation au service exploitation du parc départemental d'une direction départementale de l'équipement, chargé notamment des travaux d'entretien courant de la voirie, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le service d'exploitation du parc départemental de la DDE et avec les communes du département ayant fait l'objet, pendant les trois années précédant le début d'exercice de l'activité privée, de contrats de travaux avec le parc départemental (avis n° 08.A0667 du 12 septembre 2008).

Une activité de directeur général, membre du directoire d'un armateur mondial de transport maritime de conteneurs est compatible avec les fonctions précédentes de directeur général du port autonome du Havre, sous réserve que l'intéressé, ingénieur général des ponts et chaussées, s'abstienne de toute relation professionnelle avec le port autonome du Havre (avis n° 08.A0439 du 11 juin 2008).

Enfin, la commission a considéré qu'il y avait compatibilité entre une activité d'inspecteur marine, chargé des visites de classification des navires au sein d'une société dont l'objet est la réalisation d'expertises et de consultations techniques relatives aux navires, et les

fonctions précédentes d'inspecteur de la sécurité des navires au centre de sécurité des navires qui couvre le secteur maritime dans lequel sera exercée l'activité privée, sous réserve que l'intéressé s'abstienne d'intervenir sur des navires dans lesquels il a effectué des inspections de sécurité dans le cadre de ses fonctions au centre de sécurité des navires (avis n° 08.A0121 du 13 février 2008).

En revanche, une activité d'ingénieur travaux au sein d'une société de travaux publics est incompatible avec les fonctions antérieures exercées dans un Centre d'études techniques de l'équipement : au titre de ces fonctions, et au cours des trois années précédant le début d'exercice de l'activité privée, l'intéressé a été chargé de contrôler un chantier attribué à cette société (avis n° 08.A0722 du 8 octobre 2008).

AFFAIRES SOCIALES

Travail et emploi

La création d'une entreprise dont l'objet serait le conseil et le développement en montage de projets européens est compatible avec les fonctions précédentes d'attaché d'administration au sein de la sous-direction du fonds social européen, puis de gestionnaire conseil sur les projets de l'Agence Europe Education Formation France, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec l'Agence Europe Education Formation France et de conseiller toute personne avec laquelle il a eu des relations professionnelles dans ses fonctions à cette agence au cours des trois dernières années précédant sa mise en disponibilité (avis n° 08.A0710 du 8 octobre 2008).

Santé

Une activité de cadre technique et administratif au sein d'une association dont l'objet est la prise en charge du handicap est compatible avec les fonctions précédentes de secrétaire administratif au sein du service des politiques médico-sociales de la direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDAS) du département où se situe l'association, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, à son initiative, avec le service des politiques médico-sociales de la DDAS (avis n° 08.A0632 du 12 septembre 2008).

EDUCATION NATIONALE ET ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

Une activité d'ingénieur réseau au sein d'une société de gestion de réseaux de télécommunications est compatible avec les fonctions précédentes d'ingénieur à la division informatique de l'Université d'Evry, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation de nature commerciale avec cette division. (avis n° 08.A0701 du 8 octobre 2008).

2.3 LE CONTROLE DES ACTIVITES PRIVEES EXERCEES PAR UN FONCTIONNAIRE OU UN AGENT PUBLIC DANS LE CADRE D'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 ?

1° - 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 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.

2° - 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, 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 d'exercer son activité privée.

Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter de la création ou de la reprise de l'entreprise, ou à compter du recrutement de l'intéressé, et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an, sans deuxième avis de la commission de déontologie si l'activité privée n'a pas changé.

La commission est encore rarement saisie de déclarations de poursuite d'activité dans une entreprise, en qualité de dirigeant, après l'entrée dans la fonction publique : ce fut le cas pour six agents en 2008.

La commission a ainsi considéré comme compatible la poursuite d'une activité à titre libéral d'ingénierie et de conseil et les fonctions administratives d'agent contractuel chargé de la prévention des risques majeurs dans une direction régionale de l'Agence nationale pour l'emploi (avis n° 08.A0168 du 12 mars 2008).

De même, la commission s'est prononcée favorablement dans le cas d'un officier de protection, contractuel de l'Office français pour la protection des réfugiés et apatrides, qui, après son recrutement, a souhaité poursuivre une activité privée de membre du comité directeur d'une société dont l'objet est la commercialisation de boissons alcoolisées (avis n° 08.A0198 du 12 mars 2008).

La commission a eu l'occasion de préciser les positions dans lesquelles le fonctionnaire peut demander à bénéficier des dispositions relatives au cumul : ainsi, un enseignant placé en cessation progressive d'activité et déchargé de toute activité d'enseignement à compter du 1^{er} septembre 2009, peut exercer un cumul d'activités, pour une période maximale d'un an, le cas échéant prorogable d'un an, conformément aux dispositions du décret du 2 mai 2007 (avis n° 08.A0102 du 13 février 2008).

En revanche, aux termes de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et de l'article 12 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, le cumul d'activités pour continuer à diriger une entreprise, dérogation à l'interdiction faite aux fonctionnaires de diriger une société à caractère commercial, est possible pour une durée maximale d'un an à compter de la date à laquelle l'intéressé a été reçu à un concours ou a été intégré comme agent contractuel.

Ce type de cumul d'activités est réservé aux personnes entrant dans la fonction publique. Ainsi, un aide-soignant qui, de retour de disponibilité, souhaite continuer à diriger l'entreprise qu'il a créée au cours de cette période, se trouve dans une position statutaire, puisqu'il n'a pas démissionné, qui ne saurait être assimilée à un premier recrutement dans la

fonction publique. L'intéressé ne peut donc bénéficier des dispositions relatives au cumul pour poursuite d'une activité de dirigeant d'entreprise (avis n° 08-120 du 8 octobre 2008).

Enfin, aux termes de la loi⁵, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée « de plein droit » à l'agent qui crée ou reprend une entreprise. La commission, même si elle ne se reconnaît pas compétente pour apprécier la demande de temps partiel, rappelle néanmoins dans l'avis qu'elle rend au titre du contrôle de déontologie, les dispositions légales qui instaurent le temps partiel de droit pour créer ou reprendre une entreprise (avis n° 08.A0409 du 11 juin 2008).

B) Quelle est la nature des activités privées envisagées dans le cadre d'un cumul d'activités, pour lesquelles la commission est compétente ?

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, de créer ou reprendre une entreprise, quelle qu'en soit la forme juridique, ou bien de poursuivre leur activité dans une entreprise après leur recrutement dans la fonction publique. Cette dérogation à l'interdiction de cumul a pour objet d'encourager la création d'entreprise, le régime institué étant destiné à permettre à l'agent d'apprécier la viabilité de son entreprise tout en conservant la possibilité de se maintenir dans la fonction publique en cas d'échec ou d'assurer la pérennité de l'entreprise déjà créée qui ne pourrait se passer, au moins pour partie, d'un gestionnaire aguerri.

La commission a estimé, à cet égard, que n'entraient pas dans les prévisions de l'article 11 de ce décret :

- l'activité de directeur d'une association (avis n° 2008-339 du 15 mai 2008) ;
- l'exercice par un agent communal des fonctions de secrétaire-comptable dans l'entreprise créée non par elle-même mais par son époux (avis n° 2008-732 du 14 novembre 2008) ;
- une activité de distribution de courriers par un agent communal, en sus de ses fonctions publiques et en remplacement du facteur, dès lors qu'il ne s'agissait ni de la création, ni de la poursuite d'une activité privée, l'activité en cause se rattachant au demeurant au secteur monopolistique de distribution de courrier par la Poste (avis n° 2008-280 du 17 avril 2008).

1) La commission est compétente pour examiner le cumul d'activités avec une profession libérale.

Alors même que l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, modifiée par la loi du 2 février 2007, ne mentionne que les entreprises, et que l'article 11 du décret du 2 mai 2007 ne mentionne que les entreprises industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles, s'agissant de celles que le fonctionnaire peut être autorisé sur avis de la commission à créer ou à reprendre dans le cadre d'un cumul d'activités, il résulte des travaux préparatoires de cette loi que le législateur n'a pas entendu exclure les activités libérales du champ de compétence de la commission.

⁵ La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 a modifié en ce sens l'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, article 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

La commission vérifie donc que l'activité libérale que l'agent souhaite cumuler avec ses fonctions administratives ne porte pas atteinte à la dignité de ces fonctions, et ne risque pas de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. Ce faisant, elle a été conduite à faire évoluer sa jurisprudence, en ce qui concerne les professions de santé, pour tenir compte des caractéristiques de l'offre de soins, notamment en milieu rural.

Traditionnellement, la commission estimait que l'activité libérale exercée dans le même secteur géographique que celui de l'établissement où est affecté un professionnel de santé pouvait porter atteinte au bon fonctionnement du service. La démographie dans certaines professions médicales ou paramédicales l'a conduit à admettre que des professionnels de santé puissent exercer à titre libéral tout en continuant leur activité en établissement public dans la même zone géographique en regardant ces deux formes d'activité comme complémentaires. Cette jurisprudence devrait permettre aux établissements de conserver un personnel qui pourrait sinon être tenté de quitter totalement l'exercice en établissement public et rejoint la volonté du législateur de développer des réseaux de soins associant des professionnels exerçant à titre libéral et des établissements de santé.

Ainsi, la commission a estimé qu'une activité de remplacement d'un infirmier libéral dont le cabinet se trouve à Sainte-Pazanne (Loire-Atlantique) et les fonctions actuelles d'infirmier au centre hospitalier universitaire de Nantes sont compatibles sous réserve que l'intéressé s'abstienne de s'occuper de patients dont il a la charge dans l'exercice de ses fonctions publiques (avis n° 08.33 du 12 mars 2008).

Elle a admis sans réserve la compatibilité d'une activité publique d'infirmier dans un centre hospitalier et d'une activité libérale de remplacement infirmier au sein d'un cabinet se trouvant dans le même département (avis n° 08-140 du 8 octobre 2008).

De la même manière, une activité de sage-femme libérale collaboratrice au sein d'un cabinet de sages-femmes dont le siège social est à Cluny (Saône-et-Loire) est compatible avec les fonctions actuelles de sage-femme au centre hospitalier de Mâcon (Saône-et-Loire), la localisation géographique de la ville de Cluny par rapport à celle de Mâcon permettant en outre de considérer qu'aucune concurrence ne devrait gêner le fonctionnement du service (avis n° 08-34 du 12 mars 2008).

Sur 124 demandes de cumuls d'activités présentées par des agents de la fonction publique hospitalière, 35 ont fait l'objet d'une réserve.

2) En revanche, la commission n'est pas compétente dans le cas où les agents publics, « membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement (...) peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions » (III de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Ainsi, la commission n'est pas compétente lorsqu'un professeur des universités déclare créer, au sein d'une entreprise individuelle, une activité libérale de conseil (avis n° 08.A0323 du 14 mai 2008).

En revanche, la commission s'est estimée compétente pour examiner la demande de cumul d'un professeur de sport, affecté auprès d'un comité régional d'équitation, avec une

activité libérale d'enseignement de l'équitation à l'attention de clubs et/ou de particuliers : en effet, ce membre du personnel enseignant ne se trouve pas affecté, au moment de sa demande, dans un établissement d'enseignement, et l'activité envisagée ne découlerait pas de la nature des fonctions exercées au moment de la demande. Celle-ci ne relève donc pas des dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (avis n° 08.A0362 du 14 mai 2008).

3) La commission n'est pas compétente pour examiner les actes de gestion du patrimoine personnel ou familial (III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983)

Aux termes du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, les agents publics « gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial ».

La commission de déontologie a donc élaboré une jurisprudence qui, prenant pour premier point d'appui les déclarations de cumul pour création d'une entreprise agricole – sise sur les terres familiales, exercée avec les parents, les enfants ou le conjoint... - s'est ensuite développée, en fonction des déclarations parvenant à la commission, en ce qui concerne tous les aspects de la gestion du patrimoine.

Ainsi par exemple, l'exploitation, en tant que propriétaire, d'une forêt par un professeur certifié entre dans le champ de la gestion du patrimoine personnel ou familial : la commission n'est donc pas compétente pour se prononcer au regard de la réglementation sur les cumuls (avis n° 08.A0300 du 16 avril 2008).

Echappe de même à la compétence de la commission l'examen de la déclaration de gérance, par un professeur agrégé, d'une société anonyme à responsabilité limitée dont le capital est détenu par les membres d'une même famille et qui a pour objet d'exploiter un domaine viticole familial : une telle activité entre également dans le champ de la gestion du patrimoine personnel ou familial (avis n° 08.A0.299 du 16 avril 2008).

La commission n'est pas non plus compétente pour se prononcer dans le cas d'un professeur de lycée professionnel qui envisage de créer une société civile d'exploitation agricole ayant pour objet l'élevage de chevaux, dont il est propriétaire, aux fins de reproduction (avis n° 08.A0421 du 11 juin 2008).

De même, la commission n'est pas compétente dans le cas d'un psychomotricien qui déclare créer sur sa propriété personnelle une entreprise individuelle agricole ayant pour objet diverses activités socio-éducatives dans le cadre d'une ferme pédagogique (avis n° 08 – 111 du 9 juillet 2008).

La commission n'est pas compétente dans le cas d'un assistant social qui déclare créer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, au sein de laquelle il exercera les fonctions de cogérant, et qui doit passer un contrat de production d'énergie électrique renouvelable avec EDF, aux fins d'exploitation d'une installation de panneaux photovoltaïques sur la toiture de son habitation : cette activité doit être regardée comme la gestion du patrimoine personnel de l'intéressé au sens des dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (avis n° 08 – 116 du 9 juillet 2008). Cette position a été appliquée à tous les propriétaires contractant avec cet opérateur à cette fin.

En revanche, la commission est compétente dans le cas d'un agent contractuel qui poursuit, après son recrutement dans l'administration, une activité au sein d'une société à

caractère familial ayant pour objet l'acquisition, la rénovation et la revente de biens immobiliers : il n'a pas été considéré en l'espèce qu'il s'agissait de la gestion d'un patrimoine personnel ou familial, mais bien d'une activité de marchand de biens compte tenu de sa nature et de la fréquence des acquisitions (avis n° 08.A0335 du 14 mai 2008). De même, la commission est compétente dans le cas d'un enseignant qui déclare créer une activité de marchand de biens (avis n° 08.A0352 du 14 mai 2008).

4) La commission n'est pas compétente pour examiner le cumul d'activités avec une activité accessoire au sens de l'article 2 (chapitre Ier) du décret du 2 mai 2007.

Le chapitre Ier (articles 2 et 3) du décret du 2 mai 2007, relatif au cumul d'activités à titre accessoire, 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. Ces activités peuvent être des activités d'expertise, de consultation, d'enseignement ou de formation ; il peut également s'agir d'activités agricoles, de travaux 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 en les effectuant à quitter la fonction publique. La commission a été, en 2008, fréquemment saisie de demandes de création d'entreprise ou de poursuite d'activité dans une entreprise, dont l'examen attentif a révélé qu'il s'agissait en fait d'activités accessoires relevant de l'article 2.

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, si l'objet de l'entreprise peut se rattacher à l'une des activités à caractère accessoire mentionnées dans le chapitre Ier. Au moment où la déclaration de création d'entreprise parvient à l'administration, celle-ci doit donc vérifier de quel type de cumul il s'agit : 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 du 2 mai 2007, seule l'administration est compétente pour délivrer l'autorisation, sans avis de la commission de déontologie.

La commission a ainsi décliné sa compétence dans les cas suivants, où les activités décrites relevaient toutes de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 :

a) Expertises ou consultations :

- cas d'un ingénieur de recherche qui envisage de cumuler, de manière non temporaire, son activité d'agent public avec une activité accessoire privée de conseil et de prestation de service informatique, sous la forme d'une entreprise individuelle (avis n° 08.A0106 du 13 février 2008) ;

- cas d'un directeur de recherche qui déclare cumuler son activité publique principale avec la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée dont l'objet est le conseil et l'expertise en matière avicole (avis n° 08.A0746 du 12 novembre 2008).

b) Enseignements ou formations

- cas d'un professeur certifié qui déclare vouloir exercer une activité privée de soutien scolaire dans le cadre d'une société anonyme à responsabilité limitée dont il sera le principal acteur : en effet, l'intéressé exercera effectivement une activité d'enseignement et ne sera donc pas seulement gérant (avis n° 08.A0505 du 9 juillet 2008) ;

- cas d'un boursier docteur ingénieur qui souhaite développer une offre privée de soutien scolaire, qu'il accomplira personnellement, en reprenant sous forme d'entreprise individuelle une école d'enseignement privé secondaire et supérieur : une telle activité d'enseignement est en effet au nombre de celles mentionnées au 2° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007, et présente donc un caractère accessoire, soumise à la seule autorisation préalable de l'administration. Toutefois, si en raison de son importance ou de ses modalités, l'activité envisagée par l'intéressé devenait commerciale, son exercice relèverait des dispositions du chapitre II du même décret et devrait être soumise à la commission (avis n° 08.A0476 du 9 juillet 2008) ;

- cas d'un agent responsable du service administratif d'un syndicat mixte qui dispense, dans le cadre d'une entreprise individuelle, des conseils de formation aux marchés publics (avis n° T 2008-727 du 14 novembre 2008) ;

- cas de la création d'une entreprise dont l'objet est la formation à l'outil informatique (avis n° 2008-786 du 11 décembre 2008).

c) Activité agricole

- cas de la reprise d'une activité agricole relevant du patrimoine personnel et familial de l'intéressé (avis n° 2008-392 du 12 juin 2008 et avis n° 2008-454 du 10 juillet 2008) ;

- cas de travaux de peu d'importance tels que débroussaillage, élagage, entretien d'espaces verts (avis n° 2008-725 du 14 novembre 2008) ;

- cas de la vente sur les marchés de fleurs provenant de la production personnelle et familiale du demandeur (avis n° 2008-558 du 19 septembre 2008).

d) Conjoint collaborateur

- cas d'un fonctionnaire, adjoint technique, qui déclare exercer une activité de conjoint collaborateur au sein de l'exploitation agricole individuelle de son mari (avis n° 08.A0326 du 14 mai 2008) ;

e) Travaux réalisés chez des particuliers :

- cas d'un brigadier-chef qui envisage de créer une entreprise individuelle de services à la personne (avis n° 08.A0487 du 9 juillet 2008) ;

- cas d'un technicien sanitaire désirant exercer une activité d'homme toutes mains qui consiste à réaliser, à titre occasionnel, des travaux à domicile pour lesquels il n'est pas demandé de qualification particulière (avis n° 08.A0096 du 13 février 2008) ;

- cas d'un agent territorial qui déclare créer une micro-entreprise dont l'objet est le débroussaillage, l'élagage et l'entretien d'espaces verts chez des particuliers (avis n° T 2008-725 du 14 novembre 2008) ;

- cas d'un infirmier qui souhaite exercer à titre privé au sein d'une association qui a pour activité le traitement et le maintien à domicile de malades respiratoires appareillés (avis n° 08.A0843 du 10 décembre 2008).

Il arrive que les activités que l'agent a l'intention d'exercer dans l'entreprise qu'il crée relèvent pour certaines d'entre elles du cumul avec une activité accessoire, et pour d'autres du cumul pour création d'entreprise : dans un tel cas, la commission se prononce sur chacune des activités, en départageant celles qui sont soumises à son examen et celles qui ne le sont pas.

A titre d'exemple :

Dans le cas d'un instituteur qui déclare exercer, dans le cadre d'un cumul, une activité privée de formation en informatique auprès des entreprises, de webmaster pour la création de sites internet « vitrines » dans le cadre d'une entreprise en cours de création et d'assistance en informatique et internet auprès des particuliers à titre personnel, la commission s'est déclarée : 1) incompétente pour les activités de formation en informatique auprès des entreprises et d'assistance en informatique et internet auprès des particuliers, considérant qu'il s'agit d'activités à caractère accessoire susceptibles d'être autorisées par la seule administration (cf. 1° et 5° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007) ; 2) compétente pour l'activité de webmaster, au sujet de laquelle elle a rendu un avis de compatibilité simple (avis n° 08.A0695 du 8 octobre 2008).

Dans le cas d'un fonctionnaire qui souhaite créer, au titre du cumul, une entreprise de conseil et d'assistance informatique et de formations non diplômantes dans les domaines de l'informatique, du droit, de la qualité et du management, la commission est : 1° incompétente en ce qui concerne l'activité de conseil et de formation, activité accessoire susceptible d'être autorisée par la seule administration ; 2° compétente en ce qui concerne l'activité de prestations informatiques (en l'espèce, compatibilité simple ; avis n° 08.A0838 du 10 décembre 2008).

De même, dans le cas d'un assistant ingénieur qui souhaite créer, dans les mêmes conditions, une activité libérale de maîtrise d'œuvre, d'assistance à maîtrise d'ouvrage et de conseil en électricité du bâtiment, la commission est : 1° incompétente en ce qui concerne l'activité de conseil (cf. 1° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007) ; 2° compétente en ce qui concerne l'activité de maîtrise d'œuvre, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, dans l'exercice de ses activités privées de maîtrise d'œuvre, de toute relation professionnelle avec l'université dans laquelle il demeure employé (avis n° 08.A0845 du 10 décembre 2008).

5) La commission n'est pas compétente pour examiner le cumul avec une activité qui, bien que revêtant manifestement un caractère d'activité d'appoint, ne fait pas partie des activités mentionnées à l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

Il existe un autre motif d'incompétence de la commission pour émettre un avis de compatibilité entre les activités envisagées par l'agent et ses fonctions dans l'administration. C'est lorsque les activités envisagées, qui constituent un appoint, ne correspondent, ni aux définitions énoncées par l'article 2 du décret du 2 mai 2007 - il s'agit en l'espèce d'un secrétaire administratif de préfecture qui souhaite exercer une activité de vendeur à domicile - ni

à une création d'entreprise, puisqu'elle n'entraîne pas une inscription au registre du commerce et des sociétés avant une période de trois années (avis n° 08-A0063 du 16 janvier 2008).

Tenant compte de l'existence du statut d'auto-entrepreneur depuis le 1^{er} janvier 2009, la commission a cependant, au début de cette année, fait évoluer sa jurisprudence en considérant dorénavant que l'exercice non salarié de l'activité de vendeur à domicile indépendant devait être regardée comme correspondant à une création d'entreprise dès lors que, même si elle ne procure à l'intéressé qu'un faible revenu et même si elle n'exige pas l'inscription au registre du commerce, elle entre dans le champ du nouveau statut d'auto-entrepreneur (avis n° T 2009-67 du 12 février 2009).

La commission n'est pas compétente pour se prononcer sur la compatibilité entre les fonctions d'un agent public, en l'espèce un maître de conférences, et la poursuite d'une activité privée que cet agent exerce depuis quinze ans, en infraction aux dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et à l'insu de l'administration dont il relève ; il appartient à cette dernière, si elle s'y croit fondée, de prendre les mesures propres à faire respecter la loi (avis n° 08.A0171 du 12 mars 2008).

Dans certains cas, très rares, où la commission n'a pu directement rattacher l'activité exercée par l'agent à l'une des activités accessoires mentionnées au chapitre Ier du décret du 2 mai 2007, sans toutefois pouvoir considérer qu'il s'agissait d'une création d'entreprise au sens du chapitre II, elle a préféré décliner sa compétence et renvoyer à l'administration le soin d'autoriser seule, le cas échéant, l'exercice de l'activité déclarée par l'agent.

Il en a été ainsi pour :

- un professeur de chaire supérieure qui envisage de cumuler ses fonctions dans l'administration, de manière non temporaire, avec une activité accessoire privée créée sous la forme d'une entreprise individuelle sise à son domicile et dont l'objet est la commercialisation et l'installation auprès des établissements d'enseignement d'un logiciel de gestion des inscriptions des élèves en classe préparatoire (avis n° 08.A0192 du 12 mars 2008) ;

- un professeur des universités qui envisage de cumuler ses fonctions dans l'administration, de manière non temporaire, avec une activité accessoire privée créée sous la forme d'une entreprise individuelle et dont l'objet est la commercialisation et l'assistance à l'utilisation auprès des universités d'un logiciel de gestion de contenu de site internet (avis n° 08.A0268 du 16 avril 2008).

De façon générale, il apparaît que beaucoup des demandes de cumul tendent en fait à l'exercice d'une activité qui a un caractère d'appoint par rapport aux fonctions exercées à titre principal, mais n'entre pas dans les prévisions de l'article 2 du décret du 2 mai 2007. On peut douter, dans certains cas, que cette activité soit suffisamment importante pour atteindre, dans la période de deux ans, un niveau d'activité suffisant pour assurer la pérennité de l'entreprise.

Il pourrait exister d'ici peu une forte pression des agents sur leur service pour être autorisés à prolonger leur cumul d'activité privée nonobstant l'expiration du délai de cumul.

Il convient toutefois de rappeler que les agents exerçant leurs fonctions à temps incomplet ou non complet pour une durée inférieure ou égale au mi-temps peuvent cumuler leurs fonctions avec une activité privée lucrative après information de l'autorité dont il relève, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service (chapitre III du décret du 2 mai 2007).

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 de ce dernier précédant la date de la demande. Les réserves sont formulées pour la durée du cumul d'activités.

2.3.2 La nature du contrôle de la commission et les principaux critères de ce contrôle en cas de cumul d'activités

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.

Il est rappelé que la commission de déontologie n'exerce son contrôle, précisément, que sur le fondement de ces règles. Il arrive que l'administration émette un avis défavorable au cumul de l'agent en estimant que le fonctionnement matériel du service sera affecté par ce cumul, alors que la commission, se prononçant du point de vue de la déontologie, donne un avis favorable. Ce dernier avis ne signifie pas pour autant que le cumul pourra avoir lieu, puisque c'est l'administration qui se prononce en dernier ressort, sans obligatoirement suivre l'avis de la commission.

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 ».

Dans le cadre du contrôle du cumul d'activités, la commission vérifie donc que ces dispositions ne sont pas méconnues et que la dignité des fonctions administratives, exercées concomitamment, ainsi que le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité du service, sont préservés.

L'article 432-12 du code pénal sanctionne le délit de prise illégale d'intérêt 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 (...) ».

L'examen des premiers cas de cumul a permis de constater qu'il s'agit, pour la très grande majorité, de créations d'entreprise : le risque de commettre le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions apparaît donc faible.

La commission s'assure néanmoins, lors de chaque examen d'une déclaration de cumul, du respect de ce critère dans chacun de ces termes. Le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions sanctionne la prise d'intérêts dans une entreprise : en conséquence, lorsqu'un ingénieur contractuel décide d'exercer une activité d'assistance, de conseil et de formation en informatique, la commission, après s'être assurée qu'une telle activité, exercée à titre libéral, ne constitue pas une activité dans une entreprise, ne contrôle pas la compatibilité des fonctions publiques et privées au regard des dispositions de l'article 432-12 du code pénal (avis n° 08.A0112 du 13 février 2008).

B) La notion de dignité des fonctions administratives

La commission examine avec la même attention les risques d'atteinte à la dignité des fonctions administratives en cas de cumul d'activités.

Il n'y a pas d'atteinte à la dignité des fonctions exercées dans le cas d'un infirmier qui crée une entreprise de relaxation et de soins de bien-être selon la méthode du shiatsu, tout en demeurant infirmier dans un centre hospitalier régional, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, conformément à l'article L. 4321-8 du code de la santé publique, de faire usage du titre de masseur accompagné ou non d'un qualificatif et, d'une manière générale, de procéder à des actes réservés aux médecins ou à d'autres professions paramédicales réglementées (avis n° 08.35 du 12 mars 2008).

Une telle atteinte n'est pas non plus constatée par la commission dans le cas d'un ingénieur d'études sanitaires qui déclare créer une activité libérale de reflexologue plantaire, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique (avis n° 08.A0361 du 14 mai 2008).

Une activité de digipuncture et de bien-être est compatible avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chargé de communication dans un institut du Centre national d'enseignement à distance, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique et de tout acte para-médical réservé par la législation à une profession réglementée (avis n° 08.A0509 du 9 juillet 2008).

De même, une activité de sophrologie et de relaxation est compatible avec les fonctions, exercées concomitamment, d'aide-soignant dans un centre hospitalier régional universitaire, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, notamment conformément aux articles L. 4161-1 et L. 4321-8 du code de la santé publique, de procéder à des actes de nature médicale ou paramédicale réservés à d'autres professions réglementées (avis n° 08 – 104 du 9 juillet 2008 – cumul).

Il y a également compatibilité entre une activité de création et de gestion d'un site internet répertoriant les différentes méthodes d'amincissement, de médecine et de chirurgie esthétique et les fonctions, concomitantes, de professeur dans un collège, sous réserve que l'entreprise créée, d'une part, ne contribue pas à la promotion d'actes contrevenant aux dispositions de l'article L.4161-1 du code de la santé publique, d'autre part, ne constitue pas un

support pour des opérations publicitaires contraires au code de déontologie des professions concernées (avis n° 08.A0616 du 12 septembre 2008).

Il en de même :

- d'une activité de soins énergétiques et d'accompagnement psychologique, sous réserve que l'intéressé s'abstienne d'accomplir des actes médicaux ou paramédicaux réservés aux professions réglementées ou de procéder au diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections en méconnaissance des dispositions du code de la santé publique réglementant l'exercice des professions médicales et paramédicales (avis n° 2008-784 du 11 décembre 2008) ;

- d'une activité de conseil en santé et hygiène vitale, exercée par une conseillère socio-éducative travaillant au sein d'un centre communal d'action sociale, sous réserve qu'elle n'ait pas de relations professionnelles avec les personnes qu'elle a eu ou aura à connaître dans le cadre de son activité publique (avis n° 2008-685 du 20 octobre 2008).

Ne porte pas non plus atteinte à la dignité des fonctions exercées dans le cadre d'un cumul une activité de voyance, sous réserve que cette activité soit exercée dans des conditions telles qu'elles ne puissent pas entretenir de confusion avec les fonctions hospitalières exercées (avis n° 08 – 93 du 11 juin 2008).

En revanche, la création, respectivement en tant que gérant et directeur adjoint, d'une entreprise de pompes funèbres par deux agents exerçant simultanément leurs fonctions dans un centre hospitalier universitaire, l'un comme agent de sécurité, l'autre comme permanencier auxiliaire de régulation médicale, constitue une activité qui, compte tenu de la possibilité de capter une clientèle, pourrait porter atteinte à la dignité des fonctions publiques exercées par ces agents, ce qui la rend incompatible avec ces fonctions (avis n° 08-71 et 08-72 du 14 mai 2008)..

Dans un domaine proche, la commission a considéré que la demande de création, en qualité de conjoint collaborateur dans le cadre d'une activité créée par son épouse et dont l'objet est la dépose, l'entretien et la gravure de monuments funéraires, était susceptible de créer une confusion avec les fonctions que le demandeur exerce sein du service des cimetières et des pompes funèbres de la commune. Elle a, par suite, assorti son avis de compatibilité d'une réserve tendant à ce que l'entreprise en cause n'intervienne pas dans les cimetières situés sur le territoire de la commune (avis n° 2008-739 du 14 novembre 2008).

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. Les réserves de la commission peuvent toutefois varier selon que l'agent a quitté son service (cessation d'activité) ou bien s'y trouve encore (cumul d'activités), car les risques d'interférence sont bien supérieurs dans ce dernier cas.

La commission émet le plus souvent des avis de compatibilité simple dans les cas de cumul. Mais la commission peut aussi émettre un avis avec réserve.

Un adjoint technique dans une direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS) peut, dans le cadre d'un cumul d'activités, créer un garage, sous réserve que cette entreprise s'abstienne, pendant la durée du cumul, de toute démarche de nature commerciale auprès des services de la DDASS (avis n° 08.A0020 du 16 janvier 2008).

La création, par un technicien supérieur de l'équipement, d'une entreprise individuelle ayant pour objet la réalisation de missions de maîtrise d'œuvre en matière d'aménagement de places, voies et parkings ainsi que la conception de plans de topographie et d'architecture est compatible avec les fonctions, exercées simultanément, de chargé d'opérations au sein du service de l'aménagement territorial nord (arrondissement d'Ajaccio) de la direction départementale de l'équipement de la Corse du Sud, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de proposer les prestations de son entreprise individuelle aux communes littorales et rurales de l'arrondissement d'Ajaccio (avis cumul n° 08.A0284 du 16 avril 2008).

De la même manière, les fonctions, exercées dans l'administration, d'ingénieur d'études spécialisé dans le traitement de données à références spatiales sont compatibles avec la création d'une entreprise ayant notamment pour objet la réalisation, le traitement, le tirage et la commercialisation de dessins, cartographies, infographies, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute démarche de nature commerciale auprès de l'unité de formation et de recherche en sciences du langage, de l'homme et de la société de l'université dont il relève (avis n° 08.A0385 du 11 juin 2008).

Une activité de co-gérant d'une société réalisant des prestations de formation notamment dans le domaine des marchés publics est compatible avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chef du bureau du fonctionnement des services à la sous-direction des affaires financières et générales de la direction de l'administration générale du ministère de la culture et de la communication, sous réserve que l'entreprise que crée l'intéressé s'abstienne, pendant la période de cumul, de toute relation professionnelle avec les services de l'Etat et les entreprises répondant aux appels d'offres organisés par le ministère de la culture et de la communication (avis n° 08.A0481 du 9 juillet 2008).

Un conseiller à l'emploi exerçant ses fonctions au sein d'une agence locale de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) peut, dans le cadre d'un cumul, créer une entreprise dont l'objet sera le conseil en développement personnel, sous réserve que l'entreprise que cet agent dirige s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de toute relation professionnelle avec les demandeurs d'emploi et entreprises avec lesquelles il travaille dans la circonscription de l'agence locale de l'ANPE dans laquelle il exerce (avis n° 08.A0652 du 12 septembre 2008).

Les fonctions d'inspecteur de l'éducation nationale pour le 1^{er} degré sont compatibles avec la création, dans le cadre d'un cumul, d'une société dont l'objet est notamment la diffusion de méthodes de réflexion pédagogiques et de formation issues de la méthode Feuerstein, des ateliers de raisonnement logique, ainsi que dans le champ de l'éducation cognitive (méthode De Bono), et dont le siège est situé dans la circonscription d'inspection de l'intéressé, sous réserve que cette société s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de toute relation commerciale avec les établissements scolaires du 1^{er} degré de la circonscription (avis n° 08.A0763 du 12 novembre 2008).

La commission a également admis la compatibilité de l'activité exercée au titre du cumul avec les fonctions publiques dans les cas suivants :

- la création par un ingénieur d'un cabinet d'architecture, sous réserve que l'intéressé s'abstienne jusqu'à la fin de sa période de cumul d'activités de toute relation d'affaires, dans le cadre de son activité professionnelle privée exercée au titre du cumul, avec le conseil régional dont il relève, l'ensemble des cabinets de conseil en rapport avec celui-ci et avec toutes les personnes qu'elle a eu ou aura à connaître dans le cadre de ses fonctions administratives (avis n° 2008-316 du 15 mai 2008) ;

- la création d'une entreprise de formation auprès de sociétés par un administrateur, sous réserve qu'il s'abstienne de toute relation d'affaires avec la mairie dont il relève, ses établissements publics ainsi qu'avec la communauté d'agglomération et les établissements publics qui en dépendent, les communes membres de la communauté d'agglomération, les établissements qui en dépendent et, les sociétés qu'elles contrôlent jusqu'à la fin de sa période de cumul d'activités (avis n° 2008-18 du 17 janvier 2008) ;

- la création d'une entreprise de formation et conseils en informatique par un agent communal stagiaire, sous réserve qu'il s'abstienne de toute relation d'affaires, dans le cadre de son activité professionnelle privée exercée au titre du cumul, avec les personnes avec lesquelles il a pu être en contact dans le cadre de son activité au sein de la mairie (avis n° 2008-101 du 14 février 2008) ;

- la création d'un cabinet de psychologue-psychothérapeute par un psychologue, sous réserve qu'il s'abstienne de recevoir les personnes qu'il a eu ou aura à connaître dans le cadre de ses activités au sein du Conseil général (avis n° 2008-165 du 13 mars 2008) ;

- la création d'une société de formation à la prévention par un lieutenant sapeur pompier, sous réserve que cette société s'abstienne de dispenser des formations relevant des missions imparties au SDIS et que les personnels auxquels elle envisage d'assurer des formations n'appartiennent pas à des organismes publics, entreprises ou établissements privés situés dans le ressort territorial de l'arrondissement où exerce le demandeur (avis n° 2008-97 du 14 février 2008) ;

- la création d'une agence de voyage par un adjoint d'animation communal, sous réserve qu'il n'effectue, dans le cadre de cette activité, aucune vente ou publicité sur le territoire de la commune ni aucun démarchage auprès des parents d'enfants qu'il a eu ou aura à rencontrer dans l'exercice de ses activités au sein des services municipaux (avis n° 2008-478).

En revanche, les fonctions de brigadier de police dans une direction départementale de la police aux frontières ne peuvent être cumulées avec l'activité d'enquêteur privé au sein de l'association "Agence pour la lutte contre la fraude à l'assurance" (ALFA) : compte tenu de la possibilité, dans le cadre de ses fonctions actuelles de brigadier de police, d'avoir accès à un certain nombre d'informations figurant dans les fichiers de la police nationale et qui peuvent être utilisées pour l'exercice de son activité d'enquêteur au sein de l'"ALFA", le cumul d'activités sollicité par l'intéressé risquerait de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service (avis n° 08.A0780 du 12 novembre 2008).

De même, les fonctions de sous-brigadier de police au sein de la brigade de roulement de l'unité de sécurité de proximité d'une circonscription de police sont incompatibles avec l'activité, exercée dans le cadre d'un cumul, de gérant d'une entreprise qui a pour objet le

transport de matériaux, ainsi que l'achat et la revente de métaux et dont le siège social est situé dans la même ville que celle correspondant à la circonscription : en raison de la nature de l'activité de transport, d'achat et de revente de métaux, qui, relevant du régime des professions réglementées, fait l'objet d'une surveillance des services de police, l'exercice d'une telle activité en cumul avec les fonctions exercées au sein de la police dans le même secteur géographique, serait de nature à porter atteinte à l'indépendance du service (avis n° 08.A0853 du 10 décembre 2008).

| |
|------------------------|
| Deuxième partie |
|------------------------|

**APPLICATION DES ARTICLES L. 413-1 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 et 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.

Ces personnels comprennent notamment les professeurs des universités – praticiens hospitaliers, mais non les praticiens hospitaliers. Le projet de loi « Hôpital, patients, santé, territoires », présenté en Conseil des ministres le 22 octobre 2008 et aujourd'hui en cours d'examen devant le Parlement, autorisera expressément les praticiens hospitaliers à bénéficier des dispositions du Code de la recherche.

Les dispositifs issus de la loi du 12 juillet 1999 ont fait l'objet de quelques 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 à 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.

• **Les articles L. 413-1 à L. 413-7** (article 25-1 de la loi du 15 juillet 1982) 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 ;
- 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 non pas avec le fonctionnaire mais avec la personne publique ou l'entreprise publique pour laquelle ont été effectuées les recherches, dans un délai de neuf mois à compter de l'autorisation ;

- 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 suivants : préjudice au fonctionnement normal du service public ; atteinte à la dignité des fonctions précédentes de l'agent ; risque de compromettre ou de mettre en cause l'indépendance ou la neutralité du service ; risque d'atteinte aux intérêts matériels ou moraux du service public de la recherche ou de remise en cause de la mission d'expertise exercée par le service auprès des pouvoirs publics ;

- l'agent ne peut reprendre ses fonctions dans le service public au cours de la période d'autorisation qu'en mettant fin à sa collaboration avec l'entreprise et en n'y conservant aucun intérêt direct ou indirect ;

- 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, non plus de 15% comme initialement prévu, mais 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 ou L. 413-12.

• **Les articles L. 413-8 à L. 413-11** (article 25-2 de la loi du 15 juillet 1982) permettent à un fonctionnaire d'apporter un concours scientifique (consultance de longue durée) à une entreprise privée qui valorise les travaux de recherche réalisés par lui dans l'exercice de ses fonctions.

Trois conditions sont à remplir :

- l'entreprise doit conclure, avec une personne ou une entreprise publique, un contrat de valorisation des travaux de recherche conclu dans les neuf mois à compter de l'autorisation, et une convention de concours scientifique ;

- le fonctionnaire ne peut ni participer à la gestion ou à l'administration de l'entreprise ni assurer de mission d'encadrement, mais apporte un concours spécifique en relation avec les travaux de recherche qu'il a réalisés et que l'entreprise valorise. Il doit continuer à exercer à titre principal ses fonctions dans le service public ;

- une autorisation (valable cinq ans maximum et renouvelable), délivrée par le gestionnaire, est requise, après avis de la commission de déontologie qui est tenue informée des contrats et conventions dans les mêmes conditions que pour l'article précédent.

Un fonctionnaire peut aussi prendre une participation dans le capital d'une entreprise qui valorise ses recherches. Cette participation, comme dans le cas prévu par l'article L 413-1, d'abord limitée à 15 %, 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. La commission a estimé qu'une prise de

participation dans le capital d'une telle entreprise était subordonnée à l'apport d'un concours scientifique (avis n° 00. AR0083 du 23 novembre 2000).

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.

L'autorisation est accordée et renouvelée dans les conditions prévues à l'article L. 413-3, mais l'avis de la commission n'est requis que si les conditions prévalant au moment de l'autorisation ont évolué (article L. 413-11 du code de la recherche - 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) permettent à un agent public d'être membre d'un organe dirigeant (ce qui pouvait auparavant être sanctionné) d'une société, comme 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 % (5 % avant 2006) 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** (voir première partie du présent rapport) est également applicable aux personnels de la recherche, fonctionnaires et agents non titulaires de droit public.

En particulier, le 1° de l'article 2 du décret n° 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 « expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés (...) ».

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 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 et qui est reproduite en annexe. Cette circulaire devra être prochainement modifiée pour tenir compte des évolutions législatives récentes.

Des décrets d'application de la loi 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. Ils ne sont pas tous intervenus, mais n'étant pas tous indispensables, la loi a pu entrer en vigueur immédiatement.

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).

Lors de la codification des articles 25-1 et 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.

Le Code, tel qu'il a été modifié par la loi du 18 avril 2006, a également renvoyé à un décret la fixation du délai dans lequel doit être conclu le contrat de valorisation des travaux de recherche. Ce délai a été fixé à neuf mois par le décret n° 2006-1035 du 21 août 2006 (*JORF* du 23 août 2006).

Enfin, comme indiqué plus haut, la procédure devant la commission de déontologie a été formalisée dans le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 (*JORF* du 27 avril 2007).

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 du code de la recherche : outre son président et les membres de la formation commune aux quatre formations spécialisées de la commission de déontologie⁶, la commission comprend deux personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche ou de la valorisation de la recherche. Il s'agit en 2008 de M. Aubert, ancien directeur général du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), et de Mme Hannyoyer, directrice de projet pour les questions juridiques et réglementaires à la direction de la recherche et de l'innovation du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche. Leurs suppléants sont M. Némoz, professeur des universités émérite, et M. Froment, chef du bureau de la valorisation, de la propriété intellectuelle et du partenariat (voir décret du 1^{er} juin 2007).

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 (professeur des universités - praticien hospitalier). Dans tous les cas, seul le représentant du directeur du personnel prend part au vote, conformément au 4° 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'administration⁷, et définit les éléments essentiels du dossier (explication détaillée du projet, contrat ou éléments relatifs au projet de contrat) ; conformément à la procédure générale d'examen des dossiers devant la commission de

⁶ Un conseiller maître à la Cour des comptes, un magistrat de l'ordre judiciaire en activité ou honoraire, deux personnalités qualifiées, dont l'une doit avoir exercé des fonctions au sein d'une entreprise privée, un représentant de l'administration dont relève l'agent concerné.

⁷ Une seule saisine directe est intervenue en 2008.

déontologie, celle-ci rend son avis dans le délai d'un mois, qui peut être prorogé une fois pour une durée d'un mois.

La réforme du contrôle de déontologie intervenue en 2007 n'a pas substantiellement modifié l'examen des dossiers présentés en application du code de la recherche, en dehors du rappel de la mission de la commission de déontologie pour l'examen des dossiers des chercheurs et de l'inscription de la qualité et du mode de nomination des membres de la commission dans un texte législatif, ainsi que de la procédure devant la commission dans un texte réglementaire.

1.2 SAISINES ET AVIS

Tableau n° 9 - Nombre d'avis émis au titre de l'application du code de la recherche

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
|----------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| nombre d'avis | 98 | 77 | 78 | 80 |

En 2008, la commission a rendu 80 avis, soit un chiffre légèrement supérieur à celui des années 2006 (77) et 2007 (78).

Le nombre moyen de dossiers examinés par séance est de 7.

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.

1.3 CAS DE SAISINES

Tableau n° 10 - Répartition des avis par cas de demande d'autorisation – Evolution (en %)

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | Moyenne |
|------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|----------------|
| L. 413 -1 | 11,2 | 11,7 | 19,2 | 10 | 13 |
| L. 413-8 | 84,7 | 74 | 80,8 | 83,8 | 80,8 |
| L. 413-12 | 3,1 | 3,9 | 0 | 6,2 | 3,3 |
| Contrats | 1 | 10,4 | 0 | 0 | 2,9 |
| Total | 100 | 100 | 100 | 100 | 100 |

La très grande majorité des demandes dont la commission est saisie a pour objet l'autorisation d'apport de concours scientifique et, dans l'essentiel des cas, la participation au capital d'une entreprise au titre de l'article L. 413-8 du code de la recherche. La proportion de 2008 (83,8 %) est en hausse par rapport à celle de 2007 (80,8 %). Un nombre important de ces saisines concerne des cas où les chercheurs sont déjà engagés dans des projets assez avancés et ont parfois déjà contribué par un apport de capital à la création d'une société. Les

avis émis par la commission en pareil cas peuvent régulariser la situation pour l'avenir, mais ne font pas disparaître l'illégalité commise en commençant à réaliser ces projets sans y avoir été autorisé après avis de la commission.

Il convient à cet égard de rappeler que la réforme introduite par la loi du 18 avril 2006 et le décret du 21 août 2006, qui permet de conclure le contrat de valorisation dans le délai maximal de 9 mois après la délivrance de l'autorisation au titre des articles L.413-1 et L. 413.8 du code de la recherche a pour objet de faire bénéficier le chercheur de l'autorisation le plus tôt possible et même dès la création de l'entreprise. L'article 4 du décret du 26 avril 2007 précise que si ce contrat n'est pas encore conclu, la commission se prononce sur les éléments relatifs au projet de contrat qui lui sont communiqués. Si le délai de neuf mois n'est pas respecté, l'autorisation devient caduque. La commission a précisé que, pour s'acquitter de la mission qui lui est confiée par la loi, elle devra vérifier que le contrat de valorisation a bien été conclu dans le délai fixé par le décret du 21 août 2006 et qu'il satisfait aux conditions posées par le code de la recherche. Si tel n'était pas le cas, il lui appartiendrait de saisir l'autorité administrative compétente et d'émettre l'avis que l'autorisation est devenue caduque ou doit être retirée (avis n° 06.AR067 du 7 septembre 2006)

Les demandes d'autorisation de participation à la création d'une entreprise au titre des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche – 10 % - diminuent fortement par rapport à l'année 2007, se rapprochant des pourcentages des années 2005-2006 (autour de 11 %).

La commission a enregistré en 2008 cinq demandes de participation aux organes dirigeants d'une société anonyme, alors qu'elle n'en avait reçu aucune en 2007.

1.4 ORIGINE DES SAISINES

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

Tableau n° 11 - Répartition des avis par nature pour les principales administrations gestionnaires – 2008

| | Favorable | Favorable sous réserve | Défavorable | Défavorable en l'état | Non lieu, irrecevabilité, sursis à statuer, incompétence | Total |
|--|-----------|------------------------|-------------|-----------------------|--|-----------|
| INRIA | | 11 | | | | 11 |
| CNRS | 1 | 8 | | | | 9 |
| INSERM | 1 | 4 | | | | 5 |
| Université Nancy | | 4 | | | | 4 |
| Université Louis Pasteur Strasbourg | | 4 | | | | 4 |
| Université Franche-Comté | 1 | 1 | | | 1 | 3 |
| Université Provence Aix Marseille I | | 2 | 1 | | | 3 |
| Université Paris | | 3 | | | | 3 |

| | | | | | | |
|---|----------|-----------|----------|----------|----------|-----------|
| Descartes | | | | | | |
| Autres universités et organismes | 4 | 33 | 1 | | | 38 |
| Total | 7 | 70 | 2 | 0 | 1 | 80 |

Trente universités et autres organismes ont saisi la commission de déontologie en 2008, contre trente-et-un en 2007. Pour faciliter la lecture du tableau suivant, seules les huit principaux établissements ou universités qui saisissent la commission ont été mentionnées. 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.

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

Tableau n° 12 - Origine des saisines par « corps » - Evolution (en %)

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | Moyenne |
|-----------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|----------------|
| Directeur de recherche | 17,3 | 27,3 | 22 | 22,2 | 22 |
| Professeur des universités | 23,4 | 23,4 | 23 | 16 | 21,2 |
| Maître de conférences | 17,3 | 19,4 | 6 | 12,3 | 13,5 |
| Chargé de recherche | 12 | 14,3 | 15 | 16 | 13,6 |
| Ingénieur de recherche | 13 | 2,6 | 9 | 8,6 | 7,9 |
| PU-PH | 9 | 12,6 | 10 | 13,6 | 11,4 |
| Autres * | 8 | 7,7 | 15 | 11,3 | 10,4 |
| Total | 100 | 100 | 100 | 100 | 100 |

* Assistants ingénieurs, autres enseignants du supérieur, ingénieurs des télécommunications...

Le pourcentage de saisines émanant des directeurs de recherche évolue pour représenter, selon les années, entre 1/5^{ème} et 1/4 des saisines, sans que l'on puisse en tirer de conclusion fiable sur l'évolution de la place de ce corps, cette année en première position par rapport à l'ensemble des saisines. Les chargés de recherche restent sensiblement au même niveau que l'année précédente, et on constate une stabilisation pour les ingénieurs de recherche (9 % en 2007, 8,6 % en 2008).

La baisse des saisines émanant des professeurs des universités est sensible en 2008 : de près d'1/4 des effectifs, ils passent à 16 %.

Les professeurs des universités – praticiens hospitaliers sont en revanche plus nombreux en 2008 que l'année précédente (13,6 % contre 10 % en 2007).

Les maîtres de conférence, après une baisse remarquable en 2007 (6 % contre 19,4 % en 2006), retrouvent en 2008 une part plus conséquente dans l'ensemble des saisines (12,3 %).

1.5 SENS DES AVIS

Tableau n° 13 - Sens des avis par nature (2008)

| | Nombre d'avis | Pourcentage |
|---|----------------------|--------------------|
| Favorable | 7 | 8,8 % |
| Favorable sous réserve | 70 | 87,5 % |
| Défavorable | 2 | 2,5 % |
| Irrecevabilité, non-lieu, sursis à statuer, incompétence | 1 | 1,2 % |
| Total | 80 | 100 % |

Tableau n° 14 - Sens des avis par nature et par cas de demande d'autorisation

| | Favorable | Favorable sous réserve | Défavorable | Irrecevabilité, non lieu, sursis à statuer, incompétence | Total | % |
|------------------|------------------|-------------------------------|--------------------|---|--------------|---------------|
| L. 413-1 | 1 | 7 | 0 | 0 | 8 | 10 % |
| L. 413-8 | 2 | 63 | 2 | 0 | 67 | 83,8 % |
| L. 413-12 | 4 | 0 | 0 | 1 | 5 | 6,2 % |
| Total | 7 | 70 | 2 | 1 | 80 | 100 % |

La commission a en 2008 une fois sursis à statuer sur un dossier : un professeur des universités a demandé, en vertu de l'article L. 413-12 du code de la recherche, à participer au conseil d'administration d'une société anonyme (SA) ayant pour objet la conception, le développement, l'édition et la commercialisation de logiciels dont il a été le co-inventeur : après avoir dans un premier temps sursis à statuer (avis n° 08.AR054 du 9 juillet 2008), relevant que la nature du lien entre les vacations de l'intéressé et la SA n'avait pas été précisé, la commission a estimé, après avoir reçu des informations complémentaires de la part de l'administration, que, comme le préconise la loi, la participation de l'intéressé au conseil d'administration de cette société était de nature à favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique (avis n° 08.AR072 du 10 octobre 2008).

La très grande majorité des avis sont favorables avec réserve (près de 90 %). 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 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, 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 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 ou sur le mode de rémunération du chercheur qui apporte son concours scientifique.

Le nombre de réserves, élevé, pourrait toutefois diminuer si les parties, lorsque leur projet est finalisé, accordaient plus d'attention à la rédaction de certaines clauses concernant notamment les durées d'application des contrats, afin de les mettre en conformité avec les textes.

Deux avis défavorables ont été rendus en 2008. Dans ces deux cas l'autorisation n'a pas été délivrée et le projet a été abandonné.

1.6 SUITES DONNEES AUX AVIS

Comme pour les dossiers présentés au titre du décret du 26 avril 2007, les autorités gestionnaires des fonctionnaires dont les demandes ont été examinées sont tenus d'informer la commission de la suite donnée à chacun de ses avis.

La majorité des réponses a été obtenue, avec un taux de réponse de 77,7 %.

Il ressort des indications fournies que les avis de la commission ont été suivis dans tous les cas.

En outre, les articles L. 413-5, L. 413-10 et L. 413-13 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 2008 ont été conformes aux réserves formulées par la commission. On compte 6 dossiers pour lesquels les projets ont été abandonnés : il n'y avait donc pas lieu pour la commission de recevoir un exemplaire du contrat.

Pour 24 dossiers, le secrétariat n'a pas reçu les contrats malgré des lettres de rappel.

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 signature⁸ qui, s'agissant des contrats de valorisation, doit intervenir dans le délai de neuf mois à compter de la délivrance de l'autorisation prévu par le décret du 21 août 2006. La pratique montre d'ailleurs que ce délai de neuf mois est un délai minimum, les établissements se trouvant en général juste à la limite, voire légèrement au-delà.

⁸ Cf. article 5 du décret du 26 avril 2007.

2 – LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 CONTRAT DE VALORISATION (ARTICLE L. 413-1 ET SUIVANTS, ARTICLE L. 413-8 ET SUIVANTS)

a) Forme et contenu du contrat de valorisation

Le contrat de valorisation entre l'organisme public et l'entreprise privée peut prendre la forme d'un contrat de cession d'un brevet dont l'organisme public possède des parts, cession en contrepartie de laquelle le contrat prévoit une rémunération pour l'organisme public (avis 08.AR056 du 9 juillet 2008).

Le contrat de valorisation entre l'université et l'entreprise à laquelle un enseignant-chercheur souhaite apporter son concours scientifique ne doit pas comporter de clause prévoyant que l'équipe du laboratoire dans son ensemble prêterait également son concours : les articles L. 413-8 et suivants du code de la recherche organisent en effet le concours scientifique, à titre individuel, d'un chercheur avec une entreprise du secteur de la recherche qui valorise ses travaux (avis n° 08.AR043 du 11 juin 2008).

b) Sauvegarde des intérêts du service public de la recherche

Le contrat de valorisation entre l'université et l'entreprise à laquelle un enseignant-chercheur souhaite apporter son concours scientifique doit préciser l'objet des travaux valorisés et comporter des clauses financières sauvegardant les intérêts du service public, sa durée initiale pouvant en outre être portée à une durée supérieure à deux ans (avis n° 08.AR035 du 14 mai 2008).

c) Valorisation des travaux de recherche réalisés par l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions

La commission donne un avis défavorable à une demande d'autorisation de concours scientifique lorsqu'il apparaît que le savoir que l'intéressé déclare avoir développé au sein de l'université où il est affecté et qu'il souhaiterait valoriser au sein d'une entreprise privée qu'il a créée, n'est ni clairement identifié, ni valorisable, pour les éléments qu'il a présentés comme en faisant partie, dès lors que ceux-ci sont publics. En outre, l'article L. 413-8 du code de la recherche prévoit que l'autorisation demandée ne peut être accordée que si les conditions dans lesquelles est apporté le concours scientifique sont "compatibles avec le plein exercice par le fonctionnaire de son emploi public" ; or en l'espèce, l'intéressé, atteint par la limite d'âge, doit être rayé des cadres le 1^{er} septembre 2008 (avis n° 08.AR013 du 13 février 2008).

La commission a émis un avis défavorable dans le cas d'un ingénieur de recherche qui souhaitait apporter son concours scientifique à une entreprise ayant notamment pour objet la réalisation de services en systèmes d'informations et progiciels de gestion intégrés Open Source spécifiques, dans le cadre d'un contrat de transfert de savoir-faire conclu entre l'entreprise et l'université. En premier lieu, l'intéressé, alors même qu'il a mené dans le cadre de son activité professionnelle des travaux qui ont conduit à la création d'un progiciel de

gestion intégré/entreprise ressource planning (PGI/ERP) libre et Open Source spécifique facilitateur de la performance et de l'efficacité des établissements d'enseignement supérieur, n'a pas d'activité de recherche et d'innovation scientifique : en effet, affecté à la direction des services informatiques de l'université, les travaux de développement de logiciels que cet agent a menés ne peuvent être considérés comme des travaux de recherche. En second lieu, le contrat de transfert de savoir-faire a pour objet principal d'assurer la transparence des relations et entre l'entreprise et l'université compte tenu du développement du progiciel de gestion avec une soixantaine d'universités et non de valoriser des travaux de recherche réalisés par l'intéressé (avis n° 08.AR077 du 12 novembre 2008).

2.2 PARTICIPATION AU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE SOCIETE (ARTICLES L. 413-12 ET SUIVANTS)

La commission a finalement rendu un avis favorable dans le cas d'un professeur des universités qui, en vertu de l'article L. 413-12 du code de la recherche, demande à participer au conseil d'administration d'une société anonyme ayant pour objet la conception, le développement, l'édition et la commercialisation de logiciels dont il a été le co-inventeur : après avoir dans un premier temps sursis à statuer (avis n° 08.AR054 du 9 juillet 2008), considérant que la nature du lien entre les vacations de l'intéressé et la société n'avait pas été précisée, la commission a estimé, après avoir reçu des informations complémentaires de la part de l'administration, que, comme le préconise la loi, la participation de l'intéressé au conseil d'administration de cette société était de nature à favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique (avis n° 08.AR072 du 10 octobre 2008).

CONCLUSION

A titre liminaire, la commission souhaite relever quelques appréciations ou affirmations inexactes dont elle a fait l'objet à l'occasion de commentaires médiatiques.

En premier lieu, l'efficacité du contrôle déontologique qu'elle exerce ne saurait se mesurer à la proportion des avis d'incompatibilité qu'elle rend. La commission de déontologie, qui ne relève d'aucune autorité, est composée de membres d'origines diverses, dont la formation, les fonctions qu'ils ont exercées et l'expérience acquise leur permettent de statuer en toute indépendance, après une instruction menée par des magistrats, l'avis étant le fruit d'une discussion collégiale, parfois après audition des intéressés. La stabilité de la jurisprudence de la commission, dans le cadre d'une législation interprétée conformément aux principes dégagés par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, et exposée année après année dans son rapport annuel, est une source de sécurité juridique tant pour les agents publics que pour les administrations.

Le nombre limité des avis d'incompatibilité résulte de ce que la très grande majorité des départs envisagés qui s'avèreraient incompatibles avec la déontologie, sont bloqués en amont par les administrations, qui ont pu trouver tout éclaircissement auprès du secrétariat de la commission : les dossiers ne sont alors pas présentés. En outre, il est rare qu'un agent dont le dossier a été transmis à la commission, maintienne sa demande lorsque le rapporteur désigné par la commission pour instruire l'affaire lui fait part d'objections sérieuses fondées sur la jurisprudence : le dossier est alors retiré avant son examen par la commission.

Dès lors c'est en méconnaissance du rôle et du travail de la commission que certains commentateurs croient, avant même que la commission ne se soit prononcée, pouvoir tirer de la notoriété de l'agent, de l'importance du poste qu'il occupe dans le secteur public ou de celui qu'il va occuper dans le secteur concurrentiel, des conclusions *a priori* qui ne sont fondées ni sur la bonne interprétation des textes applicables, ni sur des faits matériellement exacts.

Encore faut-il que la commission soit saisie. A la lumière d'une expérience récente (*cf.* en annexe son communiqué du 11 mars 2009), la commission estime ne pas pouvoir assurer pleinement sa mission de contrôle déontologique dans l'hypothèse où l'agent et son administration s'accordent pour ne pas la saisir alors même que la saisine serait obligatoire. La commission estime, ainsi que son président l'a indiqué devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, qu'elle devrait dans cette hypothèse pouvoir se saisir elle-même du dossier, cette saisine étant décidée soit par une délibération de la commission, soit à l'initiative de son président. La commission souhaite que les propositions de loi déposées en ce sens par le Président Warsmann et M. Derosier, qui instituent une obligation de saisine pour les membres des cabinets ministériels (auxquels sont assimilés les membres du secrétariat général de la Présidence de la République), puissent être adoptées cette année.

Enfin, le rapport d'activité de la commission pour l'année 2007 avait déjà souligné que certains aménagements des textes de 2007 étaient nécessaires. Peu d'entre eux ont été pris en compte au jour où ce rapport est établi.

1° La loi du 2 février 2007 fixe à trois ans suivant la cessation des fonctions la durée des réserves dont la commission peut assortir ses avis de compatibilité entre les fonctions envisagées et les fonctions exercées au cours des trois années précédentes. L'expérience a montré que ces réserves, qui permettent de respecter la déontologie sans pour autant interdire le départ de l'agent, sont de nature et d'importance variables selon le niveau hiérarchique du poste occupé et le profil des fonctions exercées. Pour autant, la définition par la commission des réserves les mieux adaptées possibles aux circonstances de la cessation de fonctions de l'agent se heurte à la rigidité de la règle des trois ans.

Pour beaucoup d'agents, notamment ceux qui occupent un poste modeste dans la hiérarchie administrative, la durée de trois ans fixée par la loi aux réserves édictées par la commission n'apparaît pas nécessaire. Il serait opportun que la loi reconnaisse à la commission le pouvoir de moduler dans le temps la durée qu'elle fixe aux réserves, dans la limite d'un plafond de trois ans.

2° S'agissant des cumuls, par suite d'une inadvertance de rédaction, le président de la commission est privé de la possibilité de régler par ordonnance les cas simples ainsi qu'il le fait désormais pour les agents cessant leurs fonctions administratives. Il en résulte que l'ordre du jour de la commission est encombré par des demandes de cumuls d'activité qui compte tenu de leur simplicité ne devraient pas y figurer. Il est donc souhaitable que la loi du 2 février 2007 soit modifiée pour permettre au président de la commission de se prononcer par ordonnance en matière de cumul d'activités.

3° Le cumul d'activités est autorisé pour une période d'un an renouvelable une fois, soit un maximum de deux ans. Il est clair que les agents qui choisissent d'exercer leurs fonctions publiques à temps partiel afin de consacrer davantage de temps à l'entreprise qu'ils créent ont vocation au terme de la période de cumul autorisé à démissionner. Il faudrait que le gouvernement examine rapidement si à l'expérience le délai de deux ans est suffisant pour permettre de conduire l'entreprise créée à un niveau de développement qui assure sa viabilité et si on ne pourrait pas envisager de permettre deux fois le renouvellement de l'autorisation de cumul, soit pendant une période maximale de trois ans.

En outre, le décret du 2 mai 2007 n'a pas prévu de procédure d'avis tacite pour les agents exerçant un cumul pour création d'entreprise. Il est souhaitable de modifier le décret pour y introduire cette procédure.

En revanche, la commission a relevé qu'un nombre significatif de demandes d'autorisation de cumul portent sur la création d'activités individuelles qui au terme de la période de deux ans, ne pourront pas constituer une activité professionnelle suffisamment importante pour maintenir le train de vie de l'agent démissionnaire. La commission a donc le sentiment que nombre des cumuls dont elle est saisie ont pour objet une activité ayant un caractère accessoire.

Il est à noter que l'existence du régime de l'auto-entrepreneur (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et ses décrets d'application) représente d'ores et déjà une puissante incitation au cumul pour création d'entreprise.

4° Face à cette forte demande, la commission s'interroge sur le caractère excessivement limitatif de la définition de l'activité accessoire autorisée donnée par le décret du 2 mai 2007. La question mériterait d'être examinée par le gouvernement cette année, dès lors que la période pour laquelle les premières autorisations de cumul ont été accordées sur le fondement du nouveau régime vient à expiration le 1^{er} juillet 2009. La proposition faite par le Secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme et des services, de se référer au statut de l'auto-entrepreneur comme l'un des critères possibles, à combiner le cas échéant avec d'autres, de l'activité accessoire, mériterait d'être étudiée.

5° En dépit d'une amélioration de la situation, une circulaire du secrétaire d'Etat chargé de la fonction publique pourrait rappeler aux administrations l'obligation qui leur est faite, par le premier alinéa de l'article 14 du décret du 26 avril 2007, d'informer la commission de la suite donnée à son avis.

Ce rapport est le second 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 fonctionnaires 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 suggestions pour l'amélioration de son fonctionnement.

Fonction publique : faits et chiffres

La collection « Faits et chiffres », véritable référence d'analyses sur la fonction publique, correspond au volume I du « Rapport annuel sur l'état de la fonction publique », dont sont extraits des « chiffres-clefs ». Ce bilan permet de comprendre les évolutions de l'emploi dans la fonction publique année après année et constitue à ce titre un document indispensable pour les décideurs, les parlementaires, les responsables syndicaux, les gestionnaires... mais aussi pour tous ceux qui s'intéressent à la fonction publique.

Politiques d'emploi public

Ce rapport constitue le volume II du « Rapport annuel sur l'état de la fonction publique ». Il traite de tous les thèmes rattachés à la gestion prévisionnelle des ressources humaines, pour les trois fonctions publiques, avec leurs points communs et leurs spécificités. Il présente en particulier les projets en cours, de la gestion des connaissances à celle des compétences.

Ressources humaines

Cette collection rassemble des informations et des documents (guides, études, la formation, la rémunération, et au sens large tous les aspects de la gestion des agents de la fonction publique. Elle se veut volontairement pédagogique, qu'il s'agisse d'éclairer le grand public ou de fournir aux gestionnaires les outils dont ils ont besoin au quotidien.

Etudes et perspectives

Cette collection présente les études et rapports conduits par la DGAFP pour tracer les évolutions de la fonction publique dans tous ses aspects (démographie, métiers, dialogue de gestion, systèmes d'information, impact du droit européen...).

Statistiques

La collection « Statistiques » est déclinée en deux publications distinctes. « Points Stat », outil apprécié des décideurs et des gestionnaires, dégage les idées forces en quelques pages. « RésulStats » présente, pour qui recherche une information plus détaillée, les études complètes. Elle convient particulièrement aux chercheurs et aux statisticiens.

Point Ph

Cette collection apporte un éclairage approfondi sur un thème ou un chantier, chiffres et références à l'appui.

Intr

Cette collection, à usage interne, réunit tous les documents de travail de la DGAFP utilisés dans le cadre de réunions interservices, séminaires, journées d'étude...